



HAL
open science

Essai sur le prix et la valeur en droit des contrats

Constance Lehman

► **To cite this version:**

Constance Lehman. Essai sur le prix et la valeur en droit des contrats. Droit. Université Paris-Saclay, 2022. Français. NNT : 2022UPASH004 . tel-03726313

HAL Id: tel-03726313

<https://theses.hal.science/tel-03726313>

Submitted on 18 Jul 2022

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.

Essai sur le prix et la valeur en droit des contrats

Essay about the price and the value in contract law

Thèse de doctorat de l'université Paris-Saclay

École doctorale n° 630 : (DEM) – Droit Economie Management
Spécialité de doctorat : droit privé et sciences criminelles
Unité de recherche : Université Paris-Saclay, Centre d'études et de recherche en droit de l'immatériel,
92330, Sceaux, France.
Graduate School : droit. Référent : faculté de droit, économie, gestion

Thèse soutenue à Paris-Saclay, le 20 juin 2022, par

Constance LEHMAN

Composition du Jury

Stéphane PIEDELIEVRE Professeur, Université Paris-Est Créteil	Président
Bénédicte FRANCOIS Professeur, Université Paris-Est Créteil	Rapporteur & Examinatrice
Cyril NOBLOT Maître de conférences HDR, Université de Reims-Champagne Ardenne	Rapporteur & Examineur
Damien SADI Maître de conférences, Université Paris-Saclay	Examineur
Françoise LABARTHE Professeur, Université Paris-Saclay	Directrice de thèse

Titre : Essai sur le prix et la valeur en droit des contrats

Mots clés : prix, valeur, droit, contrat

Résumé : La valeur économique s'oppose au prix. Compte tenu de la prohibition de la lésion, de l'indifférence de l'erreur sur la valeur et de l'importance de la liberté contractuelle en la matière, le droit semble se désintéresser du déséquilibre économique. Le prix ne serait qu'une expression conventionnelle et subjective de la valeur.

Le droit contribue toutefois à la recherche un équilibre entre le prix et la valeur et au traitement d'un éventuel déséquilibre. Les règles relatives à la formation du contrat

encadrent leur estimation, afin d'éviter la survenue d'un déséquilibre entre le prix convenu et la valeur réelle.

Si un tel évènement devait malgré tout survenir, la faveur est donnée, selon les cas, aux solutions conventionnelles (anéantissement ou révision du contrat d'origine), sur l'immixtion judiciaire. Enfin, le droit régule la mise en œuvre des mécanismes de révision et de restitution, permettant le rétablissement de l'équilibre contractuel.

Title : Essay on the price and the value in contract law

Keywords : price, value, law, contract

Abstract : Economic value is opposed to price. Given the prohibition of lesion, the indifference of mistake as to value and the importance of contractual freedom in this area, the law seems to be uninterested in economic imbalance. The price would only be a conventional and subjective expression of value.

However, the law contributes to the search for a balance between price and value and to the treatment of a possible imbalance. The rules on the formation of the contract provide a framework for their estimation in order to avoid an imbalance between the agreed price and the actual value.

Should such an event nevertheless occur, preference is given, depending on the case, to conventional solutions (annulment or revision of the original contract) over judicial interference. Finally, the law regulates the implementation of revision and restitution mechanisms, allowing the contractual balance to be restored.

L'Université Paris-Saclay n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À Adrien.

Sommaire

PREMIERE PARTIE

RECHERCHE DE L'EQUILIBRE ENTRE LE PRIX ET LA VALEUR

Titre I : Expression juridique de la valeur par le prix

Chapitre I : Expression intellectuelle de la valeur

Chapitre II : Expression matérielle de la valeur

Titre II : Expression convenue de la valeur par le prix

Chapitre I : Titularité de l'estimation

Chapitre II : Encadrement de l'estimation

SECONDE PARTIE

TRAITEMENT DU DESEQUILIBRE ENTRE LE PRIX ET LA VALEUR

Titre I : Mécanisme correctif applicable

Chapitre I : Unicité de la correction du déséquilibre dans la formation du contrat

Chapitre II : Dualité de la correction du déséquilibre dans l'exécution du contrat

Titre II : Mécanisme correctif appliqué

Chapitre I : Titularité de la sanction

Chapitre II : Résultat de la sanction

Remerciements

À Madame le Professeur Françoise Labarthe, pour sa confiance et sa disponibilité au cours de ces cinq années. Qu'elle puisse trouver ici l'expression de ma gratitude pour son implication et ses conseils, sans lesquels ce travail n'aurait jamais pu voir le jour.

À Madame et Monsieur les Professeurs Bénédicte François et Stéphane Piedelièvre, ainsi qu'à Messieurs Damien Sadi et Cyril Noblot, pour m'avoir fait l'honneur de siéger au sein de mon jury de soutenance.

À mes parents, mon beau-père et mes frères. Votre confiance, votre compréhension et votre enthousiasme furent le plus infaillible des soutiens. Merci pour vos précieuses relectures.

À mon grand-père, dont la fierté me rend aujourd'hui si fier.

À mes proches, du CERDI et d'ailleurs, votre amitié n'a pas de prix.

Liste des principales abréviations

<i>AJ contrat</i>	Revue actualité juridique contrat (Dalloz)
<i>Adde</i>	Egalement
APD	Archives Philosophie du Droit
Ass. Plén.	Assemblée plénière
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
<i>Bull. Joly Sociétés</i>	Bulletin Joly Sociétés
CA	Cour d'appel
Cass. ass. plén.	Cour de cassation réunie en Assemblée plénière
Cass. civ. 1 ^{re}	Première Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 2 ^e	Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 3 ^e	Troisième Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. ch. mixte	Cour de cassation réunie en Chambre mixte
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CCC	Contrat, concurrence, distribution
chron.	Chronique
comm.	Commentaire
comp.	Comparer
concl.	Conclusion
<i>contra</i>	En sens contraire
<i>D.</i>	Dalloz
<i>D. Aff.</i>	Dalloz Affaires
<i>Defrénois</i>	Répertoire du Notariat Defrénois
dir.	Direction

Doctr.	Doctrine
<i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine
éd.	Edition
ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
IR	Informations rapides
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
<i>id.</i>	Idem (même chose)
<i>in</i>	Dans
<i>infra</i>	Voir ci-dessous
<i>jur.</i>	Jurisprudence
<i>JCP G</i>	La semaine juridique (jurisclasseur périodique), édition générale
<i>JCP E</i>	La semaine juridique (jurisclasseur périodique), édition entreprise
<i>JCP N</i>	La semaine juridique (jurisclasseur périodique), édition notariale
J.-Cl.	Jurisclasseur
JO	Journal officiel
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Loyers et copr.	<i>Revue loyers et copropriété</i>
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
n°	Numéro
not.	Notamment
obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	Opere citato (œuvre citée)
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
p.	Page(s)
préc.	Précité
préf.	Préface
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RD. banc. fin.</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>RDI</i>	Revue droit de l'immobilier
<i>RLDC</i>	Revue Lamy Droit civil

<i>RLDI</i>	Revue Lamy Droit de l'immatériel
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
rapp.	Rapport
<i>RBDF</i>	Revue droit bancaire et financier
<i>Rep. dr. civ.</i>	Répertoire de droit civil Dalloz
<i>Rev. sociétés</i>	Revue des sociétés
S.	Sirey
s.	Suivant(e)s
Somm.	Sommaire commentés
spéc.	spécialement
<i>supra</i>	Voir ci-dessus
t.	Tome
th.	Thèse
TGI	Tribunal de Grande Instance
Travaux de l'ass. H. Capitant	Travaux de l'association Henri Capitant
V.	Voir
Vol.	Volume

« Où sommes-nous ? (...) Il faut que les enfants des rois de ce pays soient bien élevés, puisqu'on leur apprend à mépriser l'or et les pierreries ! ».

– VOLTAIRE, *Candide ou l'Optimisme*, 1976 [1759], Hachette, p. 106.

Introduction

1. De la valeur des personnes à la valeur des choses. – Le mot « valeur » vient du nom latin *valor*, lui-même dérivé du verbe *valeo, ere* qui signifie « être bien portant, être en bonne santé », « d'où “être évalué” »¹. Le lien entre les deux significations de *valere* – la bonne santé physique et l'idée d'évaluation – est pourtant difficile à établir, bien qu'elles témoignent toutes deux d'une extrême positivité². L'origine du mot *valor* demeure toutefois incertaine, il est plausible qu'il s'agisse d'une création du latin médiéval au XI^e siècle³. La *valor* emprunte alors une seconde acception davantage métaphorique et plus familière : « être fort »⁴. Le temps passant, « valeur » en vient à désigner ce par quoi quelqu'un est digne d'estime sur le plan moral, intellectuel, professionnel.

¹ V. « valoir » in *Le Gaffiot de poche : dictionnaire latin-français*, Hachette, 2012, p. 799. Dans l'Antiquité romaine, les lettres comportaient en en-tête la formule « S. V. B. E. E. V. » (*si vales, bene est, ego valeo*), c'est-à-dire « si tu vas bien, tant mieux, moi, je vais bien ». Le français moderne a conservé des dérivés tels que « valide », « convalescence » et « valétudinaire ».

² L. LAVELLE, *Traité des valeurs. Théorie générale de la valeur*, 2e éd., PUF, 1991, p. 7 : à l'instar du sens dérivé désignant l'évaluation, l'acception primitive de la valeur désigne, selon l'auteur, « au niveau de la nature, l'idée d'une participation aussi pleine que possible à l'être et à la vie, qui assure notre équilibre intérieur et nous permet d'exercer avec plus de liberté les fonctions supérieures de la conscience, au lieu de les entraver ».

³ V. en ce sens Ph. JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, Paris II, 2002, p. 3, n° 12. L'auteur dépeint l'irrégularité de *valor* dans les différents dictionnaires de latin. Lavelle relève quant à lui que figurait dans le dictionnaire de Godefroy consacré à l'ancienne langue française du IX^e au XVI^e siècle le terme « vaillance » et non « valeur », celui-là ayant progressivement remplacé celui-ci (L. LAVELLE, *op. cit.*, p. 7).

⁴ V. « valoir », in *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Quadriège Dicos poche, PUF, 2008, p. 663. Ce second sens sera repris par la littérature chevaleresque du Moyen-âge afin de désigner la qualité la plus convoitée de l'époque, la force physique, le courage à la guerre (v. « valeur », *Le nouveau petit Littré*, 2009, p. 2197). Est qualifié de « valeureux » celui qui a fait preuve de bravoure et de courage.

L'étymologie du mot franc *wergeld* constitue en ce sens une illustration particulièrement révélatrice. En effet, si *geld* signifie évidemment l'argent, l'origine de *wer* reste plus controversée. Ce terme pourrait à la fois dériver du latin *vir*, signifiant homme, donnant alors au *wergeld* son acception la plus courante, le prix de l'homme, tout comme il pourrait se rapprocher de l'allemand *wehr*, référence à la guerre et à force physique, comme le sens originel de *valere*. Curieusement, *wehr* ressemble à « Wert », mot allemand utilisé par le philosophe Friedrich Nietzsche afin de désigner le Bien, et signifiant aujourd'hui la valeur et... le prix.

2. Apparition de la « valeur économique ». – Au-delà de son acception morale, la valeur connaît de nombreux autres sens⁵ dont le plus usuel est celui qui, selon l'économiste Turgot, exprime l'aptitude des biens à satisfaire les désirs : l'auteur donne l'exemple d'un ragoût qui « ne vaut rien », car mauvais au goût ou d'une étoffe qui « vaut mieux » qu'une autre⁶. Si de prime abord, la valeur d'une personne semble bien distincte de la valeur d'un bien, les deux définitions finissent par se rejoindre : a finalement de la valeur ce que l'on désire être ou posséder. La qualité d'une chose peut être louée, à l'image des qualités physiques ou morales d'une personne⁷. Le raisonnement relève ici de l'analogie : puisque la valeur d'une personne est à rapprocher du mérite, il est possible d'étendre cette définition au caractère mesurable d'un objet, en tant que susceptible d'être échangé, désiré⁸. La valeur serait finalement « le degré d'estime que l'homme attache aux différents objets de ses désirs »⁹. On parlera ainsi « d'objets de valeur » afin de souligner le caractère précieux d'un bien.

⁵ Elle peut ainsi signifier l'importance d'un élément dans un système, c'est-à-dire la mesure d'une grandeur variable : la valeur absolue d'un nombre en mathématique, la valeur des notes et des silences en musique, la valeur d'une carte. Dans les arts plastiques, la valeur constitue également « la quantité de clair ou de sombre qui se trouve contenue dans un ton » (E. FROMENTIN, *Les maîtres d'autrefois. La Hollande*, Nelson, p. 207). La valeur linguistique désigne le sens d'un mot, relativement au système linguistique auquel il appartient, la propriété qu'il a de représenter une idée – la notion de valeur linguistique a été développée par Ferdinand de Saussure, linguiste suisse du XX^e siècle, dans son ouvrage *Cours de linguistique générale* (1916). Le mot « valeur » est également employé génériquement afin de désigner le titre représentatif d'un droit financier, d'une créance : la valeur mobilière. Enfin, dans une dernière acception, dire d'un acte juridique qu'il est dépourvu de valeur revient à contester sa validité : est ici retrouvé le champ lexical de la bonne santé, ce qui n'est pas sans rappeler le sens premier de « valeur ».

⁶ A.-R.-J. TURGOT, *Œuvres de Turgot*, I, éd. Eugène Diaire, 1844, p. 80.

⁷ L'économie politique réalisa ainsi dès l'Antiquité le premier usage technique du mot « valeur » (v. « valeur » in A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie. I: A -M*, n° 133, PUF, Quadrige, 1991, p. 1184), ce qui s'explique sans doute par le passage d'une société militaire à une société de type industriel (L. LAVELLE, *op. cit.*, p. 35).

⁸ V. « valeur », *Le Petit Robert*, 2018, p. 2673.

⁹ A.-R.-J. TURGOT, « Valeur et monnaie » in *Ecrits économiques*, Calmann-Lévy, coll. Perspectives de l'économique. Les Fondateurs de l'économie, 1970, p. 240.

En matière de choses, il convient d'ailleurs de souligner que le mot « qualité » est employé afin de désigner à la fois la substance de la chose et ce qui la rend digne d'estime¹⁰. Ainsi, « un objet a de la valeur en tant qu'il possède la capacité de fournir une base de fait à un sentiment de valeur »¹¹ et ce sentiment de valeur, tant pour les personnes que pour les biens, est celui qui suscite l'admiration, l'estime¹².

Le mot « valeur » aurait d'abord été utilisé en économie pour désigner ce qui peut faire l'objet d'une estimation en argent, avant, d'être repris, sous l'influence de Nietzsche, en philosophie afin de désigner le Bien puis le Vrai, le Beau, selon les critères de l'époque. Selon cet auteur, « l'homme se désigne comme l'être qui estime des valeurs, qui apprécie et évalue, comme "l'animal estimateur par excellence" »¹³. Si à l'origine la valeur ne désigne qu'une définition de désirabilité, elle a fini, par glissement, par désigner l'idéal lui-même¹⁴. Les valeurs seraient ainsi des préférences collectives socialement régulées et objectivées¹⁵, des idéaux moraux et éthiques autour desquels se construisent les individus et, plus généralement, la société. La valeur est désirable aux yeux de tous, car chacun aspire à atteindre cet état de perfection. La valeur devient un objectif désirable qui motive l'action¹⁶ et acquiert une fonction normative, au sens extra-juridique du terme, prescrivant aux individus des règles de conduite en conformité avec un modèle. La valeur se révèle au point de rencontre entre la possibilité et l'existence, lequel dépend de l'individu seul, comme en témoigne l'expression « en valoir la peine »¹⁷.

Pourtant, « le courage est une valeur, un frigidaire a de la valeur »¹⁸. L'utilisation alternative du singulier et du pluriel serait dès lors révélatrice : il faudrait distinguer « les valeurs », pluralité de valeurs d'ordre éthique, de « la valeur », économique et uniforme. Cette

¹⁰ L. LAVELLE, *op. cit.*, p. 26.

¹¹ L. LAVELLE, *op. cit.*, p. 103.

¹² Turgot résume ainsi la notion de valeur économique en la qualifiant de « degré d'estime que l'homme attache aux différents objets de ses désirs » (A.-R.-J. TURGOT, « Valeur et monnaie », in *Ecrits économiques, op. cit.*, p. 240).

¹³ F. NIETZSCHE, *La généalogie de la morale*, 3^e éd., Mercure de France, 1900, (Œuvres complètes de Frédéric Nietzsche, vol. 11, p. 85-160), n° 8. La valeur se rapproche du mérite et désigne, au-delà du courage, toute qualité généralement admirée, estimée.

¹⁴ R. MISRAHI, *Qu'est-ce que l'éthique ?*, Armand Colin, 1997, p. 267.

¹⁵ V. « valeur » in A.-J. ARNAUD et CERCLE DE SOCIOLOGIE ET NOMOLOGIE JURIDIQUES, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, p. 634.

¹⁶ S.H. SCHWARTZ, « Les valeurs de base de la personne : théorie, mesures et applications », *Revue française de sociologie*, 2006, vol. 47, n° 4, p. 929.

¹⁷ L. LAVELLE, *op. cit.*, p. 5 : les considérations de l'auteurs ont illustrées par une citation de Pascal, « nous n'estimons pas que toute la philosophie vaille une heure de peine » (*Pensées*, Brunschvicg II, 79). Si quelque chose en « vaut la peine », c'est que le résultat futur « mérite » de s'y consacrer.

¹⁸ A. DE LASTIC, *Que valent les valeurs ?*, L'Harmattan, 2014, p. 15.

thèse est défendue par Kant lorsqu'il énonce que « ce qui a un prix peut être aussi bien remplacé par quelque chose d'autre, à titre d'équivalent ; au contraire, ce qui est supérieur à tout prix, ce qui par suite n'admet pas d'équivalent, c'est ce qui a une dignité »¹⁹. Bien que l'auteur assimile le prix à la valeur, il opère toutefois une distinction entre les valeurs morales, d'une part, et les valeurs économiques, d'autre part. Les premières sont inestimables, tandis que les secondes peuvent être évaluées en argent.

Certains auteurs s'inscrivent en faux contre la distinction entre la valeur et les valeurs. Mme Adélaïde de Lastic²⁰, docteure en philosophie, remet en cause la fermeté de la distinction entre la valeur et les valeurs et en démontre les limites. Une application rigoureuse de cette distinction conduit à distinguer « les valeurs » immatérielles et non marchandes, de « la valeur » matérielle et marchande. Pourtant, en pratique, il existe des biens matériels vitaux qui n'ont aucune valeur et il est possible de valoriser un bien immatériel comme un bien matériel (« on peut estimer la valeur marchande d'une idée », souligne Mme Adélaïde de Lastic). Par ailleurs, elle rappelle que la notion de valeur économique est tout aussi relative que la notion de valeur morale. Le lien entre la valeur et les valeurs se retrouve également dans les travaux du sociologue Max Scheler : les valeurs exercent une influence sur les institutions politiques qui encadrent l'activité économique²¹, et c'est ainsi que les valeurs influenceraient la valeur. À titre d'exemple, la valeur « beauté » confère à un œuvre une certaine valeur économique, manifestée par un prix²². Les propos de Samuel von Pufendorf achèvent pour leur part de convaincre quant à la synonymie presque parfaite entre la valeur économique et la valeur au sens moral : « cette quantité morale, se trouve ou dans les choses, et alors on l'appelle prix, ou valeur ; ou se trouve dans les choses, et à cet égard on la nomme estime »²³.

3. Notion de valeur économique. – De là à considérer que la valeur désigne ce que vaut un bien monétairement, il n'y a qu'un pas et celui-ci fut sans doute franchi au XVIII^e siècle²⁴. Le terme de « valeur » emprunte alors une coloration économique et finit par désigner « le caractère mesurable d'une chose, d'un bien, en tant qu'il est susceptible d'être échangé »²⁵.

¹⁹ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, 1963 [1785], Hatier, p. 53.

²⁰ A. DE LASTIC, *op. cit.*

²¹ Contribution aux *Versuche einer Soziologie des Wissens*, Munich, Leipzig, Duncker et Humblot ; cité par F. PERROUX, *La valeur*, Theoria, PUF, 1943, p. 13.

²² N. HEINICH, *Des valeurs : une approche sociologique*, Bibliothèque des sciences humaines, Gallimard, 2017, p. 138.

²³ S. VON PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, t. 1, Gérard Kuyper, 1706, p. 19.

²⁴ N. HEINICH, *op. cit.*, note n° 3, p. 142. En réalité, la notion de valeur économique était connue antérieurement et désignée, par les Romains, par l'expression « *pecunia* ».

²⁵ V. « valeur », *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 1992, p. 3826.

Ainsi, lorsque Candide, héros de la nouvelle éponyme de Voltaire, découvre, émerveillé, l'or et les pierreries d'Eldorado, c'est parce que celles-ci revêtent une importante valeur économique à ses yeux. Si la valeur exprime un rapport de comparaison, la valeur économique exprime pour sa part un rapport de substituabilité²⁶. Tout comme le langage courant, l'économie connaît des difficultés à définir clairement la valeur, compte tenu des enjeux théoriques dont elle fait l'objet²⁷.

Ainsi, dès le IV^e siècle avant notre ère, Aristote évoque deux usages de la chose, objet de la propriété : « une chaussure peut à la fois servir à chausser le pied ou à faire un échange »²⁸, analyse ensuite reprise par, entre autres, Adam Smith et David Ricardo. L'exemple classique d'un bien à valeur d'usage élevée, car nécessaire à la vie, mais à valeur d'échange nulle est l'air²⁹, mais la liste de ces illustrations paradoxales se révèle assez longue : les services rendus bénévolement dans la société, la paix, la solidarité, le lien social ou la création artistique non mercantile, ont tous une valeur d'usage certaine sans pour autant avoir de valeur économique³⁰. Il conviendrait ainsi de distinguer d'une part la valeur d'usage, c'est-à-dire l'utilité d'un bien et, d'autre part, la valeur d'échange, relative au pouvoir d'achat que confère ce bien³¹. La valeur économique peut donc être définie comme la mesure d'un bien ou d'un service, du point de vue de la richesse³². Aux yeux de Candide, l'or et les pierreries d'Eldorado sont à la fois des biens rares (valeur d'usage) et des biens permettant de réaliser de nombreux échanges (valeur d'échange).

4. Approche subjective de l'origine de la valeur. – L'étude de la valeur économique renvoie nécessairement à l'identification des origines de la valeur. À l'instar de la controverse sur la théorie générale des sources du droit, opposant positivistes et jusnaturalistes, il s'agit de déterminer si la valeur proviendrait de plus haut, ou serait, au contraire, une création de l'esprit. Ce point a fait l'objet d'importants débats, tant en économie, sous le nom de « théorie des valeurs »³³, qu'en philosophie, où elle est connue sous le nom de « controverse axiologique ».

²⁶ G. BOUCHAT, « Le soubassement esthétique de l'art dans les discours esthétiques du XVIII^e siècle », in *L'art en valeurs* (dir. R. DEKONINCK et D. LORIES), L'Harmattan, 2011, p. 106.

²⁷ V. « valeur » in *Dictionnaire de l'économie*, Encyclopaedia universalis, Albin Michel, 2007, p. 1426.

²⁸ ARISTOTE, *Politique d'Aristote*, 3e éd. rev. et corr., trad. en français d'après le texte collationné sur les manuscrits et les éd. principales par J. Barthélemy-Saint-Hilaire, Ladrance, 1874, p. 30.

²⁹ J.-M. DANIEL, *Histoire vivante de la pensée économique : des crises et des hommes*, Pearson, 2010, p. 14.

³⁰ J.-M. HARRIBEY, « La richesse au-delà de la valeur », *Revue du Mauss*, 2005, n° 26, pp. 349-365.

³¹ V. « théories de la valeur », in *Dictionnaire de l'économie*, Larousse, 2011, p. 643.

³² F. FOURQUET, *Richesse et puissance : une généalogie de la valeur (XVI^e -XVIII^e siècle)*, éd. de la Découverte, coll. Armillaire, 1989, p. 138.

³³ Pour approfondir, v. F. FOURQUET, *op. cit.* – J.A. SCHUMPETER, J.-C. CASANOVA et R. BARRE, *Histoire de l'analyse économique*, Gallimard, 2004.

Le subjectivisme, aussi appelé relativisme, est un courant philosophique qui dénie toute réalité, toute objectivité, à la valeur, indépendamment du sujet qui la désire³⁴. Ce qui ne peut être perçu empiriquement n'existe pas et la valeur jaillirait ainsi du sujet³⁵ et ne résulterait que de sa conscience, en tant que conception de l'esprit. Il n'y a pas d'évaluation sans sujet qui évalue³⁶, d'où l'origine nécessairement subjective de la valeur. Cette dernière ne connaîtrait pas d'existence propre, mais vivrait à travers celui qui l'estime, exprimant son individualité³⁷.

L'application du subjectivisme à l'économie conduit à retenir que la valeur renvoie à la satisfaction que retire un individu de l'usage de ce bien³⁸. Afin de déterminer ce qui a de la valeur, il convient donc d'identifier ce qui déclenche le désir de l'individu : la théorie de la valeur serait finalement ramenée à une théorie de la préférence. Selon les économistes subjectivistes, les critères dégagés seraient ceux de l'utilité et de la rareté. L'utilité ou la rareté d'un bien engendrerait le désir chez le sujet³⁹, le désir étant à son tour créateur de valeur dans l'esprit de l'individu. N'interviennent ici ni le prix des marchandises, ni les revenus du sujet, car l'approche subjective raisonne sur une hypothèse de comportement : l'individu connaît ses besoins⁴⁰.

Développée depuis l'Antiquité, l'approche subjective de la valeur en économie, fondée sur l'utilité, a été posée de manière équivoque par Aristote⁴¹ avant d'être reprise au XII^e siècle,

³⁴ Le subjectivisme trouve son origine dans la formule « l'homme est la mesure de toutes les choses », attribuée par Platon dans ses écrits à Protagoras. Il fallut toutefois attendre le XVII^e siècle pour voir fleurir le courant du subjectivisme, notamment grâce à Hobbes : « chaque homme différant d'un autre par son tempérament ou sa façon d'être, il en diffère sur la distinction du bien et du mal » (v. T. HOBBS, *De la nature humaine*, chapitre VII, p. 53). Cette pensée est ensuite radicalisée par Spinoza (*Ethique*, III, 9, scolie, p. 221) avant de triompher chez Nietzsche (*Le Gai savoir*, §301). Le subjectivisme contemporain est aujourd'hui présent dans les écrits de philosophes comme Sartre, Misrahi (R. MISRAHI, *op. cit.*, p. 267), Ruyer (R. RUYER, *La philosophie de la valeur*, Armand Colin, 1959, p. 242) et Lavelle (L. LAVELLE, *op. cit.*, p. 35).

³⁵ J. LANGLOIS, « Aperçu sur "la philosophie des valeurs" », *Laval théologique et philosophique*, 1954, vol. 10, n° 1, p. 79.

³⁶ T. RIBOT, *La logique des sentiments*, Felix Alcan, 1905, p. 40.

³⁷ Telle est la position soutenue par nombreux philosophes et notamment Théodule Ribot selon lequel « la valeur des choses étant leur aptitude à provoquer les désirs, et la valeur étant proportionnelle à la force du désir, on doit admettre que la notion de la valeur est subjective essentiellement » (T. RIBOT, *La logique des sentiments*, *op. cit.*, p. 41). L'auteur lie donc la valeur au désir. Gabriel Tarde compare quant à lui la valeur à la couleur : « la valeur est une qualité que nous attribuons aux choses, comme la couleur ; mais qui, en réalité, comme la couleur, n'existe qu'en nous, d'une réalité toute subjective » (G. TARDE, *Psychologie économique*, Félix Alcan, coll. « Bibliothèque de philosophie contemporaine », t. 1, 1902, p. 63).

³⁸ V. « valeur » in *Dictionnaire de l'économie*, Encyclopaedia universalis, Albin Michel, 2007, p. 1426.

³⁹ Ou, inversement, si une position spinozienne est adoptée : l'utilité ou la rareté créerait la valeur dans l'esprit du sujet, ce qui engendrerait alors son désir.

⁴⁰ P. SALAMA, *Sur la valeur*, F. Maspero, coll. Petite collection Maspéro, 1975, p. 20.

⁴¹ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Librairie philosophique Vrin, 2012, p. 240 et s.

par S^t Thomas d'Aquin⁴². La pensée de ce dernier est ensuite réinterprétée au XVI^e siècle par l'école de Salamanque, fervente défenseuse du thomisme⁴³. Au XVIII^e siècle, des économistes réfractaires de l'école classique française perpétuent le courant du subjectivisme en affirmant que l'utilité serait le premier fondement de la valeur, qui ferait désirer un objet. Ainsi, Jean-Baptiste Say confirme son adhésion au courant du subjectivisme⁴⁴. Turgot⁴⁵ et Condillac⁴⁶ s'inscrivent également dans ce courant en affirmant la nature subjective de la valeur. Fin XIX^e, malgré le triomphe du capitalisme, l'approche subjective persiste toutefois grâce à une nouvelle école de pensée : les néoclassiques ou marginalistes, dont le britannique Jevons⁴⁷ est l'un des représentants. Ce dernier s'inscrit parfaitement dans le courant subjectiviste en édifiant une « théorie de l'utilité ». Ce qu'il qualifie de « degré final d'utilité » correspond à l'utilité de la dernière unité consommée et est par nature décroissant : il décroît avec l'augmentation de la quantité totale consommée. La différence entre l'utilité et le prix sera nommée « utilité relative » par Dupuit⁴⁸ : le plaisir de consommation d'un bien décroît avec la consommation d'unité supplémentaire de ce bien. La consommation cesse lorsque le degré final d'utilité, le plaisir, en décroissance régulière, rejoint le déplaisir nécessaire à cette acquisition, le prix⁴⁹. Menger apporte enfin sa pierre à l'édifice : il remet également en cause la valeur travail et s'inscrit parfaitement dans le courant subjectiviste. Cette approche subjective de la valeur sera également soutenue au XX^e siècle par l'école autrichienne, représentée par Mises⁵⁰ et son élève, Hayek⁵¹.

Pour les subjectivistes, la valeur économique trouve son origine dans la valeur d'usage, c'est-à-dire au sein de l'importance accordée par un individu à un bien, selon la satisfaction qu'il en retire. Dès lors, la question de l'origine se déplace vers celle des sources de la

⁴² Selon l'auteur, « l'achat et la vente semblent avoir été institués pour l'intérêt commun des deux parties, chacun d'elles ayant besoin de ce que l'autre possède » (St T. D'AQUIN, *Somme théologique*, t. III, Editions du Cerf, 1980, p. 485). Favorable à l'idée d'égalité de la justice développée par Aristote, l'auteur condamne le profit et préconise que le prix demandé par le vendeur lui permette simplement de s'assurer une existence convenable, rejetant ainsi toute idée de chrématistique non naturelle (*artes pecuniativae*, v. J. BONCŒUR et H. THOUEMENT, *Histoire des idées économiques. Tome 1, De Platon à Marx*, 5^e éd., Armand Colin, 2017, p. 46).

⁴³ COVARRUVIAS, 1583 : II, iii, 4 ; cité par A. LAPIDUS, *Le détour de valeur*, Economica, 1986, p. 44.

⁴⁴ J.-B. SAY, *Cours complet d'économie pratique*, 3^e éd., H. Dumont, 1837, p. 42.

⁴⁵ A.-R.-J. TURGOT, « Valeur et monnaie », in *Ecrits économiques*, *op. cit.*, p. 241.

⁴⁶ E. BONNOT DE CONDILLAC, *Le commerce et le gouvernement considérés relativement l'un à l'autre*, Edizione Bizzarri, coll. Ristampe Anastatiche di opere antiche e rare, 1968 [1776], p. 11.

⁴⁷ W.S. JEVONS, *Theory of Political Economy*, Macmillan, Londres, 1871 ; *La Théorie de l'économie politique*, V. Giard & E. Brière, 1909, p. 98.

⁴⁸ J. DUPUIT, *De la mesure de l'utilité des travaux publics*, Encyclopaedia Universalis, 1844 [2017].ds

⁴⁹ J.-M. DANIEL, *op. cit.*, p. 188.

⁵⁰ L. VON MISES, *L'action humaine*, 1949.

⁵¹ F. Hayek, prix Nobel d'économie.

satisfaction éprouvée, et donc de l'utilité. Les économistes subjectivistes s'opposent alors, certains estimant que c'est l'utilité d'un bien qui procure la satisfaction, d'autres estimant au contraire qu'il s'agit de la rareté. Condillac démontre le rôle essentiel de la rareté grâce à un exemple bien connu : au bord d'un fleuve, un verre d'eau aura une faible valeur, car elle y est abondante. En revanche, en plein désert, il acquerra une grande valeur compte tenu de la rareté⁵². Ainsi, « puisque la valeur des choses est fondée sur le besoin, il est naturel qu'un besoin plus senti donne aux choses une plus grande valeur : et qu'un besoin moins senti leur en donne une moindre. La valeur des choses croît donc dans la rareté, et diminue dans l'abondance »⁵³. Pour Condillac, une chose peut être définie comme rare « quand nous jugeons que nous n'en avons pas autant qu'il en faut pour notre usage »⁵⁴.

L'appréhension subjective de la valeur traduit également une certaine forme d'anthropocentrisme critiquable : les choses n'ont une valeur que parce qu'elles sont désirées par l'Homme. L'univers serait ainsi dénué de toute valeur, l'homme étant doté du pouvoir d'attribuer des valeurs comme bon lui semble⁵⁵. Le propos sera notamment soutenu par Kant, selon lequel « tous les objets des inclinations n'ont qu'une valeur conditionnelle ; car si les inclinations et les besoins qui en dérivent n'existaient pas, leur objet serait sans valeur »⁵⁶. Or, l'orgueil de l'homme subissant régulièrement des revers de la part de la science⁵⁷, il est bon de s'interroger quant à l'opportunité du subjectivisme « prométhéen ». La position des auteurs subjectivistes demeure toutefois minoritaire, car la théorie dominante est celle de la valeur-travail, défendue par la majorité de leurs contemporains.

5. Approche objective de la valeur économique. – L'appréhension objective de la valeur est une conception radicalement opposée. Elle suppose que la valeur ne soit pas accordée par l'Homme, mais provienne au contraire d'éléments extérieurs, qu'il s'agira de déterminer. L'objectivisme est un courant philosophique, porté notamment par la philosophe controversée Ayn Rand, faisant de la valeur un au-delà de l'être, un absolu qui « n'est pas » et dont l'être

⁵² E. BONNOT DE CONDILLAC, *Le commerce et le gouvernement considérés relativement l'un à l'autre*, op. cit., p. 10.

⁵³ E. BONNOT DE CONDILLAC, *Le commerce et le gouvernement considérés relativement l'un à l'autre*, op. cit., p. 9.

⁵⁴ E. BONNOT DE CONDILLAC, *Le commerce et le gouvernement considérés relativement l'un à l'autre*, op. cit., p. 11.

⁵⁵ C. ARNAUD, *Axiologie 4.0 : proposition pour une nouvelle axiologie*, C. Arnaud, 2012, p. 213.

⁵⁶ E. KANT, op. cit., p. 104.

⁵⁷ L'héliocentrisme face à la révolution copernicienne et le créationnisme face à la théorie de l'évolution darwinienne en sont de parfaits exemples.

procède⁵⁸. Il existerait une réalité objective, en dehors de l'esprit du spectateur, avec laquelle les individus seraient en contact grâce à la perception de leurs sens.

Ces considérations ne sont pas sans rappeler la théorie des Idées, exposée par Platon dans l'allégorie de la caverne. Platon a très tôt supposé une réalité objective derrière l'apparence⁵⁹ en s'interrogeant sur l'appréhension d'une idée générale, au-delà des cas particuliers⁶⁰. Le mythe de la caverne explicite l'approche objectiviste de la controverse axiologique : les objectivistes distinguent l'idée de valeur de la manifestation de celle-ci, cette dernière n'en étant que la « forme bruitée »⁶¹, un simulacre⁶². Il existerait par conséquent une valeur « absolue » à laquelle se référer, indépendante de l'estimation effectuée par le sujet⁶³.

Les économistes partisans de la théorie objective de la valeur ont donc édifié une dualité : tout comme Platon, ils distinguent le monde intelligible d'un monde sensible. Derrière la valeur telle que perçue par le sujet, accessible et variable, il existerait une valeur objective, inatteignable et immuable. Adam Smith crée ainsi la figure du « spectateur impartial »⁶⁴, incarnant les normes éthiques de la société dans laquelle il vit. La valeur objective serait ainsi la valeur comme entendu par ce spectateur impartial. La valeur objective sera ici comme la capacité objective à produire un résultat quelconque, mais déterminé, comme le pouvoir calorifique du bois⁶⁵. La valeur est ainsi pérenne et échappe à l'opinion de l'acheteur⁶⁶.

Puisqu'il convient de rechercher la valeur au sein de l'objet, il s'avère essentiel d'identifier un facteur permettant de déterminer objectivement la valeur du bien, indépendamment du sujet. Le critère retenu a varié au cours des époques. Les premières écoles d'économie apportent des réponses simplistes à cette interrogation⁶⁷. Le débat est ensuite

⁵⁸ J. LANGLOIS, « Aperçu sur "la philosophie des valeurs" », *op. cit.*

⁵⁹ P. JORION, « Le rapport entre la valeur et le prix », *Revue du MAUSS permanente* [en ligne], 2007.

⁶⁰ Cela revient par exemple à s'interroger sur la nature de la beauté face à ses différentes représentations physiques. Dans sa réponse, Platon juge la réalité hétérogène et la décompose en deux parties, créant ainsi un dualisme ontologique : il distingue le monde sensible, accessible aux sens, du monde intelligible, accessible par la raison. Si le premier est éphémère et source d'illusion, le second est constant et éternel. Les Idées appartiennent au monde intelligible et sont représentées, dans le monde sensible, par des formes.

⁶¹ P. JORION, « Le rapport entre la valeur et le prix », *op. cit.*

⁶² M. CROISSET, *La République de Platon. Étude et analyse*, Les chefs d'œuvres de la littérature expliqués, Mellottée, 1946, p. 225.

⁶³ L'objectivisme s'explique facilement, car, lorsque la valeur d'une chose est recherchée, il est de l'ordre du réflex de commencer par s'intéresser en premier à la chose elle-même.

⁶⁴ A. SMITH, *Moral Sentiments* : 317 ; cité par A. LAPIDUS, *op. cit.*, p. 62.

⁶⁵ F. PERROUX, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁶ J.-M. DANIEL, *op. cit.*, p. 197.

⁶⁷ Les mercantilistes, influencés par la découverte du Nouveau Monde, comme l'a été l'École de Salamanque, estiment que la valeur doit être trouvée dans l'accumulation de métaux précieux, notamment l'or. À l'inverse, à une époque où la majorité de la population est constituée d'agriculteurs, les physiocrates sont radicalement opposés au commerce, jugé stérile, et font de la terre la seule source de richesse (c. en ce sens les écrits de François Quesnay,

relancé par l'école classique. Adam Smith s'oppose ainsi à la théorie mercantiliste et dénie toute valeur intrinsèque à l'or et à la monnaie⁶⁸, ces dernières ne servant que de moyen d'échange. Le paradoxe de l'eau et du diamant l'illustre⁶⁹, il existe un prix, devant être distingué de la prescription sociale de la valeur d'usage⁷⁰. L'économiste propose alors son propre critère en tant que source primitive de la valeur : le travail, c'est-à-dire « la peine et le mal qu'il a pour l'obtenir »⁷¹. Pour celui qui se sépare de la chose, elle vaut. Pour celui qui l'acquiert, elle vaut le prix de la fatigue évitée et dont autrui peut être chargé. Adam Smith s'interroge par ricochet sur l'intensité et la qualité du travail⁷² et, jugeant qu'il est impossible de les estimer avec rigueur, renvoie au prix courant sur le marché, d'où l'intérêt de l'argent. Ricardo approfondit les considérations d'Adam Smith sur la valeur-travail, avant d'ajouter un critère subsidiaire : la rareté⁷³. La théorie ricardienne de la valeur est reprise au XIX^e siècle par Karl Marx. L'auteur reconnaît l'origine objective de la valeur⁷⁴, mais considère que celle-ci trouve son origine, non pas simplement dans le travail, mais dans la force de travail humaine⁷⁵.

6. Variabilité de l'estimation de la valeur. – La valeur s'étant imposée en tant que rapport⁷⁶, l'idée d'évaluation est également inhérente à celle de valeur des choses. Alors qu'il s'agissait de confronter le comportement d'une personne à un idéal, la valeur des choses implique ici la comparaison entre la réalité, souvent matérialisée par une somme d'argent, et une attente (objective ou subjective), le jugement étant le dénominateur commun entre ces deux démarches. La valeur serait ainsi le résultat d'une estimation des diverses qualités de la chose⁷⁷.

notamment *Tableau d'économie* [1778], les autres activités ayant pour seul objet la transformation de la production agricole).

⁶⁸ « Que la richesse consiste en monnaie, c'est-à-dire en or et en argent est une notion répandue qui provient naturellement de la double fonction de la monnaie, comme instrument de commerce et comme mesure de valeur » (v. A. SMITH, *An Inquiry Into The Nature and Causes Of The Wealth Of Nations*, W. Strahan and T. Cadell, London, 1776 ; *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, trad. franç. P. JAUDEL, *Economica*, t. 2, 2000, p. 34).

⁶⁹ L'eau n'a que peu de valeur économique car elle est facile à trouver, pourtant, elle est d'une importance vitale. A l'inverse, le diamant n'a qu'une utilité relative, mais sa rareté lui confère une importante valeur économique.

⁷⁰ A. LAPIDUS, *op. cit.*, p. 62.

⁷¹ A. SMITH, *An Inquiry Into The Nature and Causes Of The Wealth Of Nations*, W. Strahan and T. Cadell, London, 1776 ; *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, trad. franç. P. JAUDEL, *Economica*, t. 1, 2000, p. 38.

⁷² A. SMITH, *ibid.*

⁷³ D. RICARDO, *Des principes de l'économie politique et de l'impôt*, Calmann-Lévy, coll. Perspectives de l'économie. Les Fondateurs de l'économie, 1970 [1817], p. 13 et s.

⁷⁴ K. MARX, *Das Kapital. Kritik der politischen Oekonomie*, 1867, Verlag von Otto Meisner ; *Le capital. Critique de l'économie politique*, PUF, coll. Quadrige, 1993, p. 41.

⁷⁵ K. MARX, *op. cit.*, p. 42 et s. et 68 et s.

⁷⁶ G. BOUCHAT, « Le soubassement esthétique de l'art dans les discours esthétiques du XVIII^e siècle », *op. cit.*, p. 105.

⁷⁷ M. LEHMANN, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Elfte Auflage, p. 246 ; cité par J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, LGDJ, 1962, n° 71, p. 76.

Le sujet « jugera qu'une chose vaut mieux qu'une autre ; il comparera dans son esprit, il appréciera leur valeur (...). C'est ainsi qu'un enfant qui a d'abord rempli ses poches de châtaignes, les vide pour faire place à des dragées qu'on lui présente »⁷⁸. Inversement, pour les enfants d'Eldorado, l'or et les pierreries ne valent pas mieux que des graviers.

Une valeur peut être particulièrement importante pour un individu, mais ne pas l'être pour un autre : chacun est libre d'accorder plus d'importance à la justice qu'à la réussite, à la nouveauté plutôt qu'à la tradition⁷⁹. Mais ce que le sociologue Max Weber qualifie de « polythéisme des valeurs »⁸⁰ ne s'explique pas seulement par la variabilité des échelles de valeurs personnelles aux sujets estimateurs. Cette variabilité de l'échelle des valeurs peut être transposée aux valeurs économiques.

Ribot estime que les variations individuelles dans l'estimation des valeurs résultent également de différences d'organisation entre les individus⁸¹. Ainsi, certaines communautés auront plus à cœur des valeurs spirituelles et religieuses, d'autres des valeurs écologiques, etc⁸². Ainsi, les enfants de l'Eldorado n'ont pas la même échelle de valeurs que Candide, car ils ne vivent tout simplement pas dans le même environnement : l'Eldorado est un état merveilleux et utopique dans lequel règnent le luxe et la richesse alors que Candide est issu de Westphalie, univers féodal violent. Il est certain que Candide perçoit comme absurde le fait de voir des enfants jouer avec de l'or et des pierreries, car il s'agit de biens rares à ses yeux. De plus, le contexte exerce également une influence sur les variations dans l'estimation des valeurs. En effet, on apprécie la sincérité d'un époux, mais on blâme la sincérité d'un agent du contre-espionnage, on apprécie la gentillesse d'un chien de salon en réprouvant la même chose chez un chien de garde⁸³. Dès lors, « n'importe quoi peut (...) occuper le sommet de l'échelle. Pour celui qui meurt de soif dans le désert, rien ne vaut un litre d'eau ; pour celui qui a besoin de

⁷⁸ A.-R.-J. TURGOT, « Valeur et monnaie », in *Ecrits économiques, op. cit.*, p. 238. V. également sur ce point, M. Philippe Stoffel-Munck, selon lequel « l'intérêt du commerce résulte précisément du fait que ses agents n'ont pas tous la même opinion de la valeur que recèle l'affaire objet de leur contrat (Ph. STOFFEL-MUNCK, « Erreur sur la valeur et dol incident », *RDC* 2005, n° 4, p. 1025).

⁷⁹ S.H. SCHWARTZ, « Les valeurs de base de la personne : théorie, mesures et applications », *op. cit.*

⁸⁰ V. en ce sens J. FREUND, « Le polythéisme chez Max Weber », *Arch. Sc. Soc. des Rel.*, 1986, n° 61, p. 51.

⁸¹ T. RIBOT, *La logique des sentiments, op. cit.*, p. 40.

⁸² Théodule Ribot cite ainsi l'exemple d'un noble vaincu pour qui la noblesse apparaît comme une très haute valeur, par opposition à un démocrate intransigeant à qui la noblesse n'est que chimère (v. T. RIBOT, *La logique des sentiments, ibid.*).

⁸³ Ch. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit : Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, LGDJ, 2016, p. 44. De même, « lorsque le sauvage a faim, il fera plus de cas d'un morceau de gibier que de la meilleure peau d'ours ; mais, que sa faim soit satisfaite ou qu'il ait froid, ce sera la peau d'ours qui lui deviendra précieuse » (A.-R.-J. TURGOT, « Valeur et monnaie », in *Ecrits économiques, op. cit.*, p. 239).

téléphoner, quelques pièces de monnaie valent mieux qu'un chèque de mille dollars »⁸⁴. Cette forte relativité liée à la subjectivité de la valeur conduit nécessairement à des discordances fréquentes dans l'appréciation de celle-ci. La variabilité de la valeur est donc triple : celle-ci est fonction à la fois du sujet, de la situation géographique et du contexte.

Ainsi, « les valeurs s'agentent d'ailleurs en systèmes originaux et divers caractérisant d'une manière spécifique les différentes civilisations et, en leur sein, les différents individus »⁸⁵. Appliquée à la science juridique, cette variabilité entraîne ainsi des différences de droit positif⁸⁶. L'objet de cette étude se limitera à la perception des valeurs à l'échelle de l'individu, et non de la société, bien que le mécanisme intellectuel soit identique. Par ailleurs, à considérer que les valeurs morales exercent une quelconque influence sur le droit, celle-ci ne sera pas étudiée ici⁸⁷.

A l'instar des autres valeurs, les valeurs économiques sont donc par nature variables, car elles sont fonction de l'appréciation subjective qui en est faite par le sujet estimateur.

7. L'objectivisation de l'appréciation de la valeur. – Si certains sociologues sont favorables à une universalité parfaite des valeurs⁸⁸, d'autres ont élaboré le concept de « cités de valeurs »⁸⁹. Les jugements de valeur opérés par une même communauté seraient identiques, chaque groupe ayant sa propre hiérarchie des valeurs et réagissant de manière similaire. En effet, la valeur ne découle pas uniquement de l'appréciation subjective faite par chacun, mais aussi de celle opérée par ses voisins : l'appréciation du sujet serait ainsi nécessairement

⁸⁴ M. BLAIS, *L'échelle des valeurs humaines*, Montréal, Fides, coll. Les classiques des sciences sociales, 1980, p. 15. L'exemple de la variabilité de la valeur selon la sensation de soif de l'individu avait été préalablement développé par Jevons (v. W.S. JEVONS, *Theory of Political Economy*, Macmillan, Londres, 1871 ; *La Théorie de l'économie politique*, V. Giard & E. Brière, 1909, p. 98).

⁸⁵ R. MISRAHI, *op. cit.*, p. 267.

⁸⁶ À titre d'exemple, les droits israéliens et libanais n'envisagent pas la conclusion de mariage civil conclus sur leur propre sol, seul le mariage religieux y est possible. À l'inverse, en France, depuis 1792, seul le mariage civil bénéficie d'une valeur juridique. Ces différences de régime témoignent d'un attachement respectif à des valeurs opposées : la France à la laïcité, le Liban et Israël à la religion.

⁸⁷ V. en ce sens Ch. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit : Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, *op. cit.* V. contra : H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 27 selon lequel les valeurs ne sont que l'expression d'une émotion personnelle.

⁸⁸ Le chercheur psychologue israélien Shalom H. SCHWARTZ a développé, à travers des études menées dans plus de 70 pays, une théorie universelle des valeurs en identifiant dix valeurs « fondamentales » universelles : l'autonomie, la stimulation, l'hédonisme, la réussite, le pouvoir, la sécurité, la conformité, la tradition, la bienveillance et l'universalisme (v. en ce sens S. H. SCHWARTZ and W. BILSKY, « Toward a theory of the universal content and structure of values: Extensions and cross cultural replications », *Journal of Personality and Social Psychology*, 1990, n° 58, p. 878).

⁸⁹ V. en ce sens les travaux du sociologue Luc Boltanski et de l'économiste Laurent Thévenot. Selon ces auteurs, il existe six « cités », c'est-à-dire des logiques de justification basée sur une conception du bien commun, ayant chacun des valeurs de référence différentes. Ainsi, la cité « domestique » valorise la hiérarchie et la tradition, quand la cité marchande préfère la rivalité et la concurrence (L. BOLTANSKI et L. THEVENOT, *Les économies de la grandeur*, Cahiers du Centre d'Etudes de l'Emploi, n° 31, PUF, 1987, p. 85 et s.).

influencée par le groupe social auquel il appartient, lequel aura modelé ses désirs et ses besoins. La valeur résulterait de forces sociales, si bien que ce serait la société dans son ensemble qui assignerait une valeur aux choses⁹⁰. Celle-ci serait présente à travers l'échelle des préférences de chacun, l'homme étant un produit social⁹¹.

Une réaction communautaire n'est pas surprenante et pourrait s'expliquer par le concept d'*habitus*. L'*habitus* est usuellement défini comme la manière d'être d'un individu, lié à un groupe social⁹². Sociologiquement, il s'agit d'un ensemble de dispositions durables où sont intégrées les expériences passées, une forme de mémoire incorporée⁹³. Ainsi, parce que les individus ont vécu des expériences sociales différentes, ils adopteront des réactions différentes. Pensant obéir à ses préférences personnelles en réalisant son projet individuel, chacun s'accorderait en réalité avec les autres membres de son groupe social⁹⁴.

L'*habitus* a été systématisé et popularisé en France par le sociologue Pierre Bourdieu, selon lequel « les conditionnements associés à une classe particulière de conditions d'existence produisent des *habitus*, systèmes de dispositions durables et transposables, structures structurées prédisposées à fonctionner comme structures structurantes, c'est-à-dire en tant que principes générateurs et organisateurs de pratiques et de représentations qui peuvent être objectivement adaptées à leur but sans supposer la visée consciente de fins et la maîtrise expresse des opérations nécessaires pour les atteindre, objectivement "régliées" et "régulières" sans être en rien le produit de l'obéissance à des règles, et, étant tout cela, collectivement orchestrées sans être le produit de l'action organisatrice d'un chef d'orchestre »⁹⁵.

Appliqué aux valeurs et notamment aux valeurs économiques, l'*habitus* permet d'expliquer pourquoi les individus appartenant à un même groupe social ont adopté la même échelle de valeurs et réagissent identiquement. La valeur économique varierait ainsi seulement selon le sujet et le contexte. Il est, ainsi, fort probable que n'importe quel compatriote de Candide aurait été aussi stupéfait que ce dernier en rencontrant les enfants d'Eldorado, alors que l'ensemble de ceux-ci jouent avec de l'or et des pierreries, sans même imaginer leur rareté dans un autre pays. Toutefois, aujourd'hui, vivant au cœur d'une époque mondialisée, il est

⁹⁰ F. PERROUX, *op. cit.*, p. 340.

⁹¹ B. M. ANDERSON JR, *Social value*, Boston 1911 ; cité par F. PERROUX, *op. cit.*, p. 346.

⁹² V. « *habitus* », *Le Petit Robert*, 2018, 3^e, p. 1208.

⁹³ V. « *habitus* », *Dictionnaire des sciences humaines*, PUF, coll. Quadrige Dicos poche, 2006, p. 528.

⁹⁴ V. « *habitus* », *Lexique de sociologie*, 4^e éd., Dalloz, 2013, p. 173.

⁹⁵ P. BOURDIEU, *Le sens pratique*, Éditions de Minuit, coll. Le sens commun, 1980, p. 88.

envisageable que les enfants d'Eldorado aient eu connaissance de l'intérêt de Candide pour leurs biens et inversement. L'échange ne se serait pas déroulé dans les mêmes conditions.

8. Acceptions juridiques de la valeur économique. – La valeur irrigue le droit des obligations. Le Code civil mentionne ainsi 181 fois le mot « valeur », au sein de 138 articles différents, dans ses différentes acceptions⁹⁶. La valeur économique est, de toutes ces acception, celle qui est reçue le plus largement par le droit. Parmi les multiples occurrences de « valeur » dans le Code civil, plus de cent ont directement trait à la valeur économique. Le vocabulaire employé par le législateur reste toutefois fluctuant. L'article 16-5 du Code civil vise explicitement la « valeur patrimoniale »⁹⁷. De même, le Code civil emploie également, au sein des dispositions 387-1 et 502, l'expression de « valeur en capital »⁹⁸.

Ce sont le droit des biens, le droit des successions et le droit des régimes matrimoniaux qui s'avèrent les plus friands de l'emploi du mot « valeur ». Ces matières ont en effet pour objectif de fixer les règles liées à la gestion des biens d'un individu, d'un couple d'époux ou d'un *de cujus*. Sont ainsi alternativement visées la valeur du⁹⁹ ou des¹⁰⁰ biens, dans une perspective économique¹⁰¹. Mais l'emploi de « valeur » au sens économique du terme n'est pas

⁹⁶ Il est ainsi fait référence aux valeurs en tant que valeurs mobilières, titres financiers négociables en Bourse au sein des articles 259-3, 387-1, 427, 500, 810, 1049, 1406 et 2350 du Code civil. De même, l'expression « en valeur » est fréquemment utilisée afin de désigner un paiement en monnaie (articles 33, 738-2, 826, 845, 887-1, 1352, 1352-8, 1469, 1568, du Code civil). Les articles 1383-1 et 1386 ont recouru quant à eux à « valeur » en lui accolant l'adjectif « probatoire » afin de désigner la validité d'un acte juridique. Le législateur recouru également au mot « valeur » afin de désigner un paiement sous forme monétaire, comme c'est le cas dans les articles 33, 738-2, 845, 887-1, 1352, 1352-8, 1469, 1568, du Code civil. L'expression « en valeur » est ainsi fréquemment utilisée à ce propos. Les valeurs au sens philosophique du termes ne sont pas ignorées par le droit positif, en témoigne l'article 21-24 du Code civil selon lequel la naturalisation d'un étranger suppose « l'adhésion aux principes et aux valeurs essentiels de la République ». Enfin, la valeur est également mentionnée dans le Code civil dans un sens plus mathématique. L'article 826 du Code civil énonce ainsi que « l'égalité dans le partage est une égalité en valeur ». La valeur est entendue ni dans son sens économique, ni dans son sens monétaire, mais dans une logique calculatoire. Le législateur entend ici que le partage se fera à hauteur des droits de chacun. De même, l'article 1734 du Code civil pose une règle particulière en matière de responsabilité des locataires d'un immeuble en cas d'incendie : ceux-ci sont tenus « proportionnellement à la valeur locative de la partie de l'immeuble qu'ils occupent ». A l'instar de l'article 826, l'utilisation faite du mot « valeur » désigne ici la mesure d'une grandeur.

⁹⁷ La valeur serait ainsi par essence relative au patrimoine, lequel peut être défini comme étant « l'ensemble des droits et des obligations appartenant à une personne et ayant une valeur pécuniaire » (Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, LGDJ, coll. Droit civil, 2015, n° 12, p. 23). Au-delà de l'aspect pécuniaire, le *Vocabulaire juridique* de G. Cornu précise pour sa part que le patrimoine est constitué des « droits et charges appréciables en argent » (v. « patrimoine » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2017, p. 747). Puisque le patrimonial suppose le pécuniaire, l'expression « valeur patrimoniale » serait finalement redondante. Il reste toutefois nécessaire de distinguer ce type de valeur des précédentes et le recours à l'adjectif « économique » serait sans doute plus approprié.

⁹⁸ Le capital désigne ici une somme d'argent : la valeur « en capital » n'est donc qu'une autre émanation de la valeur économique.

⁹⁹ Articles 793, 794, 815-3, 860, 863, 1438, 1475, 2347, 2348, 2371, 2372-3 et 2488-3 du Code civil.

¹⁰⁰ Articles 791, 800, 815-3, 828, 924-2, 1391 et 1512 du Code civil.

¹⁰¹ L'article 791 du Code civil servira ici d'illustration : l'héritier qui accepte la succession à concurrence de l'actif net n'est tenu au paiement des dettes qu'à hauteur de la valeur des biens qu'il aura reçus. Cela signifie que l'héritier

limité aux seuls « biens », le législateur s'est également intéressé plus largement à la valeur des « prestations », sans pour autant définir ce terme¹⁰².

Par ailleurs, aux termes de l'article 1103 du Code civil, « en dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu », celui qui profite d'un enrichissement sans cause « doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement ». Le législateur opère ici une comparaison entre la valeur dont s'est enrichi le bénéficiaire et la valeur dont s'est appauvri l'autre partie. Celle étant la plus faible sera reversée à ce dernier, au titre d'une indemnité. L'usage opéré de « valeur » est économique, en témoigne ainsi le champ lexical employé : « enrichissement », « appauvrissement », « égale à la moindre ». Enfin, la dernière appréhension juridique de la valeur retenue par le Code civil est celle de la dette de valeur¹⁰³, prévue à l'article 1343 alinéa 3 du Code civil¹⁰⁴.

9. Prix partout, valeur nulle part. – Si importante soit-elle, la valeur économique se fait pourtant discrète en droit positif. L'emploi du terme « valeur » tel qu'opéré par le Code civil désigne une même réalité : la valeur économique du bien. Notion éminemment philosophique et économique, la valeur s'avère rarement étudiée en elle-même¹⁰⁵. Il y a là l'idée que les biens

ne peut rembourser les dettes du *de cuius* sur son patrimoine personnel. Une estimation de la valeur économique des biens qui composent la part de l'héritier est opérée et le montant des dettes lui est imputé. La logique est identique pour l'article 2347 du Code civil qui traite d'une sûreté particulière, le gage : ainsi, lorsque la valeur économique du bien donné en gage excède celle de la dette, la différence entre les deux est reversée au débiteur.

¹⁰² Les articles 1136, 1137 et 1139 envisagent ainsi l'erreur et le dol sur la valeur d'une prestation. De même, l'article 1112-1 n'impose pas aux parties une obligation d'information sur la valeur de la prestation.

¹⁰³ P. RAYNAUD, « Les dettes de valeur en droit français », in *Mélanges Brèthe de la Gressaye*, éd. Bière, 1967, p. 611 – J.-M. DURAND, *La dette de valeur*, thèse Paris II, 1972 – G.-L. PIERRE-FRANÇOIS, *La notion de dette de valeur en droit civil. Essai d'une théorie*, LDGJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 138, 1975 – J.-F. PILLEBOUT, « Observations pragmatiques sur la dette de valeur », in *Mélanges Holleaux*, Litec, 1990, p. 357.

¹⁰⁴ Constitue une dette de valeur la créance qui, bien qu'estimée et payable en monnaie « échappe à la dépréciation monétaire et représente, au jour du règlement, la valeur effective de ce qui est dû au créancier » (F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil : les obligations*, 12^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2019, n^o 1465, p. 1543). La dette de valeur constitue une créance dont la particularité est de ne pas être liquide, c'est-à-dire qu'elle ne fait pas l'objet d'une évaluation en argent au moment de sa naissance. La liquidation de la créance a donc lieu *a posteriori*. Cela revient à affirmer que la valeur de l'objet de la créance est estimée au jour du paiement, et non à la date de naissance de la créance. La technique de la dette de valeur constitue une exception au principe du nominalisme monétaire institué au premier alinéa de l'article 1343, utilisée dans des situations particulières où il serait injuste de laisser le créancier dans une situation plus défavorable que s'il avait eu recours à l'exécution en nature : dommages-intérêts, dette d'aliment. Finalement, « ce que le débiteur doit est moins une somme d'argent que la valeur d'une prestation » (F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil : les obligations*, *ibid*).

¹⁰⁵ À ce propos, v. Ph. JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, *op. cit.* – Ch. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*, LGDJ, 2016 – C. KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français*, L'Harmattan, 2009 – F. ROUVIERE, « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016, n^o 3, p. 600.

valent quelque chose en argent, sans pour autant que le droit s'y intéresse directement¹⁰⁶. Ainsi, de nombreuses règles du droit des biens ou du droit patrimonial de la famille ont trait à l'évaluation, voire la réévaluation de la valeur, sans que la valeur ne soit directement appréhendée. En apparence, les textes se désintéressent du contenu de la valeur, hormis quelques références ponctuelles, à travers notamment l'étude de la lésion et de l'erreur sur la valeur.

Lorsqu'il s'agit de s'intéresser à ce que vaut un bien ou une prestation, les juristes préfèrent se tourner vers la notion de « prix »¹⁰⁷. Dans le langage courant, le prix désigne la somme d'argent contre laquelle s'échange un bien ou un service¹⁰⁸. L'appréhension juridique du prix par le droit remonte au droit romain : les modèles contractuels antiques prévoyaient déjà des échanges à titre onéreux. Le contrat de vente romain supposait un prix (*pretium*), le contrat de travail un salaire (*merces*). Les références faites au prix sont courantes au sein du Code civil, celui-ci étant retrouvé 140 fois, au sein de 185 articles. Paradoxalement, il convient de relever qu'aucune définition n'est formulée par le Code civil, d'autant que la notion moderne se révèle, en réalité, polysémique, à l'instar de sa forme antique. En principe, le « prix » ne devrait désigner que la seule contrepartie monétaire versée par l'acquéreur à l'occasion d'un contrat de vente. Les autres contreparties monétaires à des contrats spéciaux à titre onéreux bénéficient, en effet, de leur propre qualificatif : le salarié perçoit un salaire, l'entrepreneur libéral des honoraires, le bailleur un loyer, le banquier des intérêts... Par abus de langage, le « prix » a fini par désigner, en droit commun des contrats, la contrepartie monétaire d'un contrat conclu à titre onéreux.

Hors du cadre du droit des contrats, le prix est une notion familière de l'ensemble de la science juridique. La notion de prix revêt une importance déterminante en matière de cession de droits sociaux¹⁰⁹, mais également en droit de la concurrence. Cette discipline a pour objet d'encadrer le libre jeu de la concurrence, en sanctionnant les comportements qui y porteraient

¹⁰⁶ Dans sa thèse dédiée à l'analyse contractuelle de la valeur, M. Philippe Jouary s'interroge : « doit-on considérer que le contrat, qui est au centre du droit des obligations, et la valeur sont condamnés à habiter des vallées à jamais séparées ? Juridique, pour l'une, économique, pour l'autre. Ou bien est-il possible de rechercher des chemins qui mènent de l'une à l'autre ? Si le contrat est l'un des modes de transmission de la propriété, et d'appréhension des droits patrimoniaux, n'a-t-il pas dès lors partie liée avec la valeur ? » (Ph. JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, op. cit., p. 1, n° 1).

¹⁰⁷ Sur ce point, M. Gérard Denis estime que « dans la mesure où l'on ne sait pas dire si un prix est juste ou pas, on préfère s'intéresser à la façon dont est déterminé le prix » (G. DENIS, « Quelques "anomalies" en matière de prix », in *Les exigences en matière de prix*, F. FERRIER (dir.), *JCP E, Cah. dr. Entr.*, 1997, n° 4/5, p. 23).

¹⁰⁸ Le prix connaît également de nombreux sens figuré qui seront exclus du champ d'étude de ce travail.

¹⁰⁹ J. MOURY et B. FRANÇOIS, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, 2^e éd., Dalloz, coll. Dalloz référence, 2021 – M. STOCLET, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, thèse Paris II, 2008.

atteinte. Le prix est alors pris en compte, en ce que celui-ci peut constituer le relai des perturbations du marché : prix excessif dans le cadre d'un abus de position dominante, ciseaux tarifaires, entente sur le prix... En droit public, enfin, le prix recouvre une réalité subtilement différente à travers les notions d'impôt, de taxe et de redevance. Cette dernière s'avère la plus proche du prix au sens du droit des contrats, en ce qu'elle constitue la contrepartie monétaire proportionnelle à l'utilisation d'un service public, par exemple un péage. Elle se différencie de la taxe, en ce que cette dernière est forfaitaire, dénuée de toute équivalence avec le service rendu. L'impôt, enfin, constitue le concept de droit public le plus éloigné du prix, en ce qu'aucune contrepartie directe n'est accordée en l'échange du versement.

10. Equilibre et déséquilibre économiques. – Le prix est souvent confondu avec la valeur économique dans le langage courant. Cette confusion est compréhensible, car « l'énonciation du prix renferme toujours l'énonciation de la valeur »¹¹⁰. C'est avec raison que les économistes prennent soin de ne pas confondre les termes de prix et de valeur¹¹¹ : les deux notions sont indépendantes l'une de l'autre et présentent de ce fait chacune des caractéristiques propres. Au-delà du fait que la valeur soit qualitative quand le prix est quantitatif et que le prix connaît une existence physique propre alors que la valeur relève de l'abstraction, prix et valeur se distinguent également par d'autres éléments : le prix est subjectif et la valeur objective. Les deux notions paraissent finalement décrire une même réalité, mais dans une perspective différente : la valeur économique et le prix. La valeur est une notion économique, laquelle s'exprime à travers le prix, notion juridique.

Lorsque le prix coïncide avec la valeur réelle du bien, alors l'équilibre économique est atteint. Ce dernier constitue finalement le point de rencontre entre l'économie et le droit, « un juste rapport, une équivalence »¹¹². À l'inverse, lorsque le prix ne reflète pas la valeur économique, la situation traduira un déséquilibre économique. Le bien ou le service sera alors trop cher ou trop bon marché au regard de la véritable valeur du bien. Le droit prétend se désintéresser de la question de l'équilibre économique objectif au motif que le prix convenu par les parties constitue *per se* un équilibre économique subjectif. Parce qu'il a été convenu par les parties, le prix correspondrait nécessairement à la valeur économique, justifiant dès lors la prohibition de principe de la lésion. À propos de cette apparente indifférence du droit, tant à

¹¹⁰ A.-R.-J. TURGOT, « Valeur et monnaie », in *Ecrits économiques*, op. cit., p. 246.

¹¹¹ J.E. STIGLITZ, J.-D. LAFAY et C.E. WALSH, *Principes d'économie moderne*, 4^e éd., De Boeck supérieur, 2016, p. 65.

¹¹² G. CHANTEPIE, « La notion d'équilibre du contrat », *Loyers et Copropriété*, octobre 2016, n° 10, p. dossier 6. Plus généralement sur la notion d'équivalence, v. J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Jouve et cie, 1920.

l'égard de l'équilibre que du déséquilibre économique, M. Louis-Frédéric Pignarre explique ainsi la célèbre formule de Fouillé, « qui dit contractuel, dit juste », de la manière suivante : « le principe de liberté contractuelle impose de considérer que toute rencontre des volontés a pour effet de donner naissance à une situation d'équilibre, peu importe que l'équilibre ainsi subjectivement déterminé ne coïncide pas avec l'équilibre économique du contrat »¹¹³. L'idée même d'équilibre contractuel ne serait finalement qu'un pléonasme, un truisme, du moins au stade de la formation du contrat.

Une analyse juridique et contractuelle de la valeur paraît alors s'imposer. L'étude des liens entre le prix et la valeur, dans la perspective d'un équilibre, présente pourtant plusieurs intérêts notables. Tout d'abord, en veillant à ce que l'équilibre économique objectif soit le plus souvent atteint, le droit contribue à la sécurisation du marché pour les acteurs du commerce, mais également à la légitimation des règles actuellement en vigueur¹¹⁴. Mais l'étude de l'équilibre économique nécessite également de s'attarder sur celle, antinomique, portant sur le déséquilibre : le droit fournit aux parties à un contrat des solutions à la survenue d'un déséquilibre économique, leur permettant d'atteindre de nouveau l'équilibre, quand bien même celui-ci ne serait que subjectif, ou, au contraire, de se délier d'un contrat devenu déséquilibré. Il convient enfin de souligner que le prix ne constitue, en réalité, pas ce que M. Louis Thibierge qualifie de « parangon de liberté contractuelle »¹¹⁵. En effet, les agents économiques ne sont pas rationnels et leurs décisions ne résultent pas entièrement de leur libre arbitre. Après tout, « l'économie de marché est une économie de gestion des contraintes dans laquelle faire un choix revient souvent à opter pour le moindre mal. Dans ces conditions, jamais un consentement à un contrat ne sera donné avec une pleine et entière liberté »¹¹⁶.

11. Réformes du droit des contrats et du droit des contrats spéciaux. – La question de l'appréhension de l'équilibre économique par le droit se révèle d'actualité, celle-ci ayant été

¹¹³ L.-F. PIGNARRE, *Les obligations en nature et de somme d'argent. Essai de théorisation à partir d'une distinction*, LGDJ, 2010, n° 257, p. 191.

¹¹⁴ En effet, « couramment, l'équilibre est envisagé de manière négative, en appréhendant le déséquilibre, de la même manière qu'on choisit de s'attacher aux injustices afin de mieux approcher la notion de justice. Positivement, pourtant, l'équilibre serait la fin ; la lutte contre les déséquilibres le moyen » (G. CHANTEPIE, « La notion d'équilibre du contrat », *Loyers et Copropriété*, octobre 2016, n° 10, p. dossier 6).

¹¹⁵ L. THIBIERGE, « Le juste prix », in *Mélanges en l'honneur de Laurent Aynès*, Lextenso, 2019, p. 483.

¹¹⁶ J.-P. CHAZAL, « La violence économique : violence économique ou abus de faiblesse ? », *Dr. et patr.*, 2014, n° 240, p. 47. L'auteur poursuit ainsi : « ainsi, même sur un marché supposé libre (ce qui, dans la réalité, ne se rencontre guère), une entreprise décidera de vendre à tel prix en fonction de paramètres qu'elle ne maîtrise pas ou peu : prix des matières premières, niveau des salaires, besoins et pouvoir d'achat des consommateurs, nécessité de couvrir ses charges fixes, pressions de la concurrence, existence de taxes, etc. ».

relancée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations¹¹⁷, ratifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018¹¹⁸. Élaborée dans l'objectif de « moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme »¹¹⁹, l'ordonnance de 2016 trouve son origine dans différentes sources. Si l'inspiration de l'avant-projet Catala (2005) et du projet Terré (2008)¹²⁰ est évidente, une certaine influence européenne est également à relever.

Plusieurs dispositions élaborées par la réforme ont directement trait au prix, tandis que d'autres sont plus subtilement relatives à l'équilibre économique du contrat. Dans un premier temps, tout d'abord, des règles anciennes ont été reprises et n'ont fait l'objet que d'une simple renumérotation. Ainsi, le contenu de l'ancien article 1118 Code civil, prohibant, en creux, la remise en cause du contrat initial pour lésion, a été explicité au sein du nouvel article 1168. D'autres règles bien acquises en jurisprudence ont également été consacrées par la réforme. L'erreur sur la valeur a ainsi fait son entrée à l'article 1136 du Code civil, tout comme les règles édictées par l'arrêt *Baldus* qui figurent désormais aux articles 1112-1 et 1137 du Code civil. De même, l'article 1164 du Code civil a consacré l'indétermination du prix au sein des contrats cadres, acquis de la série d'arrêts de 1995¹²¹ mettant fin à une longue évolution jurisprudentielle, tout comme l'indétermination du prix au sein des contrats d'entreprise et de mandat semble faire l'objet d'une codification à droit constant à l'article 1165 du Code civil. Certaines règles en matière d'inexécution du contrat ont, également, fait l'objet d'une codification à droit constant, comme la possibilité d'une résolution unilatérale du contrat en cas d'inexécution suffisamment grave (article 1224). En revanche, d'autres règles, bien que reprises par la réforme, ont toutefois fait l'objet de modifications. Il en va ainsi en matière de force majeure, prévue à l'article 1218 du Code civil, pour laquelle le critère prétorien d'extériorité a été abandonné. L'article 1169 a quant à lui généralisé la règle de l'existence d'une contrepartie

¹¹⁷ *JORF* n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 26.

¹¹⁸ *JORF* n° 0093 du 21 avril 2018, texte n° 1.

¹¹⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25.

¹²⁰ F. TERRE, *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009.

¹²¹ Cass. ass. plén., 1. 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.578, *Bull. A.P.*, n° 7, p. 13, *Compagnie du téléphone* ; *JCP G* 1996, II, 22565, concl. M. JEOL, note J. GHESTIN ; *D.* 1996, jurispr. p. 13, concl. M. JEOL, note L. AYNES ; *JCP E* 1996, 776, note L. LEVENEUR ; *JCP N* 1996, n° 13, p. 493, étude D. BOULANGER ; *LPA* 27 déc. 1995, p. 11, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS – Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688, *Bull. A.P.*, n° 9, p. 16, *Société Le Montparnasse* – Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.999, *Bull. AP* n° 7, p. 13, dit *Cofratel*.

non dérisoire ou illusoire, jusqu'ici limitée aux seuls contrats de vente. Enfin, d'autres dispositions issues de la réforme se révèlent plus innovantes. L'article 1195 du Code civil admet ainsi la révision pour imprévision, à rebours de plusieurs siècles de jurisprudence¹²². De même, l'article 1223 accorde au créancier insatisfait le pouvoir de réduire unilatéralement le prix du contrat, en cas d'inexécution imparfaite. Enfin, l'article 1166 du Code civil paraît établir une exigence d'équivalence entre la qualité de la prestation fournie et les attentes des parties, lorsque celle-ci n'a pas été déterminée lors de la formation du contrat.

L'ensemble des règles relatives à l'équilibre économique du contrat, c'est-à-dire à l'adéquation entre le prix et la valeur, figurent ainsi de manière éclatée au sein du Code civil. Si une résolution de la controverse liée à l'indétermination du prix était attendue de l'ordonnance de 2016, celle-ci ne paraît pas fournir de véritable réponse. Par ailleurs, en introduisant la notion de « contrat de prestation de services » en droit commun des obligations, en ayant recours à la notion « d'abus dans la fixation unilatérale du prix » sans pour autant la définir et en supprimant le pouvoir du juge de réviser les honoraires excessifs, la réforme a considérablement alimenté le débat doctrinal quant à l'interprétation à donner aux articles 1164 et 1165 du Code civil.

Au-delà, si le principe de l'indifférence de la lésion demeure, la réforme a toutefois opéré une distinction majeure entre le déséquilibre économique dans la formation du contrat et celui dans l'exécution du contrat. Si le premier n'est, souvent, pas sanctionné, le second reçoit un accueil bien plus large par le droit. À la lecture de ces différentes dispositions et de la multiplicité des sanctions proposées (révision du prix, annulation ou résolution du contrat), il paraît également délicat de déterminer précisément les règles applicables et ce d'autant que la place des parties et du juge face au contrat a été modifiée. Les parties se sont vu accorder une place prépondérante et novatrice, talonnées par le juge. Le nouveau rôle de ce dernier s'avère délicat à déterminer. L'hostilité traditionnelle à son endroit semble avoir été remplacée par une confiance accrue, la possibilité de réviser le prix pour inexécution lui étant désormais offerte par l'article 1223 du Code civil, remettant ainsi en cause le principe de force obligatoire du contrat.

Une interprétation de la réforme de 2016, et particulièrement des dispositions novatrices, s'avère nécessaire afin de déterminer les rapports entre le prix et la valeur, et ce

¹²² Civ. 6 mars 1876, *De Galliffet c. Commune de Pélissane*, dit « Canal de Craponne » ; D. 76.I.193, note GIBOULOT.

d'autant qu'une réforme des contrats spéciaux se profile. L'interprétation des textes nouveaux se révèle délicate, tout comme leur articulation. Tout d'abord, aucune illustration jurisprudentielle n'a été apportée depuis 2016. Si quelques décisions, rares, appliquant la réforme ont été rendues, celles-ci ne concernent en rien l'équilibre économique du contrat¹²³. Par ailleurs, la situation relève finalement du paradoxe, en ce que l'éloquent silence jurisprudentiel contraste avec la richesse des réponses doctrinales, conséquence directe de l'engouement doctrinal à l'égard de la réforme. L'urgence d'une interprétation efficace fut renforcée par la crise sanitaire engendrée par la pandémie de la Covid-19. Si les discussions relatives au prix du gel hydroalcoolique¹²⁴ et des masques ont rapidement été tranchées, « jamais avant le début de la crise du coronavirus, les concepts juridiques de la force majeure et de l'imprévision n'avaient connu un tel succès en doctrine et en pratique »¹²⁵.

12. Absence de valeur : commercialité. – Une réflexion autour du prix et la valeur invite, paradoxalement, à s'intéresser à ce qui n'en a pas : c'est la question de la gratuité, mais également de la commercialité. L'adéquation entre le prix et la valeur fait l'objet de débats de société auxquels le droit se doit d'apporter une réponse. Dans un premier temps, la commercialité de certains biens ou services est discutée : ceux-ci sont pourvus d'une valeur économique certaine et sont dépourvus de prix. En les déclarant « hors du commerce », le droit refuse de reconnaître l'existence d'un équilibre économique. Les arguments juridiques reposent alors sur le caractère inestimable de certains biens, ou sur leur dangerosité. À titre d'exemple, il est possible de citer l'article 16-1 du Code civil, interdisant le recours, même à titre gratuit, à la gestation pour autrui (GPA). Compte tenu de la valeur extra-patrimoniale du corps humain, celui ne saurait faire l'objet d'une convention de GPA. Pourtant, celle-ci constitue aujourd'hui une question d'actualité, régulièrement discutée par les médias, mais également par la Cour de

¹²³ V. Cass. civ. 3^e, 23 juin 2021, n° 20-17.554, publié au Bulletin (« la rétractation du promettant ne constituait pas une circonstance propre à empêcher la formation de la vente ») et Cass. com. 23 oct. 2019, n° 18-11.425 (nullité relative du contrat en cas de défaut de consentement).

¹²⁴ Décret n° 2020-197 du 5 mars 2020 relatif aux prix de vente des gels hydroalcooliques, *JORF* n° 0056 du 6 mars 2020, texte n° 13.

¹²⁵ L. VOGEL et J. VOGEL, « Possibilités, limites et exclusions du recours à l'imprévision dans la crise du Covid-19 », *AJ Contrat* 2020, p. 275. Plus généralement, sur la crise sanitaire, v. M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'impact d'une crise sanitaire sur les contrats en droit commercial - À l'occasion de la pandémie de Covid-19 », *JCP E* 2020, n° 15-16, p. 1162 – C.-E. BUCHER, « Contrats : la force majeure et l'imprévision remèdes à l'épidémie de covid-19 ? », *CCC* 2020, n° 4, p. étude 5 – C.-E. BUCHER, « Les premières décisions rendues à propos du Covid-19 : quels enseignements pour le droit des contrats ? », *AJ Contrat* 2020, p. 235 – M. MEKKI, « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », *AJ Contrat* 2020, p. 164 – C. VERRONST-VALLIOT et S. PELLETIER, « L'impact du covid-19 sur les contrats de droit privé », *Dalloz actualité* juin 2020 – R. ZIADE et C. CAVVICHOLI, « L'impact du Covid-19 sur les contrats commerciaux », *AJ Contrat* 2020, p. 176.

cassation. Il en va de même au regard des débats concernant la dépénalisation, voire la légalisation du cannabis, discutée à l'Assemblée nationale le 6 janvier 2022.

13. Absence de prix : gratuité. – Du point de vue de la gratuité, il est curieux d'imaginer que, dans un contrat synallagmatique, une prestation soit dépourvue de contrepartie économique : donner pour rien paraît anormal¹²⁶. En réalité, personne ne donne « pour rien » et deux hypothèses se distinguent, selon la nature de l'intention de celui qui s'appauvrit : la gratuité pure et la gratuité financée. Dans la première catégorie, celle des actes à titre gratuit (donation, legs, acte de bienfaisance), l'*animus donandi* est nettement caractérisé : le donateur accepte de s'appauvrir en l'absence de toute contrepartie¹²⁷. Il s'agit bien de l'hypothèse de la gratuité au sens courant du terme, « pure », laquelle n'appelle aucune difficulté particulière, à l'exception de la question de l'intégrité du consentement de celui qui s'appauvrit. En revanche, dans la seconde hypothèse, dans laquelle la gratuité est financée, cette dernière est bien plus chimérique. Le concept de gratuité « vraie » s'avère chimérique (« *there is no free lunch* »¹²⁸) : si gratuité il y a, celui qui fournit une prestation « pour rien » trouve le moyen parallèle de s'enrichir malgré tout¹²⁹, dans le cadre d'une relation contractuelle qui s'avère finalement tripartite. Son intention ne relève pas de la libéralité. La gratuité ne concerne en effet que la fourniture de la prestation et non pas sa production, laquelle engendre pourtant bien un certain coût¹³⁰, en théorie supporté par le débiteur du prix. Le résultat est, pour celui qui fournit la prestation, identique à celui auquel aurait conduit un contrat à titre onéreux, mais il existe simplement une étape intermédiaire, entretenant une illusion de gratuité pour le bénéficiaire. La gratuité dont bénéficie le consommateur n'est que le résultat d'une série d'opérations à titre onéreux. La gratuité ne se rencontre que sur l'un des versants d'une relation contractuelle à trois acteurs, dans le rapport entre le bénéficiaire et celui qui fournit la prestation, le marché-aval, à

¹²⁶ H. BOUTHINON-DUMAS, « A la recherche d'un concept socio-économique de gratuité », in *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, M. MARTIAL-BRAZ et C. ZOLYNSKI (dir.), LGDJ, 2013, p. 15.

¹²⁷ Seule importe l'intention libérale de ce dernier, et non pas ses motivations, comme la charité ou l'espoir de s'enrichir ultérieurement (sociologiquement et anthropologiquement, la gratuité appelle de fait un lien de dépendance incarné par un sentiment, un besoin de réciprocité postérieur au don initial, le contre-don, dont se sent investi le bénéficiaire). Sur la notion de contre-don, v. M. MAUSS, « Essai sur le don, forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques », in *Sociologie et anthropologie*, PUF, 1950, p. 145.

¹²⁸ Expression selon laquelle la gratuité n'existe pas, utilisée par R. HEINLEIN dans son roman *Révolte sur la Lune* (*The Moon is a Harsh Mistress*, G. P. Putnam's Sons, 1966) puis popularisée par le prix Nobel d'économie M. FRIEDMAN avant d'entrer dans le vocabulaire des économistes.

¹²⁹ P.-J. BENGHOZI, « Culture et gratuité ou économie des gratuits ? », in *Le prix et la culture. La gratuité au prisme du droit et de l'économie*, P. MBONGO (dir.), Mare et Martin, 2005, p. 183

¹³⁰ M. BORGETTO, « L'idée de gratuité et la notion de solidarité sociale » in *La gratuité, une question de droit ?*, G. KOUBI et G. GUGLIELMI (dir.), L'Harmattan, 2003, p. 21.

opposer au marché-amont qui lui est bien payant¹³¹. L'échange d'argent n'est pas inexistant, il est simplement inapparent et indirect¹³² : la gratuité est financée par un tiers¹³³. Le prix s'est effacé mais n'a pas pour autant disparu et l'onérosité demeure latente : il faut considérer l'opération dans son ensemble afin de déceler celle-ci. Seule cette hypothèse de gratuité financée, rentable, sera étudiée, bien que le concept relève pour le moins de l'oxymore¹³⁴.

De nombreux modèles d'affaires offrent « gratuitement » des prestations aux internautes dans une logique de valorisation indirecte de l'audience¹³⁵ : ce sont les marchés bifaces, comme la presse gratuite, la publicité en ligne. De prime abord, ces services semblent bel et bien gratuits puisque l'utilisateur peut librement y recourir sans verser de somme d'argent en contrepartie. En réalité, le service auquel recourt l'utilisateur est indirectement financé par les annonceurs-tiers, sur le modèle du tiers payant évoqué précédemment.

La question de la monétisation des données personnelles vient toutefois renouveler le débat. Afin d'accéder à certains services en ligne, l'internaute cédera – souvent sans même s'en rendre compte, n'ayant pas lu les décourageantes conditions générales d'utilisation – ses droits sur ses informations personnelles, ainsi que, le cas échéant, ses droits de propriété intellectuelle sur ses photos¹³⁶. Or, comme tout don, celui-ci est irrévocable. Les données seront alors revendues à un tiers, un publicitaire, lequel les utilisera afin de mieux cibler le consommateur. Les données étant monétisées par le professionnel, la gratuité n'est encore une fois qu'un mythe¹³⁷, voire un mensonge¹³⁸. Chacun y trouve son compte : l'internaute se dessaisit de ce qui a peu de valeur à ses yeux en échange d'un service, ce dernier étant fourni par un professionnel qui sera rémunéré lors du « rachat » des données personnelles. Ici, point de charité ni de bienfaisance dans le comportement du professionnel : il n'a pour seul but que de s'enrichir

¹³¹ P. DEPPEZ, « Gratuité et propriété intellectuelle », in *Le prix et la culture. La gratuité au prisme du droit et de l'économie*, op. cit., p. 19.

¹³² J.-P. BOUILLOU, « L'argent et la fonction de la gratuité », in *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, op. cit., p. 143.

¹³³ C. ZOLYNSKI, « La gratuité en question », in *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, op. cit., p. XI.

¹³⁴ P. DEPPEZ, in *Le prix et la culture. La gratuité au prisme du droit et de l'économie*, P. MBONGO (dir.), Mare et Martin, 2005, p. 19.

¹³⁵ G. DANG NGUYEN, S. DEJEAN, T. PENARD, « Gratuité sur Internet : entre logiques individuelles et logiques communautaires », in *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, op. cit., p. 91.

¹³⁶ Sur la protection des données personnelles des internautes, v. l'ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, *JORF* n° 0288 du 13 décembre 2018.

¹³⁷ S. CANEVET, « Gratuité et nouvelles technologies de l'information et de la communication », in *La gratuité, une question de droit ?*, op. cit., p. 167.

¹³⁸ H. BOUTHINON-DUMAS, « A la recherche d'un concept socio-économique de gratuité », in *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, op. cit., p. 15.

grâce à la vente des données personnelles, le « pétrole du numérique »¹³⁹. Il existe en l'espèce un décalage dangereux entre la croyance de l'utilisateur – une apparence de gratuité – et la réalité – la monétisation des données cédées. L'internaute n'a pas le choix et est contraint de céder ses données s'il veut accéder au service en ligne. S'il est désormais acquis que de telles situations doivent être considérées comme contractuelles¹⁴⁰, la nature du contrat, à titre gratuit ou à titre onéreux, interroge.

14. Absence de prix : prix négatif. – Les questionnements liés à l'influence du prix quant à la qualification du contrat sont également renouvelés par les problématiques liées au prix négatif, bien que celles-ci soient relativement récentes et encore peu étudiées¹⁴¹. Le prix négatif conduit à une inversion des rôles, en ce que le vendeur, créancier du prix, se retrouve chargé, à la fois, du transfert de propriété, mais également du versement d'une contrepartie monétaire à son « débiteur ». La qualification de cette somme versée est soumise à débat, tant il paraît délicat, au regard des qualifications juridiques actuelles, d'y voir un prix. Le prix négatif se révèle toutefois courant dans les cessions de droit sociaux, mais également au sein des contrats de prêt. Le prix est, en effet, susceptible de s'inverser lorsqu'une clause de révision de passif dépourvue de plafond a été stipulée au sein d'une cession de droits sociaux. De même, l'inversion du taux d'intérêt, devenu négatif, a récemment fait l'objet de différentes décisions en appel, concernant des prêts consentis à des frontaliers franco-suisse, indexés sur le LIBOR CHF 1 an. En 2015, celui-ci étant devenu négatif, les emprunteurs ont vu leur taux devenir nul, voire négatif. Ces événements perturbent la qualification contractuelle, en ce qu'il paraît

¹³⁹ I. FALQUE-PIERROTIN, « Les données personnelles représentent le pétrole du numérique », *Expertises* 2012, n° 2, p. 49.

¹⁴⁰ V. pour exemple, CA Paris, 12 février 2016, n° 2016-58 : « il est incontestable que la société Facebook Inc a pour activité principale de proposer un service de réseau social sur internet à des utilisateurs situés dans le monde entier ; que si le service proposé est gratuit pour l'utilisateur, la société Facebook Inc retire des bénéfices importants de l'exploitation de son activité, via notamment les applications payantes, les ressources publicitaires et autres, de sorte que sa qualité de professionnel ne saurait être sérieusement contestée ; qu'il n'est pas plus contestable que le contrat souscrit est un contrat d'adhésion sans aucune latitude autre que l'acceptation ou le refus ».

¹⁴¹ J. MOURY, « Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente », *D.* 2014, p. 1950 – D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur vénale négative », *RTD civ.* 2006, p. 663 – C. FREYRIA, « Le prix de vente symbolique », *D.* 1997, p. 51 – A. GHOZI, « Contrat de prêt de somme d'argent : l'intérêt négatif en débat », *D.* 2017, p. 965 – M. MORALES, « Le prix négatif dans les marchés publics », *AJDA* 2015, p. 1527 – Th. LAMBERT, « L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux », *Rev. sociétés* 1993, p. 11 – D. LEGEAIS, « L'intérêt », *RTD com.* 2016 p. 825 (note ss TGI Strasbourg, 5 janv. 2016, n° 15/00764) – B. BREHIER, « L'application des taux d'intérêts négatifs », *Rd banc. fin.* 2017, n°3, doss. 23 – F. AUCKENTHALTER, « Taux d'intérêt négatif : le monde à l'envers ? », *Rd banc. fin.* 2016, n° 6, étude 33 – A. ACHARD ET P. MONTEIL, « Quand les taux d'intérêt deviennent négatifs et bouleversent l'architecture des garanties associées aux transactions sur instruments financiers à terme », *Rd banc. fin.* 2015, n° 5, étude 14 – P.-Y. GAUTIER, « La lésion immobilière, hors de propos dans les ventes d'entreprises à prix négatif », *RTD civ.* 1992, p. 777 – J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1999 – M. THIOYE, *Recherches sur la conception du prix dans les contrats*, PUAM, 2004, n° 922 (p. 433) et n° 1552 (p. 700).

difficile de concevoir un contrat à titre onéreux dans lequel l'exécution de l'obligation principale, mais également du paiement reposeraient sur la tête de la même personne.

15. Support matériel du prix : prix symboliques et cryptoactifs. – Les dernières perturbations de la qualification du contrat sont liées aux paiements symboliques, mais également à l'émergence des cryptoactifs. Le prix est dit symbolique lorsque les parties s'accordent délibérément sur une somme dont le montant n'est aucunement le reflet de la valeur économique de l'objet du contrat. Ce dernier n'est toutefois pas conclu à titre gratuit et le créancier du prix ne fait l'objet d'aucun *animus donandi* puisque son débiteur devra exécuter une prestation en complément du versement du prix. Le véritable transfert de valeur, conduisant à l'équilibre économique du contrat, figure ainsi dans cette seconde opération, très courante en matière de cession de droit sociaux.

La question du support matériel du prix est également renouvelée par les problématiques liées aux cryptoactifs. Créés en 2009 grâce à la technologie de la *blockchain*, en réaction à la crise financière de 2008, ceux-ci incarnent l'un des enjeux de l'appréhension juridique de l'équilibre économique au regard de la nature matérielle du prix. À considérer que le prix, juridique, exprime la valeur économique, la matérialisation de cet équilibre nécessite un support, vecteur de valeur. Jusqu'ici réservés à un public de connaisseurs, les cryptoactifs connaissent aujourd'hui un important essor, dérangeant les grandes institutions financières ainsi que les banques. Ce faisant, la nature monétaire du prix, en tant que support d'expression de la valeur économique est remise en question, venant bousculer les catégories juridiques traditionnelles.

16. Généralisation des problématiques liées à l'équilibre économique. – Les problématiques liées au prix et à la valeur ne sont pas limitées au droit des contrats et sont retrouvées dans d'autres branches du droit, ainsi que d'autres ordres juridiques et disciplines. Le parti sera pris ici de tirer profit de l'ensemble de ces enseignements afin d'enrichir l'étude de l'équilibre économique en droit des contrats.

L'utilité de l'économie relève de l'évidence, cette science étant tournée entièrement vers l'étude de la valeur économique et de ses variations¹⁴², la valeur « fournissant le centre de gravitation des mouvements du marché »¹⁴³. Pourtant, M. Bruno Oppetit le relève, « les rapports

¹⁴² A. BARRERE, Histoire de la pensée *économique et analyse contemporaine*, t. II, Montchrestien, 1973, p. 675 : « aucune théorie économique ne peut être véritablement générale sans théorie de la valeur ».

¹⁴³ V. « histoire de la pensée économique » in *Dictionnaire de l'économie*, Encyclopaedia universalis, Albin Michel, 2007, p. 655.

du droit et de l'économie sont passés au cours des trois derniers siècles par des phases successives d'imbrication, puis d'antagonisme ou d'ignorance mutuelle »¹⁴⁴. Pourtant, à l'instar du développement de la sociologie du droit, de la philosophie du droit et de l'anthropologie du droit, une étude comparée entre le droit et l'économie ne peut conduire qu'à un enrichissement de la réflexion juridique. De cette volonté d'une alliance entre l'économie et le droit est née une nouvelle discipline, intitulée « analyse économique du droit »¹⁴⁵. Celle-ci a pour objet de « renforcer le pouvoir explicatif et prédictif des modèles économiques et, ainsi, de permettre aux économistes de participer aux réflexions normatives visant à élaborer des règles juridiques adaptées aux réalités économiques et sociales »¹⁴⁶. À cette fin, il conviendra de caractériser la rationalité des normes juridiques en utilisant l'économie comme un outil analytique, c'est-à-dire en analysant « la manière dont les agents économiques appréhendent l'environnement juridique, afin de comprendre l'émergence des règles de droit et d'évaluer leur pertinence »¹⁴⁷. La théorie économique devient alors un instrument analytique : il s'agit de caractériser la rationalité des normes juridiques, c'est-à-dire de « déterminer si les règles de droit créent des inefficacités justifiant de les modifier »¹⁴⁸. Dès lors, les outils de l'économie seront au service du droit : théorie des jeux, statistique, efficacité, analyse coût-avantage...

La lecture du droit des contrats doit également être opérée à la lumière du droit de la concurrence et du droit de la consommation. Le premier, cela a été évoqué, est familier avec la notion de prix. Si l'idée de valeur est délaissée au profit de celle de prix de marché, le droit de la concurrence est imprégné de l'idée de comparaison et se révèle soucieux d'une forme d'équilibre entre le prix convenu et le prix de marché. Si le droit des contrats et le droit de la concurrence présentent des finalités différentes, l'appréhension juridique du prix et de la valeur en droit civil ne saurait ignorer celle du droit de la concurrence. S'il n'est pas question d'envisager une appréhension unitaire de la notion, les analyses de droit de la concurrence présentent un intérêt certain au regard de l'appréhension contractualiste de la notion d'équilibre

¹⁴⁴ B. OPPETIT, « Economie et droit », in *Arch. phil. droit*, 1992, p. 17.

¹⁴⁵ B. DEFFAINS, É. LANGLAIS, dir., *Analyse économique du droit – Principes, méthodes, résultats*, De Boeck (Bruxelles), coll. Ouvertures économiques, 2009 – G. FARJAT, « La notion de droit économique », *Arch. phil. droit*, 1992, p. 27 – E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Méthodes du droit, Paris, Dalloz, 2008 – M.-A. FRISON-ROCHE, « La recherche juridique en matière économique », in *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?* (dir. Y. AGUILA), Droit et justice, PUF, 2007, p. 93 – Th. KIRAT, *Économie du droit*, La découverte, coll. Repères, 2012 – M. FAURE et A. OGUS, *Économie du droit : le cas français*, Éditions Panthéon-Assas, 2002.

¹⁴⁶ Y. GABUTHY, « Analyse économique du droit : présentation générale », *Economie prevision*, 2013, n° 1, p. I.

¹⁴⁷ Y. GABUTHY, « Analyse économique du droit : présentation générale », *ibid.*

¹⁴⁸ Y. GABUTHY, « Analyse économique du droit : présentation générale », *ibid.*

économique¹⁴⁹. Celle-ci est également perturbée par le droit de la consommation, lequel modifie les règles en matière de prix afin d'assurer la protection du consommateur : règles d'étiquetage, délai de rétractation, etc. Cette protection accrue du consommateur conduit à accentuer l'information de celui-ci. Ce faisant, la mise en œuvre du mécanisme estimatoire est d'autant plus encadrée, permettant la réduction des hypothèses de survenue d'un déséquilibre entre le prix et la valeur.

17. Problématique et annonce de plan. – La notion de prix, tout comme son régime, semble ainsi remise en question, tant par l'évolution de la société que par celle du droit. La valeur économique s'oppose au prix juridique. Les deux vont pourtant de pair, bien que, compte tenu de la prohibition de la lésion, de l'indifférence de l'erreur sur la valeur et de l'importance de la liberté contractuelle en la matière, le droit paraisse se désintéresser de l'équilibre économique du contrat. Le prix ne serait qu'une expression conventionnelle et subjective de la valeur. L'ensemble de ces considérations conduit à s'interroger quant à l'appréhension juridique des liens, tant intellectuels que matériels, unissant le prix et la valeur et ce plus particulièrement sous le prisme de l'équilibre économique du contrat. Le droit appréhende pourtant le prix et la valeur économique dans une logique statique de recherche de l'équilibre entre le prix et la valeur (partie I). Dans une perspective davantage dynamique, le traitement du déséquilibre économique fait également l'objet d'une appréhension juridique (partie II).

Partie I : Recherche de l'équilibre entre le prix et la valeur

Partie II : Traitement du déséquilibre entre le prix et la valeur

¹⁴⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Va-t-on vers une acception unitaire de l'abus dans la fixation du prix ? », *Revue de la concurrence et de la consommation. Droits et marchés*, 1996, n° 92, p. 13.

PREMIERE PARTIE
RECHERCHE DE L'EQUILIBRE ENTRE LE PRIX ET LA
VALEUR

Portalis définit le prix comme « la portion ou la somme d'argent qui, comparée à cette valeur, *est réputée* lui être équivalente »¹⁵⁰. Cette définition aborde deux aspects des relations entre le prix et la valeur.

Est ainsi, tout d'abord, envisagée la question de l'expression de la valeur par le prix : le prix est une réalité juridique, susceptible d'être comparée avec la valeur, notion économique. Le prix constitue ainsi un vecteur d'expression de la valeur économique, tant intellectuel que matériel (titre I). Par ailleurs, le prix ne constitue pas un parfait reflet de la valeur économique, mais un accord subjectif des parties sur celui-ci : le prix constitue une expression convenue de la valeur (titre II).

¹⁵⁰ J.-É.-M. PORTALIS, *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil*, Firmin Didot Frères, 1838, p. 598.

Titre I

Expression juridique de la valeur par le prix

La définition du prix donnée par MM. François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque en vertu de laquelle « le prix consiste en une somme d'argent qui est remise au vendeur et qui correspond à la valeur de la chose vendue telle que les parties l'ont estimée juste »¹⁵¹ peut être élargie, et ainsi appliquée généralement à l'ensemble des contrats à titre onéreux dont la contrepartie serait de nature monétaire. Le prix, le loyer, le salaire, les intérêts peuvent être classiquement définis comme la somme d'argent remise au cocontractant et correspondant à la valeur de l'objet du contrat, telle que les parties l'ont estimée juste¹⁵².

Le propos est doublement intéressant. Affirmer que le prix « correspond à la valeur » met tout d'abord en lumière la fonction du prix. La valeur économique est en effet un sentiment, elle relève de l'abstraction du monde intellectuel. Elle n'a pas d'expression directe dans le monde du droit et nécessite donc un support, un intermédiaire : le prix, qui exprime la valeur économique. La mise en œuvre du mécanisme estimatoire aboutit à l'attribution d'un prix. L'étude dudit mécanisme, de son intérêt, de sa nature, mais aussi de ses imperfections serait incomplète si le prix, en tant que notion juridique, n'était pas confronté à deux notions économiques voisines : la valeur d'usage et la valeur d'échange. Si le prix exprime la valeur économique, alors des émanations de la valeur d'usage et de la valeur d'échange doivent pouvoir être retrouvées en droit. L'analyse, d'abord élémentaire puis approfondie, se portera donc dans un premier temps sur le prix, en tant qu'expression d'un jugement sur la valeur économique (chapitre I).

Par ailleurs, selon cette même définition doctrinale, le prix porte sur une « somme d'argent ». L'argent facilite en effet les échanges, car il représente directement la prestation monétaire¹⁵³. L'argent s'affirme alors comme critère permettant de distinguer les contrats dont la contrepartie est monétaire d'une autre catégorie de contrats plus large, l'échange. Pourtant, la pratique juridique et l'évolution des technologies conduisent à remettre en cause cette

¹⁵¹ F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Précis, Dalloz, 2019, n° 137, p. 152.

¹⁵² Dans un souci de simplification, le terme « prix » sera ici employé largement, au sens de contrepartie monétaire, sans le réserver strictement à la contrepartie monétaire du contrat de vente.

¹⁵³ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « L'exigence d'une notion de prix (problématique) », in *Les exigences en matière de prix*, F. FERRIER (dir.), *JCP E, Cah. dr. Entr.*, 1997, n° 4/5, p. 25.

affirmation, ce qui tend à rendre la distinction évoquée poreuse et le critère inefficace. Il s'agira alors de déterminer s'il est toujours pertinent d'opérer aujourd'hui une distinction aussi restrictive. Dans un second temps, l'analyse se portera sur le prix en tant qu'expression d'une estimation de la valeur économique, en s'intéressant plus particulièrement au critère du prix monétaire et de son évolution contemporaine (chapitre II).

CHAPITRE I

EXPRESSION INTELLECTUELLE DE LA VALEUR

Le droit effectue une appréhension directe, de la valeur économique, à travers le prix. Cet accueil semble, dans un premier temps, très élémentaire : la confrontation des notions révèle que le prix juridique exprime la valeur économique, grâce à la mise en œuvre d'un mécanisme estimatoire (section I).

L'étude détaillée de la valeur économique exigeant d'être approfondie, le recours à des notions extrajuridiques, valeur d'usage et valeur d'échange, s'impose. La lecture du droit à travers le prisme révèle ainsi que ce dernier les reçoit tant l'une que l'autre, appréhendant ainsi de manière complète la valeur économique (section II).

SECTION I

ANALYSE ELEMENTAIRE DE LA VALEUR ECONOMIQUE

La valeur économique désigne « le caractère mesurable d'une chose, d'un bien, en tant qu'il est susceptible d'être échangé »¹⁵⁴, c'est-à-dire la mesure d'un bien ou d'un service, du point de vue de la richesse¹⁵⁵. L'étude de la notion de la valeur économique est inséparable de celle de l'idée de mesure, d'estimation. La valeur constitue en effet un sentiment, par nature immatériel et donc difficilement estimable : comment trouver l'expression d'un rapport dont le premier terme est une chose inappréciable, et qui n'est connue que de la manière la plus vague¹⁵⁶ ? La valeur est une pure construction intellectuelle, sans aucune existence physique, qui n'a de sens que dans l'esprit de celui qui l'apprécie. Afin de l'exprimer de manière tangible, il aura fallu trouver un biais concret : le prix.

Prix et valeur sont donc liés, le prix exprimant le phénomène de la valeur grâce à la mise en œuvre d'un mécanisme estimatoire permettant le passage d'un sentiment de valeur purement qualitatif à une donnée quantitative (§1.). Une fois mis en œuvre, ce mécanisme aboutit toutefois à un résultat qui s'avère imparfait (§2).

§1 – Mise en œuvre nécessaire du mécanisme estimatoire

Valeur et prix sont liés, car le prix permet le passage de l'abstraction d'un sentiment de valeur à la réalité du monde économique (I.), grâce au mécanisme de l'estimation, dont la nature juridique reste toutefois à déterminer (II.).

I. INTERET DU MECANISME ESTIMATOIRE

La valeur est un jugement et plus particulièrement un jugement de rapport¹⁵⁷. La valeur en soi n'a aucun sens, « à moins de préciser : “valeur de telle marchandise”, par quoi mesure-t-on le rapport de valeur de cette marchandise à l'ensemble des marchandises considérées sous l'angle de leur valeur »¹⁵⁸. La mesure de la valeur¹⁵⁹ ne se conçoit que dans la comparaison de

¹⁵⁴ V. « valeur », *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 1992, p. 3826.

¹⁵⁵ F. FOURQUET, *Richesse et puissance : une généalogie de la valeur (XVI^e -XVIII^e siècle)*, éd. de la Découverte, coll. Armillaire, 1989, p. 138.

¹⁵⁶ A.-R.-J. TURGOT, « Valeur et monnaie » in *Ecrits économiques, op. cit.*, p. 246.

¹⁵⁷ A. DE TARDE, *L'idée de juste prix*, Sarlat, 1907, p. 241.

¹⁵⁸ F. FOURQUET, *Richesse et puissance : une généalogie de la valeur (XVI^e -XVIII^e siècle)*, *op. cit.*, p. 140.

¹⁵⁹ Fourquet fait très justement remarquer à ce propos que l'expression « mesure de la valeur » est dénuée de sens : « étant elle-même une mesure, la valeur n'a pas de mesure, pas plus que la longueur (...). Quand on parle de

deux choses entre elles. Or, « comme il arrive dans la plupart des modes de comparaison fréquemment utilisés, la comparaison terme à terme finit par être remplacée par un rapport entre les biens à évaluer et une unité »¹⁶⁰. En effet, toutes les choses ne sont pas nécessairement commensurables et il a donc fallu établir un terme commun permettant de dépasser leur caractère hétérogène, une unité de mesure, pour mener à bien cette comparaison. C'est ainsi que le prix fut institué en tant que palliatif à l'incommensurabilité des valeurs économiques, tant dans le langage courant, qu'en droit positif.

18. Le prix, expression quantitative de la valeur. – Le prix exprime la valeur, car il est impossible d'en obtenir une mesure objective¹⁶¹ : aucune unité fondamentale n'a été donnée par la nature¹⁶². M. Rémy Libchaber compare ainsi le franc, unité de la valeur de l'époque, et le mètre : « il est peut-être exact de dire que le mètre est aux longueurs, ce que le franc est aux valeurs » L'auteur relève toutefois que, malgré son abstraction, le concept de mètre dispose d'une référence concrète car physique « qui en actualise l'essence », « la duplication de la longueur du mètre-étalon qui se trouve au pavillon des poids et mesures, à Sévères », mais que rien de tel n'existe « pour l'unité de valeur, qui se trouve dénuée de toute correspondance matérielle »¹⁶³. Ainsi, tout ce qui peut être affirmé, en langage humain et en l'absence d'unité fondamentale donnée par la nature, est que la valeur d'une chose est égale à la valeur d'une autre. Le prix est donc la forme physique empruntée par la valeur économique.

La transformation de la valeur en prix est un mécanisme intellectuel qui permet de passer d'une estimation intérieure, d'un sentiment de valeur, à un chiffre. Le qualitatif devient quantitatif, traduisant une aspiration à l'objectivisation contenue dans l'idée de valeur. L'anthropologue belge Paul Jorion recourt à un exemple imagé afin d'explicitement cette vision des choses : le couple valeur-prix peut être comparé à celui formé par la chaleur et à la température. La température n'est qu'une construction mentale permettant d'apprécier quantitativement un phénomène qualitatif, la chaleur. Il en va de même pour le prix : celui-ci permet de transformer une sensation qualitative en une expression quantitative. Le prix accordé est le prix mérité¹⁶⁴.

« mesure de la valeur », sans s'en rendre compte, on substantialise la valeur, on la confond avec la réalité dont elle est la mesure, à savoir la richesse » (v. F. FOURQUET, *op. cit.*, p. 141).

¹⁶⁰ R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 225, 1992, n° 49, p. 40.

¹⁶¹ G. DENIS, « Quelques "anomalies" en matière de prix », in *Les exigences en matière de prix*, F. FERRIER (dir.), *JCP E, Cah. dr. Entr.*, 1997, n° 4/5, p. 23.

¹⁶² A.-R.-J. TURGOT, « Valeur et monnaie » in *Ecrits économiques*, Calmann-Lévy, coll. Perspectives de l'économie. Les Fondateurs de l'économie, 1970, p. 247.

¹⁶³ R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, *op. cit.*, n° 50, p. 41.

¹⁶⁴ A.-M. DROUIN-HANS, « Valeurs et culture(s) : Peut-on encore penser l'universel ? », *Tréma*, 2004, n° 23, p. 99.

La valeur est donc l'envers du prix, et un envers objectif¹⁶⁵. Ainsi, « la valeur n'est pas autre chose que l'essence économique des produits échangés, essence dont le phénomène est le prix »¹⁶⁶. Mais la ressemblance entre le prix et la température s'arrête là. Le prix est, en effet, perçu comme variable et la valeur comme une donnée permanente, quand la chaleur est par nature changeante. Par ailleurs, la chaleur est physiquement ressentie par les individus et la température est une création de l'esprit, alors qu'à l'inverse, la valeur est une création de l'esprit et le prix une réalité physique. Ainsi, « tout se passe dans le cas du prix et de la valeur, comme si le monde sensible nous avait fait connaître la "température", et que nous nous efforcions de déterminer quelle peut bien être la "chaleur" correspondant à une température donnée ». Le prix permet ainsi la mesure de la valeur : le mot « valeur » renvoie finalement à une norme à l'aune de laquelle le prix stipulé par les parties est apprécié¹⁶⁷.

19. Mécanisme de l'estimation de la valeur économique. – La valeur économique est le sentiment d'importance accordé à un bien. Il existe dans le for intérieur de chacun une référence économique « absolue » pour chaque bien : chacun sait quelle valeur les biens et les services devraient avoir. Le philosophe français Louis Lavelle énonce en ce sens que « les valeurs économiques nous fournissent une sorte de modèle privilégié quand nous consentons à distinguer par exemple la valeur et le prix et plus précisément encore le juste prix du prix réel »¹⁶⁸. Il y a donc confrontation entre le prix et la valeur, c'est-à-dire le prix réel et ce que devrait être le prix, le juste prix. Celui-ci sera entendu dans la suite du développement comme étant la notion d'ordre éthique qui forme la base profonde, et souvent inconsciente, de tout jugement de valeur¹⁶⁹.

Ainsi, en pratique, lors d'un échange commercial classique, l'individu qui souhaite acquérir un bien va opérer une comparaison. Dans son échelle des valeurs interne, une référence est placée – la valeur économique « absolue », le juste prix – et une variable oscille – le prix réel. Le sujet va s'interroger sur le point de savoir si le prix exigé correspond à la valeur du bien désiré, c'est-à-dire si le prix réel correspond au juste prix. La situation idéale est bien évidemment celle dans laquelle, dans l'échelle de valeurs du sujet estimateur, le prix réel est inférieur ou égal au juste prix. Dès lors que le prix réel est supérieur à la valeur, l'échange ne sera pas forcément conclu.

¹⁶⁵ P. JORION, « Le rapport entre la valeur et le prix », *Revue du MAUSS permanente* [en ligne], 2007.

¹⁶⁶ H. DENIS, *Histoire de la pensée économique*, PUF, 2008, p. 721.

¹⁶⁷ Ph. JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, thèse Paris II, 2002, n° 9, p. 12.

¹⁶⁸ L. LAVELLE, *Traité des valeurs. Théorie générale de la valeur*, 2e éd., PUF, 1991, p. 670.

¹⁶⁹ A. DE TARDE, *L'idée de juste prix*, *op. cit.*, p. 241.

20. Reprise de la dichotomie entre le prix-valeur par le droit. – Le droit a très largement repris l'idée selon laquelle le prix doit être distingué de la valeur, en ce qu'il en exprime la mesure. En se réfugiant derrière la notion de prix, bien connue du droit des obligations, pour exprimer la valeur, le droit réalise un habile tour de passe-passe : l'expression de la valeur par le prix est érigée en postulat de base, sans que le droit ne soit contraint de s'intéresser à l'exactitude de l'estimation ainsi opérée. Le passage du prix à la valeur permet donc d'exprimer intellectuellement la valeur d'un bien.

De nombreux articles du Code civil se réfèrent au prix et à la valeur dans l'optique utilisée jusqu'ici. L'usage des termes « prix » et « valeur » n'est ici ni alternatif¹⁷⁰, ni le fait du hasard : le législateur n'emploie pas un mot pour un autre. La valeur est entendue comme une référence idéale, une abstraction, dont le prix serait la traduction¹⁷¹. La distinction entre la valeur et le prix n'est donc pas étrangère au droit civil qui l'envisage à multiple reprises, dans des domaines variés.

Lors de l'acceptation de la succession à hauteur de l'actif net, l'article 793 du Code civil permet à l'héritier de conserver certains biens ou au contraire de vendre ceux qu'il n'entend pas conserver. Dans la première hypothèse, « la valeur du bien est fixée dans l'inventaire ». Dans la seconde, le « prix » est dû par l'héritier. Ainsi, dans le patrimoine virtuel des héritiers, les biens n'ont qu'une « valeur », mais une fois sortis de celui-ci ils acquièrent un « prix »¹⁷². Le choix des termes employés est révélateur : dans le monde abstrait du patrimoine, les biens ont une valeur, dans le monde réel, ils ont un prix. L'article 800 conserve cette dichotomie à propos de l'administration de la succession par l'un des héritiers, en cas de dissimulation de biens à l'égard des créanciers successoraux. L'article 794 autorise quant à lui le créancier successoral à contester la valeur du bien aliéné « en prouvant que la valeur du bien est supérieure ».

L'article 1352-2 du Code civil, relatif au régime général des obligations, prévoit en matière de restitution que celui qui a reçu une chose de mauvaise foi « en doit la valeur au jour de la restitution lorsqu'elle est supérieure au prix ». Envisager que la valeur puisse être supérieure au prix revient à considérer une nouvelle fois la valeur comme une référence

¹⁷⁰ Le législateur fait toutefois parfois un usage alternatif de ces deux termes, comme en témoigne l'article 1903 du Code civil.

¹⁷¹ Méritent d'être cités à titre d'exemple les articles 566, 571 et 574, 793 et 794, 1352-2, 1619, 1631, 1637, 1673, 1796, 1817, 1843-4, du Code civil.

¹⁷² Cette distinction est également reprise à l'article 2379 du Code civil : « L'acquéreur ou le donataire déclarera, par le même acte, qu'il est prêt à acquitter, sur-le-champ, les dettes et charges hypothécaires, jusqu'à concurrence seulement du prix, ou, s'il a reçu l'immeuble par donation, de la valeur qu'il a déclarée sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles ».

abstraite à laquelle le prix doit se conformer. De même, dans le cas du contrat de bail à cheptel, l'article 1817 du Code civil sanctionne de nullité la convention au terme de laquelle le preneur pourrait laisser « un fonds de bétail d'une valeur égale au prix de l'estimation de celui qu'il aura reçu ». Concernant enfin la détermination du prix dans la cession de parts sociales, l'article 1843-4 du Code civil distingue clairement le prix de la valeur : afin de fixer le prix, la valeur doit être déterminée par un expert.

L'article 2481 du Code civil énonce quant à lui qu'en matière de purge des privilèges et des hypothèques, « la valeur de l'immeuble demeure définitivement fixée au prix stipulé dans le contrat ». De même, les articles 2372-2 et 2488-3 du Code civil, à propos de la fiducie, opposent également le prix du bien, mobilier ou immobilier, à sa valeur : le créancier peut se voir remettre « tout ou partie du prix » de vente du bien objet de la fiducie, bien dont la valeur est déterminée par un expert.

Le prix permet donc d'exprimer concrètement la valeur. Celui-ci étant une notion particulièrement classique du droit des obligations, le lien ainsi établi entre le prix et la valeur renforce donc l'appréhension juridique de la valeur. S'agissant d'un mécanisme de transition, la nature de celui-ci peut être questionnée, et tout particulièrement d'un point de vue juridique.

II. NATURE DU MECANISME ESTIMATOIRE

Mais si les deux notions sont connues par le droit et puisque le prix traduit la valeur, ce mécanisme serait susceptible d'entrer lui-même dans des catégories juridiques préétablies, comme la fiction (A.) ou la présomption (B.), ce qui viendrait d'autant accroître la place accordée à la valeur en droit.

A. *Inapplicabilité des règles de la fiction*

Les règles relatives à la fiction n'ont pas vocation à s'appliquer au passage de la valeur au prix.

21. Le prix, fiction de valeur ? – Il serait tout d'abord possible d'envisager que le prix est une fiction de la valeur. La fiction est définie dans le langage courant comme une création de l'imagination¹⁷³. En droit, il s'agit d'un artifice de technique juridique, un mensonge de la loi,

¹⁷³ Sur la définition de la fiction, voir plus généralement G. WICKER, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 253, Paris, 1997 et A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, thèse Paris II, 1995.

qui consiste à « faire comme si »¹⁷⁴, à supposer un fait contraire à la réalité, en vue de produire un effet de droit¹⁷⁵. Cette comparaison semble *a priori* recevable, car le passage de la valeur au prix permet de donner une existence physique à une sensation, les deux mécanismes supposent une transformation. C'est justement cette transformation qui relèverait de la fiction, car il s'agit bien de « faire comme si ». La valeur existe, mais seulement en tant que sensation, les individus font « comme si » elle existait réellement en se référant au prix. Quelle différence finalement entre prétendre que la personne morale existe réellement, que l'enfant est bien né avant le décès de son père¹⁷⁶, que le contrat annulé n'a jamais existé¹⁷⁷, que la succession est dévolue comme si l'héritier prédécédé vivait toujours¹⁷⁸, et que le prix correspond à la valeur économique ?

22. Inapplicabilité des règles de la fiction au passage de la valeur au prix. – La différence réside en ce que la fiction est une négation délibérée de la réalité¹⁷⁹ : elle fabrique le mensonge¹⁸⁰ en légitimant le faux¹⁸¹. La finalité de la fiction est de permettre l'application de la norme juridique en adaptant la réalité et en utilisant un postulat de départ volontairement erroné. La fin justifie les moyens, avec tout ce que cela suppose de dangereux¹⁸². Or, le raisonnement ici étudié repose sur le principe de l'exactitude de l'expression de la valeur par le prix : le postulat de départ n'est pas une négation délibérée de la réalité. L'objectif est au contraire d'exprimer la vérité, du moins d'essayer de traduire quantitativement et de la façon la plus juste possible un sentiment de valeur. Considérer que la valeur est une fiction de prix va à l'encontre du contenu même des prémisses de la théorie. Le prix n'est donc pas une fiction de la valeur.

¹⁷⁴ O. CAYLA, « Le jeu de la fiction entre 'comme si' et 'comme ça' », in *La fiction, Droits-Revue française de théorie juridique*, n° 21, PUF, 1995, p. 11.

¹⁷⁵ V. « fiction » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2017, p. 458.

¹⁷⁶ Articles 311 alinéa 2, 725 et 906 du Code civil, en application de l'adage *infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* (v. Cass. civ. 1^{re}, 10 déc. 1985, n° 84-14.328, *Bull. civ. I*, n° 339 p. 305).

¹⁷⁷ Article 1178 du Code civil. V. *contra* G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 253, 1997, p. 283 et s., n°s 301 et s.

¹⁷⁸ Articles 751 et suivants du Code civil.

¹⁷⁹ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique : fondamentale et appliquée*, 3^e éd., PUF, coll. Thémis droit, 2018, n° 41, p. 74. V. également J.-L. BERGEL, « Le rôle des fictions dans le système juridique », *McGill Law School Journal*, 1988, n° 33-2, p. 357.

¹⁸⁰ J.-L. BAUDOIN, « Rapport général sur le thème : La vérité dans le droit des personnes -Aspects nouveaux », in *La vérité et le droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 1987, t. 38, *Economica*, 1989, p. 22 ; cité par C. BIQUET, « Les fictions en droit », *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, 2013, n° 1, p. 25.

¹⁸¹ P. FORIERS, « Présomptions et fictions », in *Les présomptions et les fictions en droit*, études publiées par C. PERELMAN et P. FORIERS, Bruylant, n° 2, 1974, p. 7 et s. ; cité par J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique : fondamentale et appliquée*, *op. cit.*, n° 41, p. 74. V. également Y. THOMAS, « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits*, 1995, p. 52.

¹⁸² V. en ce sens F. ROUVIERE, « Critique des fonctions et de la nature des fictions », in *Les artifices du droit : les fictions*, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 83-101. L'auteur se propose de démontrer l'inutilité et la dangerosité du procédé de la fiction.

Le passage de la valeur au prix ne semble donc pas relever du mécanisme de la fiction. En revanche, il reste possible de s'interroger quant à l'applicabilité du régime de la présomption.

B. Inapplicabilité des règles de la présomption

Les règles applicables à la présomption ne semblent pas non plus pouvoir s'appliquer au passage de la valeur au prix.

23. Le prix, présomption de valeur ? – Il serait alors possible de considérer que le prix constitue une présomption de la valeur. Si en principe, celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver, la présomption est un mécanisme en vertu duquel des conséquences sont induites d'un fait connu à propos d'un fait inconnu¹⁸³.

La présomption est définie à l'article 1349 du Code civil comme un mode de raisonnement juridique en vertu duquel est induit de l'établissement d'un fait inconnu un autre fait. Celui qui bénéficie de la présomption est ainsi dispensé de prouver le fait inconnu, celui-ci étant difficile ou impossible à établir directement¹⁸⁴. Le fait inconnu est présumé, considérant que l'observation statistique d'une fréquence au niveau d'un grand nombre suggère une probabilité pouvant jouer au niveau de situations particulières¹⁸⁵. L'objet de la preuve se déplace donc d'un fait inconnu à un fait connu. La présomption se distingue de la fiction, car si la seconde repose sur un mensonge assumé, la première est basée sur un fond de vraisemblance lié à la fréquence : « *praesumptio sumitur ex eo quod plerumque fit* » (la présomption survient de ce qui se produit le plus souvent). Ainsi, l'utilisation de l'adage *infans conceptus* relève de la fiction : le législateur feint de croire que l'enfant est déjà né lorsqu'il en va de son intérêt. En revanche, lorsqu'il énonce que le père est le mari de la mère, il existe de très grandes probabilités pour que cette affirmation soit avérée¹⁸⁶. Ainsi, « lorsqu'il énonce une fiction, le législateur met sciemment le faux à la place du vrai tandis que lorsqu'il énonce une présomption, le législateur demeure dans la ligne du vrai »¹⁸⁷.

L'application du mécanisme de la présomption au passage de la valeur au prix a donc pour présupposé que la valeur ne peut pas être établie avec certitude et que le prix l'exprime

¹⁸³ Article 1349 du Code civil.

¹⁸⁴ V. « présomption » in *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2018, p. 829 et in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2017, p. 798.

¹⁸⁵ J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Les fictions en droit privé », in *Archives de philosophie du droit. Réformes du droit de la famille*, Sirey, 1975, n° 20, p. 273.

¹⁸⁶ C. BIQUET, « Les fictions en droit », *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, 2013, n° 1, p. 25.

¹⁸⁷ J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Sirey, 1935, p. 275.

vraisemblablement. Il est vrai que la valeur ne peut être établie, en l'absence d'étalon absolu : il ne s'agit après tout que d'un sentiment purement qualitatif et subjectif. Il est également exact d'affirmer que le prix exprime vraisemblablement la valeur. Sauf circonstances exceptionnelles, il est probable que l'estimation réalisée par les parties soit exacte, d'autant que l'estimation est par définition exacte aux yeux des parties. Le passage de la valeur au prix est donc susceptible d'entrer dans une catégorie préétablie, en constituant une présomption.

24. Inapplicabilité des règles de la présomption au passage de la valeur au prix. – Si le passage de la valeur au prix semble pouvoir constituer une présomption juridique, force est de constater que le mécanisme ne s'applique qu'imparfaitement. La présomption suppose une relation bilatérale entre les deux termes de l'équation. Ainsi, lorsque le droit présume un lien de filiation, on part d'un fait connu – l'enfant né pendant le mariage – pour atteindre un fait inconnu – l'identité de son géniteur. En revanche, en matière de prix et de valeur, il n'existe aucun point de départ connu. La relation entre les deux termes est ici purement unilatérale : le prix exprime la valeur. La variation du prix n'a aucune influence sur la valeur, alors que la variation de l'identité du père exerce bien une incidence sur la filiation. Le passage du prix à la valeur ne remonte pas le courant. Le seul moyen de passer du fait au droit est de recourir au procédé de l'expertise : le fait inconnu est prouvé par un autre moyen qu'une simple présomption.

Par ailleurs, l'approfondissement de l'analyse confirme cette impossible assimilation du passage de la valeur au prix à une présomption. En effet, les présomptions juridiques entrent dans des catégories, elles sont nécessairement réfragables ou irréfragables. En l'espèce, le prix ne présume pas irréfragablement de la valeur, car il est possible dans certains cas particuliers d'obtenir la réduction du prix. Reconnaître inversement que le prix constitue une présomption simple de valeur reviendrait à généraliser l'admission de la révision du prix, laquelle est condamnée par le droit positif, sauf exception¹⁸⁸.

Le passage du prix à la valeur ne constitue donc pas une présomption juridique. Il ne s'agit que d'émettre une estimation, de constater du fait. Le mécanisme relève ainsi de la présomption intellectuelle et non de la présomption juridique.

Finalement, il faut conclure que le lien entre le prix et la valeur ne rentre dans aucune catégorie juridique préétablie. Tout au plus est-il possible d'affirmer que le prix est l'expression

¹⁸⁸ Cf. *infra* seconde partie, titre I, chapitre II.

juridique de la valeur : le droit prend acte du jugement de valeur réalisé par les parties. Une fois les enjeux de la mise en œuvre du mécanisme estimatoire et la nature de celui-ci interrogés, il convient de s'interroger quant à la qualité du résultat obtenu.

§2 – Imperfection du résultat du mécanisme estimatoire

Si le mécanisme estimatoire est le seul à disposition afin de traduire la valeur, celui-ci connaît toutefois des limites : le résultat auquel aboutit sa mise en œuvre n'est toutefois pas irréprochable. En effet, la traduction de la valeur opérée par le prix reste nécessairement approximative (I.). Par ailleurs, l'accueil réservé par le droit à l'expression de la valeur par le prix se révèle être en demi-teinte : seule la valeur positive est prise en compte, la valeur négative restant, pour l'instant, ignorée par le droit (II.).

I. APPROXIMATION DE LA TRADUCTION DE LA VALEUR

Si le prix est souvent confondu avec la valeur dans le langage courant, cette confusion sémantique est compréhensible, car « l'énonciation du prix renferme toujours l'énonciation de la valeur »¹⁸⁹. Pourtant, les deux notions ne doivent pas être confondues, car la traduction de la valeur opérée par le prix est imparfaite. C'est finalement avec raison que les économistes prennent soin de ne pas confondre les termes de prix et de valeur¹⁹⁰ : les deux notions sont indépendantes l'une de l'autre et présentent de ce fait des caractéristiques propres. Au-delà du fait que la valeur soit qualitative quand le prix est quantitatif et que le prix connaît une existence physique propre alors que la valeur relève de l'abstraction, prix et valeur se distinguent également par d'autres éléments : le prix est subjectif et la valeur objective, le prix est ponctuel quand la valeur est plus pérenne.

25. Expression conventionnelle de la valeur par le prix. – Lorsque Portalis énonce qu'« on appelle prix la portion ou la somme d'argent qui, comparée à cette valeur, *est réputée* lui être équivalente »¹⁹¹, il prend bien soin de ne pas affirmer catégoriquement que le prix est l'équivalent de la valeur. Il indique seulement que le prix est « réputé » lui être équivalent, c'est-à-dire qu'il est perçu comme tel par les parties, sans pour autant l'être nécessairement. En effet, le prix est un fait alors que la valeur est un jugement¹⁹², par définition subjectif : « chacun

¹⁸⁹ A.-R.-J. TURGOT, « Valeur et monnaie » in *Ecrits économiques*, op. cit., p. 246.

¹⁹⁰ J.E. STIGLITZ, J.-D. LAFAY et C.E. WALSH, *Principes d'économie moderne*, 4^e éd., De Boeck supérieur, 2016, p. 65.

¹⁹¹ J.-É.-M. PORTALIS, *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil*, op. cit., p. 598.

¹⁹² L. LAVELLE, *Traité des valeurs. Théorie générale de la valeur*, op. cit., p. 35.

a certainement une perception différente à la fois de l'unité de valeur et la valeur de toutes les choses entre elles »¹⁹³. Le prix n'est donc pas le parfait reflet de la valeur, il ne l'est que pour les parties au contrat. *De facto*, le prix est éminemment subjectif, car il résulte de l'accord des volontés des parties. Finalement, lorsque deux individus se rencontrent, le prix fixé par eux se situe dans la fourchette des valeurs estimatives individuelles¹⁹⁴. Certes, cette dernière a tendance à s'amenuiser, voire à disparaître dans des cercles sociaux identiques, mais la variation des milieux sociaux au sein d'une société amène à la confrontation de différentes échelles de valeurs et, de fait, à des variations de prix. Le prix résulte de l'estimation réalisée par les parties de la valeur du contrat, il correspond donc à la valeur conventionnellement attribuée par les parties. Peu importe qu'il ne s'agisse pas de la valeur réelle du bien. Dans son ouvrage dédié à l'étude de l'obligation monétaire, M. Thomas Le Gueut fournit un exemple pertinent : « si l'une des parties évalue à cent euros, la valeur dudit fauteuil et l'autre, à cinquante euros, toutes deux doivent s'entendre pour finalement retenir que la valeur de celui-ci s'élève, par exemple, à soixante euros »¹⁹⁵.

Plus précisément, il importe en réalité que le prix corresponde à la valeur pour une seule des parties, à défaut de quoi l'enrichissement, et donc le commerce, serait impossible. M. Philippe Stoffel-Munck résume l'intérêt du commerce en ces termes : il « résulte précisément du fait que ses agents n'ont pas tous la même opinion de la valeur que recèle l'affaire objet de leur contrat »¹⁹⁶. MM. Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau affirment également en ce sens que « l'intérêt de l'échange vient du fait que les deux personnes ne valorisent pas les biens échangés de la même façon »¹⁹⁷. La réciprocité de l'appréciation n'est pas une condition nécessaire à l'échange. Ainsi, si le vendeur a conscience que le prix est significativement supérieur à la valeur, il gardera le silence, car il aura la possibilité de s'enrichir. De même pour l'acquéreur qui sait payer un prix largement inférieur à la valeur réelle du bien, il bénéficie également de l'opportunité de faire du profit. Il est enfin possible que les deux parties aient le sentiment de s'enrichir : si l'acquéreur est particulièrement fortuné et que le vendeur est particulièrement dans le besoin, il pourra accepter de payer le prix au-delà de sa valeur réelle, mais en deçà de ce qu'il estime être la valeur réelle. Le vendeur aura alors la sensation de vendre à bon prix et

¹⁹³ Th. LE GUEUT, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 572, 2016, n° 172, p. 118.

¹⁹⁴ A.-R.-J. TURGOT, « Valeur et monnaie » in *Ecrits économiques*, op. cit., p. 245.

¹⁹⁵ Th. LE GUEUT, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, op. cit., n° 175, p. 120.

¹⁹⁶ Ph. STOFFEL-MUNCK, « Erreur sur la valeur et dol incident », *RDC* 2005, n° 4, p. 1025.

¹⁹⁷ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2008, n° 298, p. 83.

l'acquéreur d'acheter à bon prix, alors qu'en réalité ni l'un ni l'autre n'aura acquis à la valeur réelle. Ces exemples démontrent bien l'autonomie du prix au regard de la valeur : le prix n'est qu'une estimation conventionnelle de la valeur, peu importe que celle-ci soit correcte ou non. Finalement, le prix arrêté par les parties renvoie à une appréciation de ce que le prix devrait être¹⁹⁸, c'est-à-dire à une conception subjective de la valeur, alors que l'emploi du mot valeur fait généralement référence à une conception objective de la valeur¹⁹⁹. Le prix exprime certes la valeur, mais la valeur telle que perçue par les parties, et uniquement par celles-ci. Cette appréciation pouvant être variable selon les individus, il est donc possible que la valeur exprimée par le prix ne corresponde pas du tout à la valeur réelle.

La prohibition de la lésion en matière de vente de meubles à l'article 1168 du Code civil illustre la volonté du droit de prendre en compte cette différence de nature profonde entre le prix et la valeur, ainsi que de laisser aux parties la liberté d'apprécier la valeur à leur guise. La Cour de cassation refuse d'apprécier l'équivalence des prestations et ainsi de contrôler l'estimation de la valeur opérée par les parties, se réfugiant derrière le caractère sérieux du prix. Elle a ainsi admis à de nombreuses reprises la validité de ventes à un prix bien inférieur à la valeur estimée, tout en restant dans la limite du prix sérieux, au motif que « le caractère réel et sérieux du prix ne se confond pas avec la valeur du bien vendu »²⁰⁰. En admettant la validité d'un contrat dont le prix ne correspond pourtant pas à la valeur du bien, le droit consacre l'expression subjective de la valeur par le prix et confirme son désintérêt de l'exactitude de la traduction opérée.

26. Expression éphémère d'une valeur variable par le prix. – Puisque la valeur est l'élément auquel se référer pour apprécier si le prix proposé est approprié, elle suppose une certaine stabilité. En tant qu'appréciation « moyenne » réalisée par un ensemble de sujets sur un territoire délimité, au cours d'une période précise, les variations de valeur sont difficilement observables sur une courte période. L'expression de la valeur opérée par le prix n'est donc que ponctuelle. Le prix d'un bien, en tant qu'expression de la valeur de celui-ci, n'a de sens qu'à une époque donnée, dans un contexte précis. Le prix n'exprime qu'un reflet instantané de la valeur du bien.

En revanche, sur de longues périodes, il est tout à fait possible que des variations en valeur surviennent. Ainsi, le premier Macintosh 128K fabriqué par Apple en 1984 était vendu

¹⁹⁸ L. LAVELLE, *Traité des valeurs. Théorie générale de la valeur*, op. cit., p. 35.

¹⁹⁹ Ph. JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, op. cit., n° 9, p. 13.

²⁰⁰ Cass. civ. 1^{re}, 18 nov. 1997, n° 95-20.540.

2 495 \$ de l'époque (soit 5 600\$ actuels ou 4 900 €), alors que la version la plus sophistiquée ne coûte aujourd'hui plus « que » 2 299 \$. De même fut un temps où acheter une disquette était un véritable luxe : si aujourd'hui 1 Mo d'espace de stockage coûte moins d'un centime d'euro, une telle surface était estimée à 10 000 \$ en 1956. Si ces variations en valeur s'expliquent par des évolutions rapides de la technologie, des événements climatiques ou sociétaux peuvent également jouer un rôle, comme en témoigne la chute du prix des licences de taxi entre 2013 et 2016²⁰¹.

Le législateur, soucieux du problème de la variation de la valeur, propose de nombreux remèdes. Les domaines de prédilection du contentieux lié à la valeur sont ceux dans lesquelles un bien se trouve temporairement entre les mains d'un individu, lequel est chargé de le restituer, longtemps après. Il est ainsi tout à fait envisageable que durant cette période, l'individu n'apporte pas des soins conséquents à ce bien et que sa valeur en soit altérée, ou inversement qu'il l'améliore, ce qui augmenterait d'autant sa valeur. Le Code civil utilise ainsi le champ lexical de la dévalorisation en recourant à des vocables tels que « dépréciation », « dégradation », « détérioration ». L'article 378-3 du Code civil envisage également l'hypothèse d'une « dépréciation significative de la valeur en capital ».

De même, de nombreuses dispositions sont relatives à la date²⁰², au jour²⁰³ ou à l'époque²⁰⁴ de l'estimation de la valeur. Tant le droit des biens, que les régimes matrimoniaux et les successions ont vocation à s'appliquer à des situations d'une certaine durée durant lesquelles il est fréquent d'observer des « mouvements de valeur »²⁰⁵. Le partage d'une indivision n'est, pour des raisons pratiques et administratives, pas toujours rapidement réalisé. Une variation en valeur des biens appartenant à l'indivision est susceptible de survenir, et se pose par conséquent la question de la date à laquelle la valeur doit être appréciée.

Bien qu'il s'agisse du seul recours envisageable, le prix ne traduit donc la valeur que de manière approximative, ne s'agissant que d'une expression éphémère de la valeur, aux yeux des parties. Là n'est pas la seule limite que connaît ce mécanisme : l'appréhension de la valeur négative soulève également des difficultés.

²⁰¹ En 2013, le prix moyen de la licence de taxi s'élevait à 230 000 €. Il n'était plus qu'à 120 000 € fin 2016.

²⁰² Articles 922, 924-2, 1099-1, 1303-4, 1352, 1352-2, 1352-5, 1469, 1571, 1574, 2372-5 et 2488-5 du Code civil.

²⁰³ Articles 1574 du Code civil.

²⁰⁴ Articles 860, 922, 924-2, 1631, 1637 et 1873-13 du Code civil.

²⁰⁵ S. PIEDELIEVRE, *Les régimes matrimoniaux*, Bruylant, coll. Paradigme, 2018, n° 300, p. 351.

II. ACCUEIL NUANCE DE LA VALEUR

Les rédacteurs du Code civil n'avaient pas conçu la valeur autrement que sous une approche positive, de sorte que le droit des contrats et le droit des biens se sont construits autour d'un tel postulat (A.). Mais ces certitudes sont remises en cause, deux cents ans plus tard, par l'apparition, ou la prise en compte, de biens à valeur négative, contraignant ainsi le droit à modifier son appréhension de la valeur (B.).

A. Admission absolue de la valeur positive

Le droit est très familier avec la notion de valeur économique, au sens positif du terme, c'est-à-dire lié à l'idée d'enrichissement du patrimoine.

27. Appréhension positive de la valeur économique par le droit. – La valeur économique est, de toutes les acceptions juridiques de la valeur, celle qui est reçue le plus largement par le droit. En effet, parmi les multiples occurrences du vocable dans le Code civil, plus de cent ont directement trait à la valeur économique. Le vocabulaire employé par le législateur, bien que variable, adopte toujours une optique positive, reposant sur le postulat selon lequel la valeur permet l'enrichissement.

C'est le droit des biens, le droit des successions et le droit des régimes matrimoniaux qui s'avèrent le plus friands de l'emploi du mot « valeur ». Ces matières ont en effet pour objectif de fixer les règles liées à la gestion des biens d'un individu, d'un couple d'époux ou d'un *de cuius*. Sont ainsi alternativement visées la valeur du²⁰⁶ ou des²⁰⁷ biens, dans une perspective économique. L'article 791 du Code civil servira ici d'illustration : l'héritier qui accepte la succession à concurrence de l'actif net n'est tenu au paiement des dettes qu'à hauteur de la valeur des biens qu'il aura reçus. Cela signifie que l'héritier ne peut rembourser les dettes du *de cuius* sur son patrimoine personnel. Une estimation de la valeur économique des biens qui composent la part de l'héritier est opérée et le montant des dettes lui est imputé. La logique est identique pour l'article 2347 du Code civil qui traite d'une sûreté particulière, le gage : ainsi, lorsque la valeur économique du bien donné en gage excède celle de la dette, la différence entre les deux est reversée au débiteur.

Mais l'emploi de « valeur » dans un sens économique positif n'est pas limité aux seuls « biens », le législateur s'étant également intéressé plus largement à la valeur des « prestations », sans pour autant définir ce terme. Les articles 1136, 1137 et 1139 envisagent

²⁰⁶ Articles 793, 794, 815-3, 860, 863, 1438, 1475, 2347, 2348, 2371, 2372-3 et 2488-3 du Code civil.

²⁰⁷ Articles 791, 800, 815-3, 828, 924-2, 1391 et 1512 du Code civil.

ainsi l'erreur et le dol sur la valeur d'une prestation. De même, l'article 1112-1 n'impose pas aux parties une obligation d'information sur la valeur de la prestation.

Par ailleurs, aux termes de l'article 1103 du Code civil, « en dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu », celui qui profite d'un enrichissement sans cause « doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement ». Le législateur opère ici une comparaison entre la valeur dont s'est enrichi le bénéficiaire de l'enrichissement sans cause et la valeur dont s'est appauvrie l'autre partie. Celle étant la plus faible sera reversée à ce dernier, au titre d'une indemnité. L'usage opéré de « valeur » est économique, en témoigne ainsi le champ lexical employé : « enrichissement », « appauvrissement », « égale à la moindre ».

28. La valeur envisagée sous un angle exclusivement positif. – Ce recours important à la valeur par le droit des biens, des successions, des sûretés et des régimes matrimoniaux s'explique par la corrélation étroite qu'entretiennent ceux-ci avec la notion de bien, laquelle se trouve au centre de ces disciplines. En effet, si dans le sens courant le bien est synonyme de « chose », la définition juridique du bien ne fait pas consensus parmi la doctrine. Si le lien existant entre le droit et le bien est ainsi fréquemment évoqué par les auteurs, peu s'intéressent à celui existant entre le bien et la valeur²⁰⁸ alors que celle-ci se révèle être un élément récurrent des différentes définitions proposées. Certains affirment en effet que les choses ne sont des biens que si elles ont une valeur et sont donc susceptibles d'appropriation²⁰⁹ : la propriété serait ainsi un droit sur une valeur économique. D'autres prétendent que le bien serait la valeur résultant d'un droit sur une chose déterminée²¹⁰, les biens étant ainsi les droits évaluables en argent²¹¹. M. Philippe Simler résume finalement le propos en énonçant que « la notion de bien embrasse tout ce qui a une valeur patrimoniale, c'est-à-dire tout ce qui peut être estimé en une

²⁰⁸ D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur vénale négative », *RTD civ.* 2006, p. 663.

²⁰⁹ La valeur patrimoniale est en effet affirmé en tant que critère de l'appropriabilité (v. en ce sens Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 6^e éd., LGDJ, coll. Droit civil, 2015, n° 9, p. 21 – N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDL, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 287, 1997, p. 87 et s. – E. SABATIE, *La chose en droit civil*, thèse Paris II, 2004, n° 164, p. 118 – C. KRIEF-VERBAERE, « Essai d'une théorie générale de la valeur, application au droit de rétention », *RRJ* 1999, n° 3, p. 685 – C. KRIEF-SEMITKO, « De l'action paulienne ou de la propriété des créances, droit de propriété sur une valeur (essai d'une théorie de la valeur en droit civil français) », *RRJ* 2004, n° 2, p. 789 – M. MIGNOT, « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006, n° 4, p. 1805 – A. PIEDELIEVRE, « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien » in *Mélanges de Juglart*, LGDJ, 1986, p. 55 – R. SAVATIER, « Essai d'une représentation nouvelles des biens incorporels », *RTD civ.* 1958, p. 331 – F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », *Arch. phil. droit*, 1999, n° 43, p. 79.

²¹⁰ R. CABRILLAC, *Introduction au droit*, Dalloz, 7^e éd., 2009, n° 63, p. 67.

²¹¹ Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens, op. cit.*, n° 9, p. 21.

somme d'argent »²¹². C'est la possibilité de faire l'objet d'une représentation économique, de se voir attribuer une valeur d'échange, qui transforme la chose en bien²¹³. Cette analyse économique du droit des biens a été reprise par le droit issu de la CESDH²¹⁴ et le droit européen, qui opèrent également un lien entre propriété et valeur économique²¹⁵.

La première condition pour entrer dans la catégorie juridique des biens est donc la valeur économique, celle-ci constituant finalement la substance de la notion de bien²¹⁶. Finalement, « une chose est appropriable lorsque la valeur qui lui est attachée peut juridiquement faire l'objet d'une représentation économique, c'est-à-dire lorsqu'elle constitue un équivalent monétaire potentiel »²¹⁷. Le bien permet l'accroissement du patrimoine de son propriétaire. Si, en droit, le patrimoine désigne le contenant et est constitué de l'ensemble des biens et des obligations d'une personne, c'est-à-dire une masse mouvante dont l'actif et le passif ne peuvent être dissociés, le mot « patrimoine » est employé dans le langage courant pour désigner la richesse d'un individu. Un bien ne peut donc être qu'un élément d'actif, entraînant l'enrichissement, car nul ne peut déceintement désirer acquérir une chose dépourvue de valeur²¹⁸. Par conséquent, la propriété est érigée en clef de voûte de la cession²¹⁹ : il n'est possible de céder que ce que l'on possède.

Le droit des biens s'est organisé autour du postulat selon lequel il ne se conçoit que pour les biens ayant une valeur économique, sans même imaginer qu'il puisse en aller autrement. Les prérogatives fondamentales du propriétaire, l'usus, l'abusus et le fructus envisagent tous les aspects de la positivité de la valeur : si le bien a de la valeur, il présente donc des qualités dont il est possible d'user, ou non. De même, si ce bien a des qualités, il est possible de décider d'en faire profiter autrui, à titre temporaire ou définitif. Enfin, le propriétaire du bien peut tout à fait décider, pour des raisons qui lui appartiennent, de se priver de l'enrichissement que lui procure le bien.

²¹² Ph. SIMLER, *Les biens*, PUG, 3^e éd. 2006, n° 1, p. 7.

²¹³ M. RENOUF, *Contribution à l'analyse juridique de la notion de valeur. Essai sur les biens à valeur négative*, thèse Caen, 2012, n° 93, p. 106.

²¹⁴ V. en ce sens l'arrêt annonciateur, CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, série A, n° 31, § 63, confirmé par la suite par CEDH, 23 févr. 1995, *Gasus Dorier une Fördertechnik*, A. 306-B, § 53, CEDH, 26 juin 1986, *van Marle*, série A, n° 1012, CEDH, 30 nov. 1987, *H c/ Belgique*, série A, n° 127.

²¹⁵ Décision Commission, 12 oct. 1982, *Bramelied et Malmström c/ Suède*, D.R. 29, p. 64 et s. La Commission reconnaît ici la valeur économique des actions d'une société et leur reconnaît, par conséquent, la nature de bien.

²¹⁶ M. RENOUF, *Contribution à l'analyse juridique de la notion de valeur. Essai sur les biens à valeur négative*, *op. cit.*, n° 92, p. 102.

²¹⁷ M. RENOUF, *op. cit.*, n° 104, p. 122.

²¹⁸ R. LIBCHABER, « Biens » *Rep. dr. civ.* 2016, n° 16.

²¹⁹ R. LIBCHABER, *ibid.*

La valeur économique est donc très largement reçue par le droit, car la valeur serait la condition *sine qua non* ouvrant l'accès à la catégorie juridique des biens. Mais cette acception néglige un aspect émergent de la notion : la valeur négative, laquelle reste, pour l'instant, ignorée par le droit positif.

B. Admission limitée de la valeur négative

Le prix est traditionnellement perçu comme la somme d'argent versée de l'acquéreur au vendeur. Mais l'apparition de biens à valeur négative, situation encore peu explorée²²⁰, soulève la question de la validité d'un « prix négatif », c'est-à-dire, pour reprendre l'exemple précédent, qui serait versé du vendeur à l'acquéreur. Loin d'être tranchée, la réponse du droit positif est pour l'instant frileuse.

29. Valeur économique nulle ou négative. – Dans son ouvrage dédié à l'étude de la valeur particulière que constituent les déchets, le sociologue britannique Michael Thompson définit ceux-ci comme des biens à valeur nulle, dont la valeur d'usage serait périmée²²¹. Il est toutefois difficile de concevoir qu'une valeur puisse être nulle ou périmée : comment un bien pourrait-il n'avoir aucune utilité ? M. David Chilstein, dans un article dédié à la question des biens à valeur vénale négative²²², énumère les différentes hypothèses : droits sociaux d'une société qui connaît des difficultés financières majeures, terrains pollués, immeubles menaçant ruine, déchets, animaux malades. Doivent également être mentionnés au sein de cet inventaire les épaves, c'est-à-dire non pas les objets perdus, mais les objets hors d'usage par suite de dégradation ou de ruine²²³. M. David Chilstein va plus loin dans l'analyse en estimant que la valeur vénale de ces biens ne serait pas seulement nulle, mais négative. Ne fournissant aucun enrichissement à leur propriétaire, ces derniers sont au contraire très coûteux à l'entretien. Le prix de leur entretien serait plus élevé que le bénéfice résultant de leur usage. Il s'agit donc de biens dont il est souhaitable de se débarrasser, car ils appauvrissent leur propriétaire du fait de leur entretien coûteux, mais dont il est, en pratique, difficile de se défaire, car leur transfert de propriété est nécessairement affecté par leur nature particulière.

²²⁰ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil : 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 297.

²²¹ M. THOMPSON, *Rubbish Theory. The creation and destruction of Value*, Oxford, Oxford University Press, 1979.

²²² D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur vénale négative », *op. cit.*

²²³ V. « épave » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2014, p. 409.

30. Traduction de la valeur négative par le prix négatif. – En pratique, celui qui souhaite céder un bien à valeur vénale nulle ou négative se verra contraint de verser une somme au cessionnaire, somme difficilement qualifiable de prix, lequel serait alors de « - x € »²²⁴. Cette somme est alors « prix négatif », se rapprochant de ce que l'économie appelle une externalité négative²²⁵. Un tel type de prix apparaît finalement dans des « situations dans lesquelles non seulement l'aliénateur ne bénéficie d'aucun transfert de richesse en contrepartie de l'obligation de translatrice de propriété qui est sienne, mais encore s'y en ajoutent d'autres - indépendamment bien entendu de la délivrance - de telle sorte que l'ensemble des engagements lui incombant excède la valeur, qu'elle soit réelle ou insignifiante, de la chose dont le droit de propriété est transféré »²²⁶. La valeur des obligations qui incombent au cédant est donc supérieure à la valeur de la contrepartie espérée²²⁷. En matière de vente, le prix négatif revient à ce que pèse sur la tête du vendeur à la fois l'obligation de délivrance qui lui incombe habituellement, mais également celle de paiement du prix. Tout se passe finalement « comme si le prix avait été payé par le vendeur et point par l'acheteur »²²⁸. De la même manière, dans le prêt à intérêt, l'inversion du signe conduit à ce que le prêteur verse des intérêts à l'emprunteur auquel il avait consenti un prêt. L'intérêt négatif et, *a fortiori*, le prix négatif bouleversent de ce fait les habitudes intellectuelles, tant des juristes²²⁹ que des banquiers et des économistes. En matière d'intérêts, le contentieux est aujourd'hui véritablement naissant.

Le prix négatif, traduisant la valeur négative, doit toutefois être distingué du prix symbolique. En effet, dans le prix symbolique, un prix extrêmement faible est versé, ne correspondant pas à la valeur du bien. Mais ce déséquilibre en valeur est compensé par l'adjonction d'une intention libérale ou de l'exécution d'une prestation en nature. Le prix négatif se démarque donc du prix symbolique, car il s'agit pour celui-ci d'une variation quant à l'identité de celui qui exécute la prestation, et non de la nature de celle-ci.

²²⁴ M. RENOUF, *Contribution à l'analyse juridique de la notion de valeur. Essai sur les biens à valeur négative*, *op. cit.*, n° 494, p. 481.

²²⁵ L'externalité négative est un phénomène qui apparaît lorsqu'un individu ou une entreprise ne supporte pas tous les coûts (v. J.E. STIGLITZ, J.-D. LAFAY et C.E. WALSH, *Principes d'économie moderne*, *op. cit.*, p. 893).

²²⁶ J. MOURY, « Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente », *D.* 2014, p. 1950.

²²⁷ Et non du prix convenu (v. *contra* M. THIOYE, *Recherches sur la conception du prix dans les contrats*, thèse Toulouse, PUAM, 2004).

²²⁸ B. GARRIGUES, « La contre-prestation du franc symbolique », *RTD civ.* 1991, p. 459.

²²⁹ Une partie de la doctrine s'oppose ainsi à l'emploi de l'expression « prix négatif » (v. en ce sens C. FREYRIA, « Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux », *JCP* 1992, n° 16, p. 328 – N. MOLFESSIS, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *LPA* 2000, n° 90, p. 41). A cet égard, M. Jean-Baptiste Racine n'hésite pas à qualifier les prix négatifs « d'aberrations » (J.-B. RACINE, « La notion de prix en droit contemporain des contrats », *RIDE* 1999, p. 77).

31. Réception juridique délicate de la valeur négative. – Le prix négatif a longtemps constitué le point aveugle du droit²³⁰. Si celui-ci a ponctuellement envisagé l'existence d'une valeur d'usage nulle, il n'avait pas prévu la survenue d'occurrences telles que les valeurs négatives : l'intégralité du droit civil, et particulièrement le droit de la vente, a été édiflée autour du postulat de la positivité de la valeur²³¹. Il en va de même pour le droit des biens. Partant, la reconnaissance de biens à valeur vénale négative et d'un prix négatif mépriserait les catégories juridiques établies²³², dans un premier temps celle de « bien », mais aussi celle plus générale de « contrat à titre onéreux », notamment la vente et le prêt à intérêt²³³. Néanmoins, le négatif semble tracer inéluctablement sa voie à travers le droit civil²³⁴.

Il est donc possible d'affirmer que, dans le domaine des actes à titre onéreux, et particulièrement celui de la vente, « le droit refuse en effet toute idée de prix négatif et emprunte différents détours pour absorber la charge pécuniaire en suspens »²³⁵. M. Jacques Moury et Mme Bénédicte François vont même jusqu'à qualifier le prix négatif de « tétatologie juridique »²³⁶. Ainsi, si les prix négatifs paraissent admis en matière de cession de droit sociaux²³⁷, deux remarques doivent toutefois être élevées. Tout d'abord, la question de la qualification de ces conventions n'a jamais été élevée devant la Cour de cassation : celle-ci n'avait été interrogée qu'au regard de la validité du contrat sur le fondement du droit commun, et non du droit de la vente²³⁸. Par ailleurs, comme il serait impossible de qualifier de « vente » l'opération dans laquelle repose sur le vendeur la charge de verser le prix et d'admettre ainsi le passage du prix en négatif, le droit préfère recourir au mécanisme du prix symbolique. Ce dernier est alors accompagné d'une obligation de recapitalisation des parts cédées à la charge du cédant, venant rétablir l'équilibre entre la valeur réelle des parts et le prix symbolique. De même, si le montant du passif de la société cédée n'est pas connu au jour de la cession, les clauses de garantie de valeur du prix de cession permettent d'éviter que l'indemnité due par le

²³⁰ D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur vénale négative », *op. cit.*

²³¹ De nombreux articles relevant du droit de la vente s'avèrent ainsi inapplicables au prix négatif : articles 1582, 1650, 1651, 1652 et 1654 du Code civil.

²³² J. MOURY, « Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente », *op. cit.* V. également Th. LAMBERT, « L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux », *Rev. sociétés*, 1993, p. 11.

²³³ Les intérêts n'étant, après tout, que le « prix de l'argent ». Le prêteur immobilise ses liquidités sur une certaine durée, sur laquelle doit être indexée le montant des intérêts.

²³⁴ R. LIBCHABER, « Le travail du négatif en droit : la question de l'intérêt dans le prêt », *RDC* 2017, n° 3, p. 446.

²³⁵ D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur vénale négative », *op. cit.*

²³⁶ J. MOURY et B. FRANÇOIS, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, Dalloz, Dalloz référence, 2021, p. 98.

²³⁷ Cass. com. 22 févr. 1983, n° 81-15.432, Bull. civ. IV, n° 72 – Cass. com. 6 janv. 1987, n° 85-13.132 – Cass. com. 4 juill. 2000, n° 97-10.052 – Cass. com. 30 nov. 2004, n° 01-03.769.

²³⁸ J. MOURY et B. FRANÇOIS, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 98.

cédant au cessionnaire au titre de la révision du prix ne devienne supérieure au prix de cession, refusant ainsi toute idée de prix négatif²³⁹. En revanche, si les stipulations contractuelles contraignent le cessionnaire à reprendre à sa charge l'intégralité du passif de la société, et non plus seulement la valeur des parts cédées, la jurisprudence considère qu'il s'agit d'une authentique clause de révision du passif. Le mécanisme utilisé ici afin de contourner le prix négatif est celui de l'indemnisation : le cédant est tenu d'indemniser le cessionnaire du préjudice subi par la naissance de ces charges pécuniaires imprévues²⁴⁰.

M. Jacques Moury et Mme Bénédicte François le relèvent, la question de la valeur négative est aujourd'hui relancée par celle des clauses de garantie de passif²⁴¹. La stipulation d'une clause de garantie de passif a pour objectif de rassurer le cessionnaire quant à la sincérité des comptes du cédant lors du changement de contrôle d'une entreprise. Si une partie du passif social est révélé postérieurement à la cession ou si le passif ne pouvait pas être entièrement connu lors de la conclusion du contrat et excède un seuil prédéfini, le cédant devra alors indemniser le cessionnaire. Une telle clause soulève une difficulté lorsque, compte tenu des difficultés économiques éprouvées par la société, celle-ci a été cédée à prix symbolique. Dès lors, le montant de l'indemnité due par le cédant au cessionnaire sera supérieur au prix de cession²⁴². Le cédant aura versé une somme d'argent au cessionnaire, en plus de lui avoir transféré ses titres : toutes les obligations financières nées du contrat reposeront sur la tête de celui-ci. Finalement, « le rapport d'échange entre les droits sociaux et la monnaie est négatif : il est nécessaire, pour céder ces droits sociaux, d'indemniser en plus le cessionnaire »²⁴³. L'indemnité versée pourra dès lors être analysée en prix négatif.

La jurisprudence ne semble pas savoir quel régime accorder au prix de cession négatif, jouant parfois sur les mots entre la clause de révision du prix garantissant la valeur de la cession, dont l'indemnité ne peut excéder le montant du prix, et la garantie de passif pure, conduisant

²³⁹ Cass. com. 18 déc. 2001, n° 98-17320 ; *BJS*, 2002, p. 486, n° 105, obs. A. COURET ; *Defrénois*, 2002.821, note HOVASSE ; *JCP E* 1639, n° 2, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY, et G. WICKER.

²⁴⁰ D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur vénale négative », *op. cit.*

²⁴¹ J. MOURY et B. FRANÇOIS, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 98.

²⁴² C. FREYRIA, « Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux », *op. cit.* – J. PAILLUSSEAU, « La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle) », *JCP* 1992, n° 63, p. 196 – Th. LAMBERT, « L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux », *op. cit.*

²⁴³ M. STOCLET, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, thèse Paris II, 2008, n° 378, p. 267.

potentiellement à un prix négatif²⁴⁴. Il est aujourd'hui impossible d'affirmer que la jurisprudence admet, ou non, le prix négatif dans la cession de droits sociaux.

32. Admission progressive de taux d'intérêt devenu négatif dans les contrats de prêt. –

L'admission des taux d'intérêts négatifs constitue un « changement de paradigme, dont on a encore du mal à comprendre toute la mesure »²⁴⁵. Pourtant, si « l'anormalité d'un prêt rémunéré par le banquier saute aux yeux »²⁴⁶, la pratique est toutefois largement admise à l'étranger²⁴⁷ et depuis récemment, en France à propos des bons du Trésor²⁴⁸. Hors du cadre étatique se pose la question de l'application d'un taux d'intérêt négatif aux ménages, c'est-à-dire à ce que le droit appelle simplement des personnes privées. Dans une telle hypothèse, la question est de savoir s'il est juridiquement concevable que le prêteur vienne à verser des fonds à l'acquéreur²⁴⁹. Cette problématique n'a toutefois un intérêt qu'en l'absence de clause instituant un taux plancher ou de clause de *hardship* contraignant les parties à renégocier le contrat, en cas de changement de circonstances. À noter toutefois que l'introduction de la révision pour imprévision à l'article

²⁴⁴ V. en ce sens M. STOCLET, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 200. V. *contra* Y. GUYON, « Les sociétés -Aménagements statutaires et conventions entre associés », in *Traité des contrats*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, 5e éd. 2002, n° 215, p. 328 – J. PAILLUSSEAU, « Le bénéficiaire de la garantie de passif dans la cession de contrôle », *JCP E*, 2002, n° 367, n° 13 – D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur vénale négative », *op. cit.* Selon le second, se fondant sur un arrêt de cassation (Cass. com., 18 déc. 2001, n° 98-17.320, *BJS* 2002, § 105, p. 486) qualifiant expressément la clause litigieuse de « clause de révision du prix », la limitation de la clause dépendrait de la qualification de celle-ci. Il appelle par ailleurs de ses vœux à une homogénéisation des deux régimes, dans un souci de sécurité juridique : « il n'est pas un écrit consacré à la question des garanties de passif qui ne se termine par une mise en garde des professionnels dans la rédaction des clauses, laquelle doit être extrêmement prudente tant elle s'avère être la source d'un abondant contentieux (...) Cela n'est pas raisonnable. Il n'est pas admissible de fragiliser à ce point un mécanisme de garantie commandé par le bon sens -la prise en charge du passif par celui qui en est à l'origine -pour cette seule raison qu'il pourrait faire apparaître au grand jour l'existence d'un prix négatif ».

²⁴⁵ S. LAUER, « Taux bas : Mettre de l'argent de côté est sur le point de devenir un vice passible de sanction » », *Le Monde*, 23 septembre 2019, [en ligne].

²⁴⁶ R. LIBCHABER, « Le travail du négatif en droit : la question de l'intérêt dans le prêt », *op. cit.* A ce propos, l'ancien directeur de l'OMC, Pascal Lamy, déclare : « les taux d'emprunts négatifs, c'est absurde dans un système capitaliste. Dans un tel contexte, plus personne ne sait comment choisir ses investissements. Cela pousse à la spéculation, par exemple dans l'immobilier ou dans les œuvres d'art. Et, par ricochet, cela crée des bulles dangereuses pour l'économie » (v. M. PELLOLI, « Tout comprendre en cinq minutes aux taux d'intérêt négatifs », *Le Parisien*, 9 juillet 2019, [en ligne]).

²⁴⁷ Ce serait d'abord la banque centrale suisse qui aurait imposé des taux d'intérêts négatifs sur les dépôts en francs suisse dans les années 70, avant d'être suivie vingt ans plus tard par les banques japonaises. En réponse à la crise des subprimes en 2008, les banques scandinaves ont pratiqué de tels taux et c'est finalement la Banque Centrale Européenne qui, en 2015, a admis le taux d'intérêt négatif. Ainsi, le taux européen LIBOR trois mois qui était de 2,190 % le 31 janvier 2007 a chuté à -0,74600 % au 1^{er} novembre 2018 et -0,404 % au 15 août 2019. Le *Bund* allemand est aujourd'hui à -10 % en dix ans. Depuis 2015, la BCE prête donc de l'argent à taux négatif.

²⁴⁸ Le 18 juin 2019, l'obligation assimilable au Trésor (OAT) est passée à -0,002 %. Le 1^{er} juillet 2019, ce taux est de nouveau repassé à -0,05 % puis à -0,3 % le 10 septembre. (v. en ce sens M. PELLOLI, « Tout comprendre en cinq minutes aux taux d'intérêt négatifs », *Le Parisien*, 9 juillet 2019, [en ligne] et P. SUGY, « Les taux d'intérêt négatifs ne sont pas une bonne nouvelle pour l'économie européenne », *Figarovox*, 7 septembre 2019, [en ligne]). Il faut donc payer pour avoir le privilège de payer à l'État.

²⁴⁹ En pratique, le prêteur ne versera directement aucun fond à l'emprunteur. Les liquidités « dues » servent en réalité à rembourser les frais liés au crédit (frais de dossier, assurance emprunteur, etc.).

1195 du Code civil mettra sûrement un terme à ce questionnement, du moins pour les contrats de prêt conclus après le 1^{er} octobre 2016.

Divers arguments pouvaient être invoqués afin de déjouer l'application, à des particuliers, d'un taux d'intérêt devenu négatif. Le premier est d'ordre économique : le taux d'intérêt négatif fragilise la politique monétaire globale. Par ailleurs, juridiquement et au-delà de l'obstacle purement sémantique²⁵⁰, le droit des obligations a conçu le régime juridique de l'intérêt en considérant celui-ci comme positif, c'est-à-dire dû par l'emprunteur au prêteur. Mais c'est finalement l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier qui soulève le principal obstacle à l'admission des taux d'intérêt négatifs. Cet article définit en effet une opération de crédit comme « un acte à titre onéreux ». À moins de considérer que le prêt à intérêt à taux négatif constitue bel et bien un dépôt salarié, ce qui serait contraire à l'esprit du prêt à intérêt, il est en effet exact que le contrat serait dépourvu d'onérosité. Une réponse positive à cette interrogation conduirait à rendre inopérante la qualification de prêt à intérêt, une telle clause étant incompatible avec l'essence même du prêt d'argent²⁵¹. Le contrat devrait ainsi être requalifié en dépôt salarié.

Les taux d'intérêt négatifs doivent être considérés sous deux angles distincts : le prêt peut être conclu à un taux initialement négatif ou alors le taux, à l'origine positif, est devenu négatif. En réalité, en France, hormis les bons du Trésor évoqués précédemment, il n'est, pour l'instant, pas possible de contracter à taux initialement négatif. Une telle situation n'est toutefois pas si inconcevable qu'elle peut sembler de prime abord, compte tenu de la situation délicate dans laquelle se trouvent actuellement les institutions financières. La chute des taux d'intérêt moyens pour un crédit immobilier en est une illustration actuelle²⁵². Une banque danoise, Jyske Bank, a quant à elle franchi le cap à la fin de l'été 2019 en proposant un prêt immobilier sur dix ans au taux attractif de -0,5 %. De même, le taux d'emprunt allemand à dix ans, référence absolue dans le monde obligataire, est tombé à -0,0143 % le 22 mars 2019. Sont ainsi dorénavant autorisés en Allemagne des crédits à la consommation à taux négatif, véritables opérations marketing, dans le but de relancer une économie au bord de la récession. À l'inverse, fin juillet 2019, la banque suisse UBS annonçait qu'elle appliquerait désormais un taux d'intérêt négatif de -0,75 % à ses clients les plus fortunés. Pour un dépôt au-delà de deux millions

²⁵⁰ Selon M. Franck Auckenthaler, il n'est ainsi pas conforme au sens du mot « intérêt » d'être entendu dans un sens négatif. Quel *intérêt* retirerait le prêteur à payer l'emprunteur ? (V. F. AUCKENTHALER, « Taux d'intérêt négatif : le monde à l'envers ? », *Rd. banc. fin.* 2016, n° 6).

²⁵¹ F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux, op. cit.*, n° 861, p. 875.

²⁵² Au cours de l'été 2019, les taux de crédit immobilier moyens ont atteint le seuil historiquement bas de 1,20 %.

d'euros, ces derniers ne percevront aucun intérêt et devront au contraire verser des fonds à la banque. Il est envisageable que la France emprunte un chemin similaire et le droit n'aura qu'à s'incliner face à l'économie.

Pour l'instant, la seule hypothèse connue en France est celle du taux d'intérêt, initialement positif, mais devenu négatif. Des particuliers franco-suisse ou frontaliers franco-suisse s'étaient vu consentir des prêts en francs suisse, à taux variable. L'indice d'indexation choisi était le LIBOR. Or, celui-ci est devenu négatif en 2015, si bien que les banque suisse prêteuse se sont retrouvées débitrice face à leurs emprunteur²⁵³. Refusant de payer, ces dernière ont été actionnée en justice. Ainsi, le Tribunal de grande instance de Strasbourg, statuant en référé, a fait droit à la demande de l'emprunteur tendant à l'application d'un contrat de prêt, alors même que le taux d'intérêt prévu par le contrat était négatif²⁵⁴. Par la suite, le Tribunal d'instance de Montpellier a estimé que l'emprunteur était fondé à exiger de la banque le versement d'intérêts, malgré l'argument avancé par le prêteur selon lequel il existerait un taux plancher implicite de 0 %²⁵⁵. Or, en vertu du principe de la force obligatoire du contrat, un établissement bancaire ne saurait instituer arbitrairement une telle limitation. C'est ensuite la cour d'appel de Colmar qui est venue confirmer l'application d'un taux d'intérêt devenu négatif²⁵⁶, puis la cour d'appel de Besançon²⁵⁷ et enfin, à trois reprises, la cour d'appel de Chambéry²⁵⁸. Le taux d'intérêt « inversé » aura donc recueilli les faveurs de la jurisprudence française qui a finalement choisi d'appliquer mécaniquement le contrat. Se dessine donc aujourd'hui très nettement une tendance jurisprudentielle validant l'application des taux d'intérêt négatifs, en l'absence d'une clause stipulant expressément un plancher à 0 %. Dans

²⁵³ L'hypothèse du prêt à taux négatif doit être distinguée de celle de l'indexation du taux d'intérêt sur une devise étrangère (cf. *infra* n° 93). En effet, le prix négatif est critiqué en ce qu'il conduit la banque à verser des intérêts à l'emprunteur. En revanche, dans l'indexation sur une monnaie étrangère, la difficulté est que la parité entre la monnaie nationale et la monnaie étrangère peut évoluer, conduisant ainsi les emprunteurs à payer des intérêts bien plus importants que prévus.

²⁵⁴ TGI Strasbourg, 5 janv. 2016, n° 15/00764, note F.-J. CREDOT, *Rd. banc. fin.* 2016, comm. 54, p. 33 et s. Il convient toutefois de relever que, dans cette affaire, le TGI de Strasbourg a statué sur le fondement de l'article 809 du Code civil et ne s'est pas prononcé sur le fond. De plus, en raison de la marge bénéficiaire que se conservait la banque, celle-ci n'aurait pas réellement dû verser des intérêts négatifs à l'emprunteur.

²⁵⁵ TI Montpellier, 9 juin 2016, n° 11-16-000424.

²⁵⁶ CA Colmar, 8 mars 2017, n° 16/00309, note R. LIBCHABER, *RDC* 2017, n° 3, p. 446, *D.* 2017, 965, note A. GHOZI, *D.* 2017. 2181, obs. D. MARTIN : « en refusant d'appliquer l'index Libor au calcul du taux d'intérêt, tel que prévu au contrat la liant à l'emprunteur, la Caisse de Crédit Mutuel commet un trouble manifestement illicite au sens de l'article 809 du Code de procédure civile, justifiant la saisine du juge des référés. »

²⁵⁷ CA Besançon, 10 juil. 2018, n° 17/01227 : « le respect des contrats litigieux impose que, pour les deux prêts, soit appliqué un taux d'intérêt suivant l'évolution du taux LIBOR 3 à sa valeur réelle pouvant conduire à des intérêts mensuellement négatifs à condition, toutefois, que sur l'ensemble du remboursement de chaque prêt les intérêts dus au prêteur ne soient pas inférieurs à 0,00 %. »

²⁵⁸ CA Chambéry, 20 sept. 2018, n° 16/02665, 16/02667 et 16/02668.

l'hypothèse de la stipulation conventionnelle d'un plancher, le prêt ne serait alors pas onéreux pour le prêteur, simplement gratuit²⁵⁹. Néanmoins, compte tenu de la récente prohibition légale d'indexation d'un prêt sur une devise étrangère, sauf intérêt direct avec l'objet du contrat²⁶⁰, la survenue d'intérêts négatifs se réduit en pratique à peau de chagrin.

33. Propriété de la dette. – La dette de somme d'argent²⁶¹ constitue « l'archétype de l'en soi économiquement négatif (...), comme la chose à valeur négative dans toute sa pureté et sa transparence »²⁶². La nature par essence négative de la dette s'opposait à la possibilité pour son propriétaire d'exercer son *abusus* : le débiteur d'une dette ne peut y renoncer unilatéralement, il est contraint de s'en acquitter en vertu de la force obligatoire du contrat. S'est dès lors posée la question de la possibilité d'une cession de dette entre vifs, à titre autonome, c'est-à-dire non englobée dans une universalité. L'éventualité n'avait pas été envisagée par le Code civil, la question fut portée devant la justice. Deux séries de difficultés s'opposaient à la pleine reconnaissance de la cession de dette²⁶³. Tout d'abord, si la cession de créance est souvent sans conséquence à l'égard du débiteur, la personne du débiteur ne peut être indifférente au créancier²⁶⁴. Ce n'est pas ici l'*intuitu personae* qui importe, mais la solvabilité du débiteur. De plus, la dette ne faisant pas partie du patrimoine du débiteur, il était impossible de la céder²⁶⁵. La jurisprudence contourna la première de ses difficultés grâce à une solution en demi-teinte²⁶⁶, consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime

²⁵⁹ M. Rémy Libchaber considère toutefois que ce type de clause pourrait constituer une « fausse bonne idée ». En effet, la dissymétrie est souvent le signe d'une clause abusive (v. R. LIBCHABER, *RDC* 2017, n° 3, p. 446, note sous CA Colmar, 8 mars 2017, n° 16/00309).

²⁶⁰ Cf. *infra* n° 93.

²⁶¹ P. MOZAS, *La notion de dette en droit privé*, thèse Bordeaux, 1996.

²⁶² D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur vénale négative », *op. cit.*

²⁶³ Certains auteurs ont démontré très tôt qu'aucun obstacle ne s'opposait à la pleine reconnaissance de la cession de dette (V. en ce sens R. SALLEILLES, « De la cession de dette », *Annales de droit commercial*, 1890, p. 1 et E. GAUDEMET, *Etude sur le transport de dettes à titre particulier*, thèse Paris, 1898. Plus récemment, v. L. ANDREU, *Du changement de débiteur*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2010). Le droit allemand ne s'est pas embarrassé de ces difficultés et a consacré dès 1896 la cession de dette, *Schuldübernahme*, au sein du BGB. La cession de dette autonome a ainsi été reprise par les principes Unidroit (article 9.2.1) et par les Principes européens de droit des contrats (article 12 :101).

²⁶⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil. Les obligations*, 12^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2019, n° 1620, p. 1690.

²⁶⁵ F. ROUVIERE, « Cession de dette », *Rep. dr. civ.* 2016, n° 11.

²⁶⁶ Strasbourg, 24 mars 1971, *D.* 1973, p. 16, note Ch. LARROUMET ; *RTD civ.* 1972, p. 777, obs. Y. LOUSSOUARN – Cass. civ. 1^{re}, 30 avr. 2009, n° 08-11093, *Bull. civ.* I, n° 82 ; *JCP G* 2009, p. 73, note J.-J. ANSAULT ; *D.* 2009, p. 2400, note L. ANDREU ; *RTD civ.* 2009, p. 531, obs. B. FAGES ; *Defrénois* 2009, p. 1289, obs. R. LIBCHABER – V. également Cass. civ. 1^{re}, 2 juin 1992, n° 90-17.499 *Bull. civ.* I, n° 168, p. 115 ; *JCP* 1992, I. 3632, p. 541, obs. M. BILLIAU ; *RTD civ.* 1993, p. 122, obs. J. MESTRE ; *D.* 1993, somm. p. 211, obs. Ph. DELEBECQUE : « la convention (...) ne pouvait avoir pour effet, en l'absence d'un accord de créancier, d'éteindre la dette de l'un des conjoints ».

général et de la preuve des obligations, au sein du nouvel article 1327 du Code civil : la cession de dette n'est envisageable qu'avec l'accord du créancier.

Que reste-t-il de la seconde objection invoquée, à savoir que la dette n'appartient pas au patrimoine du débiteur ? Si la première a été explicitement contournée²⁶⁷, l'admission, certes timide, mais bel et bien ouverte, de la cession de dette, revient à reconnaître l'appartenance de la dette au patrimoine du débiteur. Par opposition aux alternatives utilisées en pratique afin de transmettre une dette (novation par changement de débiteur, délégation parfaite et stipulation pour autrui), aucun nouveau rapport de droit n'est ici créé : c'est bien la dette du débiteur qui est transmise au cessionnaire. Il semblerait donc que l'on assiste à un véritable transfert de propriété de la dette, ce qui revient à admettre l'appartenance de celle-ci au patrimoine du débiteur et, indirectement, à reconnaître, une fois de plus, l'existence d'une valeur économique négative. Ainsi, l'admission de la cession de dette pourrait suffire « à mettre en cause le rapport autrefois évident entre la notion de bien et le constat d'une valeur positive »²⁶⁸.

34. Nécessité d'offrir un cadre juridique aux valeurs négatives. – Il semble aujourd'hui difficile d'admettre l'existence de valeurs négatives au sein du droit civil. Le cadre offert par celui-ci, rigide et conçu sur le postulat d'une valeur positive, ne se prête en aucun cas aux valeurs négatives. L'admission d'un taux d'intérêt négatif relève du non-sens et dénature complètement le contrat de prêt. Il en va de même pour un contrat de vente ou de prestation de services dans lequel le vendeur verserait une somme d'argent à l'acquéreur. Il est devenu nécessaire d'adapter le droit civil, car les valeurs négatives constituent aujourd'hui une réalité économique troublante²⁶⁹ et non plus un simple luxe de l'esprit²⁷⁰.

En matière de vente, M. David Chilstein préconise ainsi d'admettre un troisième type de transfert de propriété, aux côtés du titre gratuit et du titre onéreux : l'onéreux pour le cédant, « une forme inversée en quelque sorte du contrat à titre onéreux classique »²⁷¹. L'auteur suggère le recours au mécanisme de la défaisance économique, utilisé aux États-Unis par le biais du *trust*, aux termes duquel le cédant transfère à la fois une dette et des éléments d'actifs permettant

²⁶⁷ « Le texte tranche une première difficulté quant au régime de la cession de dette, en faisant apparaître dans sa définition qu'elle ne peut intervenir qu'avec l'accord du créancier cédé, compte tenu de l'importance évidente de la personne du débiteur pour le créancier » (Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25).

²⁶⁸ R. LIBCHABER, « Biens », *Rep. dr. civ.* 2016, n° 19. V. aussi sur ce point J. FRANÇOIS, *Les obligations, régime général*, n° 43 et s, p. 45 et s.

²⁶⁹ D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur vénale négative », *op. cit.*

²⁷⁰ R. LIBCHABER, « Biens », *Rep. dr. civ.* 2016, n° 18.

²⁷¹ D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur vénale négative », *op. cit.*

son remboursement. L'objectif est le nettoyage du bilan comptable en ôtant de celui-ci les dettes à long terme indésirables, lesquelles entravent la capacité d'endettement de l'entreprise.

Dans sa thèse dédiée à l'analyse juridique des valeurs négatives, Mme Marie Renouf récuse quant à elle l'admission générale des prix négatifs en droit positif et propose au contraire d'abandonner l'exigence du prix sérieux dans la vente, au profit du prix symbolique. Il suffirait qu'un prix symbolique soit fixé par les parties pour que la vente soit considérée comme valable. Ce dernier assurerait en effet « l'ancrage de ces cessions dans la catégorie juridique de la vente, qui, si elle épouse ainsi les évolutions économiques, y est adaptée »²⁷².

L'accueil réservé à la valeur économique par le droit est bien réel, quoiqu'en demi-teinte. Si la valeur économique positive est en effet reçue « à bras ouvert », le droit se montre en revanche plus réservé à l'égard des valeurs négatives. La récente admission des prêts à taux d'intérêt devenus négatifs constituera peut-être une brèche dans laquelle le législateur s'immiscera afin de régler une situation de fait problématique.

²⁷² M. RENOUF, *Contribution à l'analyse juridique de la notion de valeur. Essai sur les biens à valeur négative*, *op. cit.*, n° 568, p. 559.

CONCLUSION DE LA SECTION I

Le prix juridique exprime la valeur, notion économique, par le biais d'un mécanisme relevant de la prise d'acte. La traduction opérée s'avère toutefois imparfaite et l'appréhension juridique de la valeur nuancée.

35. Devant l'impossibilité d'exprimer concrètement le pur sentiment, abstrait et qualitatif que constitue la valeur et face à la nécessité de faciliter le bon fonctionnement de la vie des affaires, il fallut trouver un palliatif : c'est à cet effet que le mécanisme estimatoire a été instauré. La mise en œuvre de celui-ci aboutit à l'établissement d'un prix. Le prix constitue donc l'expression intellectuelle de la valeur, tant dans le langage courant que dans celui employé par les juristes, car la dichotomie prix-valeur est largement reprise par le droit.

La nature du mécanisme estimatoire reste toutefois source d'interrogation, le passage de la valeur au prix ne rentrant dans aucune catégorie juridique prédéfinie, comme la fiction ou la présomption. Ce dernier relèverait donc davantage de la prise d'acte, de la présomption intellectuelle et non juridique, en tant que vérité acceptée purement et simplement par le droit.

36. Si nécessaire que soit le recours au mécanisme estimatoire, celui-ci n'est pas pour autant dénué d'imperfections. En effet, le droit semble prendre pour acquis que l'expression de la valeur par le prix, mais la traduction opérée est inexacte. Tout d'abord, il ne s'agit que de l'estimation de la valeur aux yeux des parties, à un instant donné. Cette estimation est donc éphémère et subjective, et non absolue et objective. Il s'agit de l'équivalent voulu par les parties.

Par ailleurs, la seconde limite du mécanisme estimatoire consiste en son champ d'application restreint : conçu uniquement pour les valeurs positives, il ne semble pas pouvoir s'adapter aux valeurs négatives. Toutefois, la récente admission de la cession de dette, l'admission progressive de taux d'intérêt devenu négatif dans les contrats de prêt et la volonté d'une percée du prix négatif dans la cession de droits sociaux bousculent le paysage du droit positif. Il ne semble toutefois pas raisonnable de reconnaître la validité des prix négatifs, car ceux-ci sont inadaptés aux schémas juridiques actuels. En revanche, à l'instar de ce qui est proposé par M. David Chilstein, la création de nouvelles formes contractuelles *sui generis* est souhaitable, car les « prix négatifs » sont désormais une réalité de la vie des affaires.

Le droit réalise donc une appréhension certaine, bien que nuancée de la valeur, à travers la mise en œuvre du mécanisme estimatoire. L'approfondissement de l'analyse révèle une appréhension poussée par le droit de la valeur, notion pourtant économique.

SECTION II

ANALYSE APPROFONDIE DE LA VALEUR ECONOMIQUE

Le prix exprime la valeur économique d'un bien. « Valeur » a toutefois, en économie, un double sens, le vocable désignant à la fois la valeur d'usage et la valeur d'échange. La valeur d'échange désigne le pouvoir pour un bien ou un service d'acheter d'autres biens²⁷³. La notion de valeur d'échange est finalement très proche de celle de prix, celui-ci étant classiquement défini comme la somme d'argent versée en échange d'un bien ou d'un service. La valeur d'échange est ainsi incarnée par le prix.

La valeur d'usage se définit quant à elle comme l'importance accordée par un individu à un bien selon la satisfaction qu'il en retire. Des critères auront ainsi été dégagés par les économistes afin de déterminer la valeur d'usage d'un bien. Les économistes subjectivistes placent l'origine de la valeur d'un bien dans l'esprit de celui qui l'apprécie : afin de déterminer ce qui a de la valeur, il convient donc d'identifier ce qui déclenche le désir de l'individu. Le principal critère déclenché par les subjectivistes est donc l'utilité d'un bien. Les objectivistes ont, à l'inverse, recherché la valeur, non pas dans l'Homme, mais dans des éléments extérieurs : la rareté et le travail²⁷⁴. La rareté est le caractère de ce qui est peu commun et n'existe qu'en peu d'exemplaires. Ce type de bien a donc une offre très basse et une demande potentiellement élevée. Le critère du travail, enfin, doit être pris en compte tant dans sa durée que dans sa difficulté.

L'approfondissement de l'analyse juridique de la valeur nécessite désormais de confronter le droit à l'économie et plus précisément à ces deux notions que sont la valeur d'usage et la valeur d'échange. Il est parfois soutenu, à tort, que l'objet de l'analyse économique était exclusivement la valeur d'échange²⁷⁵. Il sera au contraire démontré que le droit appréhende subtilement la valeur d'usage des biens et que l'analyse de la valeur économique ne peut se limiter à l'étude de la valeur d'échange. Si le droit éprouve des difficultés à appréhender frontalement la valeur d'usage (§1), il se révèle en effet plus favorable à une approche de la valeur d'échange (§2). Les deux notions sont toutefois reçues par le droit, ce qui contredit d'autant plus le postulat selon lequel le droit ne connaît pas la valeur.

²⁷³ V. « valeur d'échange » in *Lexique d'économie*, 15^e éd., Dalloz, 2018, p. 868.

²⁷⁴ Sur ce point, v. *supra* n^{os} 4 et 5.

²⁷⁵ M. RENOUF, *Contribution à l'analyse juridique de la notion de valeur. Essai sur les biens à valeur négative*, thèse Caen, 2012, n^o114, p. 137.

§1 – Approche juridique de la valeur d’usage

La valeur d’usage, comme définie lors de l’introduction²⁷⁶, désigne l’utilité d’un objet en particulier, c’est-à-dire à la satisfaction que retire un individu de l’usage de ce bien²⁷⁷. Le Code civil connaît tout d’abord assez largement la notion d’usage : le terme « usage » est ainsi retrouvé dans plus d’une centaine d’articles. Il convient dans un premier temps d’écarter une utilisation synonymique du vocable : les « usages » au sens des pratiques que l’ancienneté ou la fréquence rend normales, dans une société²⁷⁸, s’ils sont bien envisagés par le code²⁷⁹, seront écartés de cette étude. Le Code civil se révèle bien plus familier d’un second sens du mot, « fait d’appliquer, de faire agir (un objet, une matière) pour obtenir un effet que cet objet, cette matière subsiste (utilisation), disparaît (consommation) ou se modifie en se dégradant (usure) »²⁸⁰. Ainsi, il est directement fait référence à l’usage de nombreuses entités²⁸¹, dont les immeubles²⁸² : le législateur vise ici la destination, la manière d’exploiter. L’usage peut enfin constituer un droit en lui-même²⁸³.

La question de l’appréhension juridique de la valeur d’usage est toutefois plus subtile que celle du simple usage. Il s’agit de s’interroger à propos de l’estimation économique réalisée de l’usage. Si l’usage est donc bien connu du Code civil, l’appréhension juridique de la valeur d’usage se montre elle plus discrète, n’apparaissant que ponctuellement. Il convient de distinguer la valeur d’usage au sens commun du terme (I.), des valeurs d’usage particulières (II.).

²⁷⁶ V. « valeur » in *Lexique d’économie*, 15^e éd., Dalloz, 2018, p. 863.

²⁷⁷ V. « valeur » in *Dictionnaire de l’économie*, Encyclopaedia universalis, Albin Michel, 2007, p. 1426.

²⁷⁸ V. « usage » in *Le Petit Robert*, Le Robert, 2018, p. 2663.

²⁷⁹ Articles 388-1, 408, 473, 590, 593, 663, 671, 674, 730, 852, 1120, 1148, 1163, 1166, 1194, 1360, 2331, 2332 et 2375 du Code civil.

²⁸⁰ V. « usage » in *Le Petit Robert*, Le Robert, 2018, p. 2663.

²⁸¹ Le Code civil réglemente ainsi l’usage du nom (articles 225-1, 264 et 300), de droits (articles 229-3, faculté du mineur d’être entendu par le juge dans le cadre d’un divorce par consentement mutuel, 513-1, droit de communication, 617, droit d’usufruit), de stupéfiants (article 378-1), d’un appartement (article 534), de choses (articles 589, 544, 567, 587, 714, 1245-14, 1615, 1641, 1719, 1721, 1766, 1874, 1878, 1879, 1880, 1881, 1884, 1888, 1894, 1898), des bois taillis (articles 590 et 591), des fruits (articles 590, 591 et 630), des bois et des forêts (articles 636 et 637), des eaux pluviales (articles 641, 642 et 645), d’une servitude (articles 685, 686, 688, 699), d’un bâtiment ou d’un fonds de terre (article 687), d’un animal (article 1243), d’une monnaie (article 1343), d’un procédé fiable d’identification (article 1367), des lieux (1736, 1745, 1753, 1754, 1757, 1762, 1777), de l’ouvrage (article 1792-6), d’une somme (article 1896), d’un fonds de commerce ou d’un immeuble à usage professionnel (article 2018-1).

²⁸² Le Code attribue ainsi un usage déterminé à certains biens, et notamment des immeubles. Ils peuvent ainsi adopter un usage personnel (articles 220-1, 815-7 et 1404), professionnel (articles 831-2, 821-1 et 822), locatif (article 1799-1), commercial, industriel ou artisanal (articles 595 et 815-3), commercial (article 1425), autre que commercial (article 764), usage d’habitation (articles 815-7-1 et 1719) ou à usage mixte d’habitation et professionnel (article 815-7-1).

²⁸³ Les usages peuvent faire l’objet d’un droit : droit d’usage et d’habitation (articles 373-2-2, 625, 628, 764, 765, 765-1, 765-2, 766 et 2521) et droit d’usage et de jouissance (1873-11).

I. VALEUR D'USAGE GENERALE

D'une manière générale, la valeur d'usage est appréhendée indirectement par le droit des contrats à travers deux notions : la substance, en tant que qualité essentielle d'un bien, et le vice caché. Subsiste toutefois une appréhension directe : l'article 765 du Code civil.

37. « Valeur d'un droit d'usage » (article 765 du Code civil). – L'article 765 du Code civil présente la particularité d'être la disposition du code à appréhender frontalement la valeur d'usage d'un bien. En effet, cet article traite des « valeurs des droits d'habitation et d'usage ». Un droit d'usage étant le droit d'utiliser une chose, la « valeur du droit d'usage » désigne finalement l'estimation économique réalisée du droit d'utiliser un bien. Plus le bien permettra un usage important, plus la valeur de ce droit d'usage sera élevée : le droit d'usage portant sur un immeuble de luxe aura une valeur économique supérieure à celui portant sur un bien de moindre qualité.

38. Lien entre la qualité essentielle et l'usage. – La valeur d'usage est tout d'abord abordée à travers la notion d'erreur sur les « qualités essentielles », cette expression désignant l'ancienne erreur sur la substance²⁸⁴. Ainsi, en droit commun des obligations, la nullité du contrat pour erreur sur la substance de l'article 1133 du Code civil sanctionne *in fine* une erreur sur la valeur d'usage. En son sens propre, « substance » désigne la composition physico-chimique d'une chose, sa matière²⁸⁵. Prise en son sens figuré, elle désigne alors la qualité correspondant soit à un élément ordinaire recherché par tout un chacun dans un même type d'opération, soit à une caractéristique particulière recherchée spécialement par un contractant en particulier.

La qualité essentielle d'un bien correspond à son usage attendu. En effet, d'un tableau, la plupart des gens attendront qu'il soit authentique, afin de réaliser un bon investissement. L'authenticité est la qualité essentielle, l'investissement l'usage. De même, un terrain constructible n'est acheté que pour qu'une construction y soit réalisée. En visant la qualité essentielle, le législateur atteint indirectement sa valeur d'usage. Selon M. Gilles Goubeaux, il existerait même une « complète identité » entre la valeur d'usage et la substance, « l'aptitude à remplir les utilités attendues reçoit nécessairement la double qualification de qualité substantielle et de valeur d'usage²⁸⁶ ».

²⁸⁴ Le débat quant à l'approche de la substance, matérielle ou psychologique, n'est d'ailleurs pas sans rappeler les différentes approches de la valeur d'usage, subjective ou objective (v. *supra* introduction n^{os} 4 et 5).

²⁸⁵ V. « substance » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, coll. Quadriges, 2014, p. 993.

²⁸⁶ G. GOUBEAUX, « A propos de l'erreur sur la valeur », in *Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 389.

En admettant l'erreur sur les qualités essentielles, le législateur a fait entrer la valeur d'usage dans le paysage juridique. Celui qui achète un tableau non authentique ne réalise pas l'investissement espéré, le bien se révélant impropre à l'usage qui en était attendu. C'est donc l'erreur sur la valeur d'échange qui est ignorée du droit, et non l'erreur sur la valeur d'usage.

39. Lien entre le vice caché et l'usage. – De même, en droit spécial de la vente, le régime de la garantie des vices cachés prévu à l'article 1641 du Code civil appréhende subtilement la valeur d'usage. En effet, le vice est le défaut qui diminue l'usage de la chose ou qui la rend impropre à son usage, c'est-à-dire le défaut qui vient diminuer la valeur d'usage de la chose. Il en va de même pour l'article 1721 du Code civil, qui établit un régime similaire en matière de bail, lorsqu'un défaut empêche l'usage de la chose louée. Le défaut en question peut être de toute nature, dès lors qu'il s'oppose à un usage normal de la chose. Ainsi, dans un arrêt en date du 3 juillet 1996, la première Chambre civile de la Cour de cassation a prononcé la nullité de la cession d'un fonds de commerce pour vice caché, celui-ci étant caractérisé par l'incapacité de l'officine de pharmacie objet de la vente de « produire le chiffre d'affaires trompeur annoncé »²⁸⁷, c'est-à-dire un défaut de rentabilité économique.

Dans ces hypothèses, la réponse du législateur varie toutefois. Le vice caché dans la vente entraîne la restitution ou la restitution du prix, alors que dans le bail il ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts. Dans cette seconde option toutefois, les dommages-intérêts viennent indirectement réduire le montant du loyer.

Telle est la réception de la valeur d'usage au sens strict du terme réalisée par le Code civil. Celui-ci réalise également une appréhension de valeurs d'usage plus particulières.

II. VALEURS D'USAGE SPECIALES

L'appréhension juridique de la valeur d'usage s'avère plus délicate face à des valeurs d'usage particulières : l'artistique, le sacré, le culturel... Le mécanisme estimatoire évoqué précédemment est inapplicable à ces valeurs, instables et imprévisibles (A.) Si ces valeurs d'usage particulières peuvent sembler négligées par le droit, celui-ci compose en réalité avec leurs particularités afin de leur offrir un régime juridique plus adapté, en proposant tout un ensemble de règles éparpillées, toutefois souvent sans rapport avec le prix (B.).

²⁸⁷ Cass. civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, n° 94-16.196, *Bull. civ.* I, n° 290, p. 202, *JCP E* 1997.II.1021, note F. MONEGER.

A. *L'inestimable valeur d'usage*

Certains biens tirent leur valeur non pas des critères classiques arrêtés par les économistes – utilité, rareté, travail – mais d'autres fondements plus subjectifs. Chacun adoptera sa propre grille d'appréciation pour ce type de bien, ce qui rend leur valeur économique particulièrement difficile à estimer.

40. Valeur sentimentale. – La valeur sentimentale est l'importance accordée à des objets du passé rappelant des souvenirs, heureux ou non, des personnes, des lieux ou des événements. En plus de valeur économique, les biens peuvent ainsi avoir ce que Demogue appelle une « valeur morale »²⁸⁸. Le bien est précieux, non pas nécessairement du fait d'une forte valeur économique, mais parce qu'il procure une émotion à son propriétaire, souvent, mais pas toujours, en lien avec son histoire familiale. Ainsi, « chez le bijoutier, il fait l'objet d'un prix et – pour justifier celui-ci – d'appréciations verbales quant à sa qualité, mais sans attachement particulier : il est encore interchangeable (...). Mais dans le coffret à bijoux de sa détentrice, le voilà devenu sans prix (...), objet d'un attachement fait de conscience de sa beauté et de son prix en même temps que de lien affectif avec les personnes qui l'ont offert ou légué »²⁸⁹. De même, quoi qu'en dise l'Argus, la voiture accidentée de James Dean n'est pas sans valeur pour un admirateur de l'acteur²⁹⁰ : ce qui, pour beaucoup, n'est rien d'autre qu'un déchet est considéré comme un objet de collection par certains²⁹¹. En témoignent ainsi les dix-neuf chapeaux dont l'appartenance à Napoléon a été authentifiée : un exemplaire se serait vendu aux enchères pour la somme de 1,9 million d'euros²⁹², alors qu'il ne s'agit, après tout, que d'un chapeau usé et démodé.

La caractéristique de la valeur sentimentale est donc sa variabilité selon le sujet, sans aucune explication rationnelle, ce qui la rend imprévisible : il est impossible d'expliquer rationnellement le désintéressement de l'enfant à l'égard d'une poupée, mais l'attachement profond de celui-ci à l'égard de son ours en peluche, forme infantile du fétiche²⁹³.

²⁸⁸ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales de droit privé. Essai critique*, Arthur Rousseau, 1911, p. 179.

²⁸⁹ N. HEINICH, *Des valeurs : une approche sociologique*, Bibliothèque des sciences humaines, Gallimard, 2017, p. 148.

²⁹⁰ A. BERNARD, « L'estimation », in *Les exigences en matière de prix*, F. FERRIER (dir.), *JCP E, Cah. dr. Entr.*, 1997, n° 4/5, p. 30.

²⁹¹ L. BOLTANSKI et A. ESQUERRE, « La "collection", une forme neuve du capitalisme », *Les temps modernes*, 2013, n° 679, p. 5-72.

²⁹² N. HEINICH, *Des valeurs : une approche sociologique*, *op. cit.*, p. 147.

²⁹³ N. HEINICH, *Des valeurs : une approche sociologique*, *op. cit.*, p. 148.

41. Valeur sacrée. – Le sacré s’oppose au profane et peut être défini comme ce qui appartient à un domaine séparé, inviolable et qui fait l’objet d’un sentiment de révérence religieuse²⁹⁴. À l’instar du sentimental, le bien sacré est estimé pour des raisons personnelles, non pas liées cette fois à des souvenirs, mais à des croyances, religieuses ou idéologiques. Chacun ayant ses propres croyances et idéologies, il est difficile d’établir des critères permettant de pallier la variabilité de la valeur révéérée.

42. Valeur artistique. – Certains objets trouvent de l’importance, car ils sont admirés en tant qu’œuvre d’art. Il s’agit de biens originaux, qualifiés d’uniques, indestructibles et insubstituables par les économistes²⁹⁵ et écartés de ce fait de leurs théories économiques, car n’ayant ni équivalent ni concurrent. Leur prix découlerait, selon les économistes, de la confrontation entre une demande capricieuse et une offre rigide²⁹⁶. L’objet d’art incarnant la rareté par excellence, son prix ne pourrait ainsi qu’être élevé, en particulier en matière d’art ancien du fait de la fixité de l’offre²⁹⁷. La valeur d’une œuvre artistique ne provient toutefois pas uniquement de sa matérialité, sinon comment expliquer qu’un tableau de maître coûte bien plus cher que l’excellente copie réalisée par un amateur ? Cette valeur invisible fait que l’une des œuvres est qualifiée de « tableau », l’autre non²⁹⁸. La possession des œuvres d’art apporte en effet des satisfactions d’ordre psychologique²⁹⁹.

Mais l’art n’est toutefois pas aussi irrationnel que le sentimental ou le sacré, et quelques critères guidant l’estimation peuvent être identifiés³⁰⁰. Le coût du matériel et la technique

²⁹⁴ V. « sacré » in *Le Petit Robert*, 2018, p. 2289.

²⁹⁵ C. TALON-HUGON, « Valeur et esthétique, valeur marchande », *Philosophique*, janvier 2004, n° 7, p. 63. V. en ce sens D. RICARDO, *Des principes de l’économie politique et de l’impôt*, Calmann-Lévy, coll. Perspectives de l’économie. Les Fondateurs de l’économie, 1970 [1817], p. 13 – K. MARX, *Le capital*, t. III, Editions sociales, 1960, p. 25 – J. STUART MILL, *Principes d’économie politique avec quelques unes de leurs applications à l’économie sociale*, t. I, Dalloz, 1953, p. 210. La théorie de la valeur travail n’est en effet applicable qu’aux biens reproductibles. V. *contra* N. MOUREAU, *Analyse économique de la valeur des biens d’art. La peinture contemporaine*, Economica, coll. Approfondissement de la Connaissance Economique, 2000 – B. ROUGET, D. SAGOT-DUVAUROUX et S. PFLIEGER, *Le marché de l’art contemporain en France: prix et stratégies*, Documentation Française, Collection du Département des Etudes et de la Prospective du Ministère de la Culture et de la Communication, 1992

²⁹⁶ N. MOUREAU, *Analyse économique de la valeur des biens d’art. La peinture contemporaine*, *op. cit.*, p. 2.

²⁹⁷ Y. GAILLARD, *Le marché de l’art français aux enchères*, Economica, 2000, p. 64.

²⁹⁸ Y. KLEIN, « L’Aventure monochrome » (1959) in *Le Dépassement de la problématique de l’art et autres écrits*, ENSBA, 2003, p. 235 ; cité par S. CRAS, « De la valeur de l’œuvre au prix du marché : Yves Klein à l’épreuve de la pensée économique », *Marges*, octobre 2010, n° 11, p. 29.

²⁹⁹ Y. GAILLARD, *Le marché de l’art français aux enchères*, *op. cit.*, p. 66.

³⁰⁰ Depuis la disparition de la hiérarchie des genres de l’Académie du XIX^e siècle, peu importe le sujet choisi. Le temps de travail n’est pas non plus pris en compte. Une nature-morte peinte en quelques heures peut ainsi avoir une valeur bien plus importante qu’une scène mythologique, ayant nécessité plusieurs années de travail. Une citation attribuée au peintre Auguste Renoir illustre le propos : « ce dessin m’a pris cinq minutes, mais j’ai mis soixante ans pour y arriver ».

employée rentrent ainsi en ligne de compte, certains matériaux étant plus coûteux ou plus complexes à manipuler : une peinture à l'huile aura ainsi une valeur plus élevée que sa jumelle réalisée à l'aquarelle³⁰¹. Intervient ensuite le contexte dans lequel l'artiste évolue³⁰². Constituent également des paramètres déterminants, le diplôme d'une grande école d'art, la participation à des expositions collectives, la réalisation d'expositions personnelles, les articles de presse ou de livres consacrés à l'artiste... Certains artistes exposés en galerie bénéficient enfin d'une cote permettant de déterminer plus facilement la valeur de l'œuvre, allant ainsi vers un « marché de notoriété »³⁰³, lequel varie selon la zone géographique concernée, le marché de l'art n'étant pas le même à Paris ou à Tokyo. Le dernier critère est finalement le plus subjectif : la valeur du travail de l'artiste, le talent. Comme tout jugement de valeur, il convient de comparer l'œuvre à une référence d'excellence, laquelle a varié au cours des époques : il est certain que, fut un temps, le chien fleuri de Jeff Koons ou les araignées de Louise Bourgeois n'auraient pas enchanté l'Académie des Beaux-Arts. C'est finalement « toute la question du je ne sais quoi, de cette grâce ineffable (...), voire proprement indicible, qui fait tout l'attrait (...) d'une œuvre »³⁰⁴. Si pour les œuvres anciennes, l'estimation de leur valeur artistique est relativement aisée, elle reste dominée par l'incertitude dans l'offre d'art contemporain³⁰⁵. Le prix de l'art dépend donc en partie de facteurs inesthétiques prévisibles, mais l'impact du subjectif reste important, de sorte qu'il sera toujours difficile d'anticiper le succès d'une œuvre³⁰⁶, faisant ainsi de l'investissement dans une œuvre d'art une véritable « loterie »³⁰⁷.

³⁰¹ Mais le critère de la matérialité s'avère rapidement insuffisant, car, hormis les œuvres à vocation purement décorative, les qualités d'une œuvre d'art sont davantage immatérielles (v. en ce sens B. ROUGET, D. SAGOT-DUVAUROUX et S. PFLIEGER, *Le marché de l'art contemporain en France: prix et stratégies*, Documentation Française, Collection du Département des Etudes et de la Prospective du Ministère de la Culture et de la Communication, 1992, p. 15).

³⁰² Les œuvres réalisées par un illustre inconnu auront moins de chance de se vendre que celles d'un « fils de ». Si le réseau a un rôle à jouer dans la détermination de la valeur artistique, le critère majeur reste la renommée de l'artiste. Comme les magnats de l'immobilier, les amateurs d'art recherchent souvent la spéculation, la notoriété de l'artiste pouvant à ce titre constituer une garantie de succès. À titre d'exemple, le 18 mai 2017, un tableau sans titre du peintre américain Jean-Michel Basquiat est devenu l'un des tableaux les plus chers du monde en étant adjugé 110,5 millions de dollars lors d'une vente aux enchères chez Sotheby's. À l'origine vendu pour 19.000 dollars en 1984, le tableau avait été estimé à 60 millions de dollars.

³⁰³ N. MOUREAU, *Analyse économique de la valeur des biens d'art. La peinture contemporaine*, op. cit., p. 79 et s.

³⁰⁴ G. BOUCHAT, « Le soubassement esthétique de l'art dans les discours esthétiques du XVIII^e siècle », in *L'art en valeurs*, R. DEKONINCK et D. LORIES (dir.), L'Harmattan, 2011, p. 104.

³⁰⁵ R. MOULIN, *De la valeur de l'art: recueil d'articles*, Flammarion, coll. Série Art, histoire, société, 1995, p. 209.

³⁰⁶ Il peut être intéressant à ce titre de citer l'exemple du roman *La vie devant soi*, de l'écrivain français Romain Gary, publié en 1975 sous le pseudonyme d'Emile Ajar et ayant obtenu le prix Goncourt la même année. Cette œuvre a donc vu sa valeur artistique reconnue sans profiter de la notoriété du nom de son auteur, ce qui démontre sa qualité.

³⁰⁷ Y. GAILLARD, *Le marché de l'art français aux enchères*, op. cit., p. 67. Pour l'auteur, « citer le cas d'une œuvre de David Hockney, achetée 200 dollars en 1961 et vendue 2,5 millions de dollars en 1995, n'a guère plus de

Le mécanisme du marché de l'art perturbe d'autant plus l'appréciation de la valeur. Dans un premier temps, le premier marché, l'œuvre provient directement de l'atelier de l'artiste. Le prix, en tant qu'estimation de la valeur, résulte alors directement d'un accord entre l'artiste et l'acquéreur, un particulier ou un galeriste. C'est donc l'artiste lui-même, guidé par le galeriste, qui estime la valeur de son travail. Certes, la cote de l'artiste est un indicateur, mais la pertinence de celui-ci peut être remise en question du vivant de l'artiste, d'autant plus si celui-ci a produit un grand nombre d'œuvres. L'œuvre acquise en salle des ventes est quant à elle issue du second marché, où le prix est déterminé par le jeu des enchères. Toutefois, il est possible de s'interroger sur le point de savoir si ce mode de détermination du prix très particulier qu'est l'adjudication permet une estimation exacte de la valeur³⁰⁸.

Il convient toutefois de relever que certains œuvres, les « chefs d'œuvres » sont définitivement soustraits du marché et ne peuvent dès lors faire l'objet d'un prix. C'est le cas de la Joconde : « elle n'a pas de prix, mais elle possède une valeur artistique, patrimoniale, historique, culturelle, émotionnelle. Cette valeur serait susceptible de se traduire par un prix exorbitant, mais ce prix est inexistant »³⁰⁹.

43. Valeur culturelle, patrimoniale. – La notion de valeur patrimoniale, au sens culturel du terme, est également malaisée à définir,³¹⁰ car la culture est en elle-même un concept évolutif³¹¹. Il est possible d'affirmer, de manière simpliste, qu'il s'agit de la valeur accordée à certains biens, souvent des œuvres d'art, du fait de leur ancienneté, ces derniers constituant un lien avec l'histoire et le passé. Compte tenu de leurs spécificités, ces biens voient leur valeur culturelle primer leur valeur économique et font l'objet d'une protection particulière. La valeur culturelle doit être distinguée de la valeur sentimentale, car, malgré la réminiscence dont elle se trouve être le siège, la valeur patrimoniale ne rappelle pas de souvenirs, heureux ou malheureux, dans lequel le sujet se trouve personnellement impliqué : c'est la société en son entier qui est chargée d'un devoir de mémoire. Si l'artistique recoupe pareillement le culturel,

signification que d'évoquer le cas d'un joueur qui a gagné le tiercé ; ce qu'il faudrait prendre en considération, c'est l'ensemble des dépenses faites par l'agent ».

³⁰⁸ L'excitation qui résulte du jeu des enchères, parfois jusqu'à des montants exorbitants, se révèle finalement être le reflet du « je ne sais quoi » faisant le succès d'une œuvre.

³⁰⁹ J.-P. WARNIER, « Les politiques de la valeur », *Sociétés politiques comparées. Revue européenne d'analyse des sociétés politiques*, n° 4, avril 2008 ; cité par N. HEINICH, *Des valeurs : une approche sociologique*, op. cit., p. 146.

³¹⁰ A propos du problème de qualification des biens culturels, v. M. CORNU, *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 318 – C. SAUJOT, « Biens culturels et droit civil. Problème de qualification », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 79.

³¹¹ Pour une définition de la culture, v. J. et FR. CHATELAIN, *Œuvres d'art et objets de collection en droit français*, Berger-Levrault, 1990, p. 11.

ce recoupement n'est toutefois que partiel puisqu'appartiennent au patrimoine culturel des biens artistiques, auxquels la société a accordé un autre qu'esthétique : un rôle politique³¹², d'héritage mémoriel.

44. Biens dépourvus de valeur. – Certains biens n'ont que peu de valeur, voire pas du tout. L'exemple type est celui du déchet ou de l'épave. Sont souvent également invoqués à ce titre les éléments, comme l'eau ou l'air, au motif qu'ils sont extrêmement abondants. Il est en réalité erroné de tenir de tels propos, car ces biens peuvent faire l'objet d'une estimation économique. Celle-ci sera sans doute très faible, mais compte tenu des pénuries d'eau à venir et des menaces écologiques qui pèsent sur les écosystèmes, il y a fort à parier que le prix de l'eau s'envole.

Finalement, les critères d'utilité, de rareté ou de travail dégagés par les économistes ne fournissent pas une explication suffisante à l'importance accordée à tout ce qui entoure l'homme. Il est parfois impossible de prédire ce qui fera l'objet d'affection ou connaîtra du succès, d'autant que certains biens réunissent parfois ces multiples types de valeur : la maison chérie de l'enfance (valeur sentimentale) peut avoir été dessinée par un architecte de renom (valeur artistique), il y a plusieurs siècles de cela (valeur patrimoniale), mais être aujourd'hui abandonnée (valeur nulle). Dès lors, il s'avère d'autant plus délicat d'accorder un prix à ces valeurs particulières, fortement subjectives et il sera difficile au droit d'établir des règles relatives à leur estimation. Si ces valeurs d'usage sont bien encadrées par le droit, elles sont toutefois affranchies de l'idée même de prix.

B. La valeur d'usage affranchie du prix

Les valeurs d'usage particulières que constituent le sentimental, le sacré et l'artistique ne sont pas ignorées par le droit, bien que leur estimation difficile entrave le travail du législateur. Celui-ci a finalement proposé un régime éclaté, totalement déconnecté de la notion de prix.

45. Appréhension ponctuelle et subjective de la valeur sentimentale. – La valeur sentimentale est difficile à appréhender rationnellement. L'assureur Allianz avait ainsi proposé en 2010 un programme « Mes objets de cœur » permettant d'assurer jusqu'à trois biens et permettant leur indemnisation à hauteur de 150 euros, en plus de leur valeur réelle au moment

³¹² A. HERITIER, *Genèse de la notion juridique de patrimoine culturel. 1750-1816*, L'Harmattan, coll. Droit du patrimoine culturel et naturel, 2003, p.14.

de leur disparition. Allianz a donc procédé à sa propre estimation de la valeur sentimentale, de manière forfaitaire.

La valeur sentimentale n'est pas inconnue du droit, bien que l'appréhension réalisée par celui-ci ne soit que ponctuelle. Il s'agit du prix « affectif » d'un bien³¹³. La jurisprudence a ainsi créé des régimes dérogatoires au droit des biens concernant les bijoux et les souvenirs de famille³¹⁴. L'appréciation de la qualité de « bijou de famille » relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, ces derniers tenant compte notamment de la valeur sentimentale du bijou et des circonstances de la remise. Les biens ainsi qualifiés bénéficient d'un régime dérogatoire au droit commun³¹⁵, obéissant au régime du prêt à usage comme prévu à l'article 1875 du Code civil. La valeur sentimentale vient de ce fait infléchir le droit de propriété, « l'enjeu étant ici d'empêcher un bien de quitter de façon trop aisée le patrimoine familial³¹⁶ ».

Aux côtés de la catégorie des bijoux de famille existe celle des souvenirs de famille. Sont des souvenirs de famille les biens qui, selon la jurisprudence, disposent d'une valeur morale ou symbolique importante pour la famille, étant étroitement rattachés à celle-ci et témoignant de son histoire ou lui appartenant de longue date. Il semblerait finalement qu'un bien ne puisse appartenir à la catégorie des « souvenirs de famille » qu'à condition de présenter « une valeur avant tout morale, l'emportant sur toute valeur vénale »³¹⁷. Plus la valeur économique augmente, plus la valeur sentimentale devra être élevée afin d'obtenir la qualification de « souvenir de famille »³¹⁸. Une fois cette qualification attribuée, le bien échappe aux règles de dévolution successorale prévue par le Code civil³¹⁹. Le débat doctrinal

³¹³ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Les pérégrinations d'une bague de fiançailles », *Droit de la famille* n° 2, 2008, comm. 23.

³¹⁴ Les souvenirs de famille peuvent être définis comme « les objets qui ont une valeur morale à raison de ce qu'ils sont, soit un souvenir d'un membre de la famille décédée, soit d'une marque de sa gloire ou de sa notoriété ou des honneurs dont il fut l'objet, soit un témoignage de son activité dans les lettres ou les arts, soit un rappel de ses amitiés » (D. LINDON, *Les droits de la personnalité*, Dalloz, 1974, n° 394, p. 225. V. également J. AUDIER, *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1996, n° 256, p. 288).

³¹⁵ Ils ne peuvent être donnés à des tiers (concubine, fiancée ou épouse), mais leur sont simplement remis à charge de restitution, en cas de rupture des fiançailles ou de divorce (v. en ce sens Cass. civ. 1^{re}, 23 mars 1983, n° 82-12526, *Bull. civ. I*, n° 111, *D.* 1984, p. 81) et leur don à un tiers à charge de restitution (v. en ce sens Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 1961, *Bull. civ. I*, n° 326 ; Cass. civ. 1^{re}, 23 mars 1983, *Bull. civ. I*, n° 111, n° 326 – H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, 13^e éd. Dalloz, 2015, n° 93, p. 520) ; Cass. civ. 1^{re}, 30 oct. 2007, n° 05-14258).

³¹⁶ F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, LGDJ, 2002, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 377, n° 325, p. 245.

³¹⁷ Cass. civ. 1^{re}, 21 févr. 1978, *D.* 1978. 505, note R. LINDON ; *JCP* 1978. II. 18836 concl. GULPHE ; *RTD Civ.* 1978. 900, obs. R. SAVATIER.

³¹⁸ F. MONAMY, « Les souvenirs de famille. Des biens au service de la mémoire », *VMF* 2009, n° 229.

³¹⁹ Contrairement au reste de l'actif successoral, le souvenir de famille ne sera pas dévolu à un héritier en particulier, mais restera la propriété, par exception à l'article 815 du Code civil, indivise de la famille et donc exclu de toute appropriation individuelle. Le souvenir restera entre les mains d'un dépositaire, potentiellement désigné

est ici de déterminer si le droit de propriété individuel est ici grevé d'une affectation familiale³²⁰ ou entièrement exercée par la famille³²¹.

Un régime similaire peut être appliqué aux sépultures, lesquelles connaissent depuis toujours un régime juridique très particulier, ne pouvant « être considérées comme ayant une valeur appréciable en argent »³²². De ce fait, elles ne sont pas soumises aux règles classiques en matière de propriété et ne peuvent faire l'objet de convention à titre onéreux³²³ : vente³²⁴, saisie³²⁵, partage³²⁶. Ce régime particulier, résultant de l'affectation familiale perpétuelle, fait de la concession funéraire une copropriété de type archaïque, inaliénable et impartageable, appartenant à tous les membres successifs de la famille³²⁷.

Si le droit reconnaît ainsi ponctuellement une valeur morale et non patrimoniale à ces biens particuliers ni les bijoux ni les souvenirs de famille et les sépultures ne bénéficient pour autant de définition légale. Les critères permettant de déterminer l'appartenance à ces catégories de biens dérogatoires du droit commun sont par ailleurs très subjectifs et casuistiques. Il ne s'agit donc que d'une prise en compte ponctuelle et exceptionnelle de la valeur sentimentale par le droit, lequel reste finalement désemparé devant l'irrationalité de cette estimation.

46. Le sacré ignoré par le droit. – En France, l'influence du sacré religieux en tant que valeur économique est difficilement appréciable, car depuis 1905, la propriété de la majorité des lieux et objets de culte relève du domaine public³²⁸, bien que ceux-ci restent affectés à l'exercice du culte. Ces lieux de culte sont donc soumis aux règles du droit public et notamment

par le *de cujus*. A noter toutefois que les immeubles sont exclus de la qualification des souvenirs de famille (v. en ce sens F. TERRE, C. GOLDIE-GENICON et D. LASZLO-FENOUILLET, *Droit civil : la famille*, Dalloz, 9^e éd., 2018, n° 45, p. 39), si bien que la valeur sentimentale qu'ils peuvent susciter, en plus d'une valeur économique parfois importante, n'est pas prise en compte par le droit.

³²⁰ J.-J. BARBIERI, « Les souvenirs de famille, mythe ou réalité », *JCP* 1984, I, 3156 – S. GUINCHARD, *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 145, 1976, n° 174 et s., p. 147 et s.

³²¹ R. SAVATIER, « Une personne méconnue, la famille en tant que sujet de droit », *D.* 1939, chron. 49 – M. REYNAUD-CHANON, « Les souvenirs de famille, une étape vers la reconnaissance de la personnalité morale de la famille », *D.* 1987, chron. 264.

³²² Cass. req. 23 janv. 1894, S. 1894, I, p. 315 ; *Gaz. Pal.*, 1894, 1, p. 201.

³²³ G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.* 2000, p. 47.

³²⁴ Trib. civ. Lyon, 30 juin 1877, *DP* 1878, 3, p. 88.

³²⁵ Trib. civ. Seine, 24 déc. 1856, *DP* 1858, 3, p. 53.

³²⁶ Trib. civ. Seine, 16 avr. 1912, *DP* 1912, 5, p. 20.

³²⁷ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^e éd., coll. Droit fondamental Classiques, PUF, 2008, n° 27, p. 68.

³²⁸ En effet, depuis la loi de séparation de l'Eglise et de l'Etat de 1905, il n'existe plus de service public, ni d'établissement public de culte. A cette date, la propriété de tous les biens religieux, meubles ou immeubles, a été transférée à des associations culturelles dite « loi de 1905 ». Les catholiques ayant refusé de constituer de telles associations sous injonction pontificale la propriété des lieux de cultes catholique fut transférée à l'Etat et tomba ainsi dans le domaine public.

aux principes d'inaliénabilité et d'insaisissabilité du domaine public. Par nature inestimable du fait de sa haute subjectivité, le sacré est donc d'autant plus déconnecté de la réalité qu'il appartient souvent au domaine public. Il n'est pas dans la nature des choses sacrées et religieuses d'entrer dans le commerce civil³²⁹. Mais cela n'a pas toujours été le cas, comme en témoigne le commerce hautement lucratif des reliques qui eut lieu au Moyen-âge.

47. Prise en compte éclatée et discrète de la valeur artistique par le droit. – L'œuvre d'art est largement appréhendée en elle-même par le droit, et notamment le droit de la propriété intellectuelle. La valeur artistique s'avère finalement être la valeur « inestimable » la mieux appréhendée par le droit. Elle est tout d'abord visée en creux par l'article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle, cette disposition prohibant la cession globale d'œuvres futures, le but étant de protéger le contractant qui ignorerait la valeur future de ces œuvres.

Plus subtilement, la valeur artistique est également appréhendée par le droit à travers la question de l'authenticité des œuvres d'art. Le droit semble de prime abord se détourner de la valeur artistique, malgré son importance économique considérable, car « l'erreur sur la valeur artistique d'une œuvre n'est jamais une erreur substantielle »³³⁰. Or, seule l'erreur sur une qualité essentielle peut donner lieu à la nullité du contrat sur le fondement de l'article 1132 du Code civil. L'erreur sur la valeur artistique est réduite à une erreur sur la valeur classique, c'est-à-dire une appréciation économique erronée³³¹, effectuée à partir de données exactes, laquelle ne peut, en vertu de l'article 1136 du Code civil, entraîner la nullité du contrat. Ainsi, sera débouté de ses prétentions le requérant qui invoque la nullité pour erreur, car il aurait attribué la mauvaise cote à un artiste et aurait de ce fait accepté un prix trop faible.

Mais si le droit délaisse la valeur artistique, il s'intéresse toutefois à d'autres paramètres³³², comme l'authenticité. Bien que la jurisprudence continue d'affirmer que « l'erreur sur l'authenticité du tableau (...) est une erreur sur la substance et non une simple erreur sur la valeur »³³³, la prise en compte de l'authenticité dans l'appréciation de l'erreur entraîne une appréhension discrète et ponctuelle de la valeur artistique par le droit. La

³²⁹ I. MOINE, *Les choses hors commerce: une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 271, 1997, n° 43, p. 42.

³³⁰ E. GAIRAL, *Les œuvres d'art et le droit*, Paul Legendre, 1900, p. 375.

³³¹ J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, LGDJ, 1962, n°s 69 et s., p. 74 et s.

³³² M. Eugène Gairal cite ainsi « 1. l'antiquité de l'œuvre, -2. son origine, l'authenticité de la signature, l'exactitude de l'attribution, à défaut de la signature ; -3. le sujet représenté, l'identité des personnages dans un portrait ; -4. le caractère de l'œuvre originale, ou de répétition faite par l'auteur, et de non de simple copie faite par un autre ; -5. le véritable état d'une épreuve, pour une gravure qui a été publiée dans différents états successifs ; -6. la matière, dans certains cas » (v. E. GAIRAL, *Les œuvres d'art et le droit*, Paul Legendre, 1900, p. 374).

³³³ Paris, 28 juin 2001, n° 1997/00740, *BICC* 15 janv. 2002, n°63 ; *Gaz. Pal.* 2002. Somm. 565, obs. VRAY.

jurisprudence considère en effet qu'il est possible d'obtenir la nullité du contrat pour erreur sur la substance au sens de l'article 1132 du Code civil en cas de défaut d'authenticité de l'œuvre d'art³³⁴. La notion d'authenticité de l'œuvre d'art bénéficie d'une définition légale contraignante³³⁵, entraînant la mise en œuvre d'une forme de garantie dès lors qu'un défaut d'authenticité est constaté. Ainsi, « la mise en vente sans réserve d'une œuvre d'art portant une signature constitue une affirmation d'authenticité, ce qui exclut le caractère aléatoire du contrat »³³⁶. Le défaut d'authenticité est donc très largement entendu, car un simple doute quant à l'exactitude des mentions contractuelles figurant dans le catalogue de la vente aux enchères suffit pour obtenir la nullité³³⁷, entraînant une certaine automaticité de la sanction de l'erreur³³⁸. La Cour de cassation est toutefois venue nuancer cette conception réductrice de l'erreur sur la substance, conduisant à une automaticité de la sanction³³⁹. Or, l'authenticité de l'œuvre influe sur la valeur de celui-ci, car la notoriété de l'artiste est l'un des critères prépondérants dans l'appréciation de la valeur artistique : l'authenticité confère la valeur. Que le tableau ait été peint par l'École des Carrache ou par Nicolas Poussin est lié à la substance de l'œuvre. Mais cette incertitude exerce également une influence sur la valeur de l'œuvre : un authentique Poussin vaut plus, économiquement, qu'un tableau de l'École des Carrache³⁴⁰. En se méprenant quant à la paternité d'une œuvre, l'*errans* commet donc à la fois une erreur sur la substance et

³³⁴ V. en ce sens : Lyon, 18 mars 1931, *DP* 1933. 2. 25, note M. WALINE ; Cass. civ. 1^{re}, 23 févr. 1970, n° 68-13.563, *Bull. civ. I*, n° 66, p. 52, *D.* 1970. 604, note ETESSE ; *JCP* 1970. II. 16347, note P. A. ; *RTD Civ.* 1970. 751, obs. Y. LOUSSOUARN ; Paris, 3 janv. 1974, *Gaz. Pal.* 1974. 2. 708 ; Paris, 7 mai 2001, n° 2000/12305, *D.* 2001, IR 1852 ; *Gaz. Pal.* 2001. 1208, concl. B. GIZARDIN ; *LPA* 7 déc. 2001, note D. THIEL ; *ibid* 4 avr. 2002, note C. LACHIEZE.

³³⁵ Décret n° 81-355 du 3 mars 1981 sur la répression des fraudes en matière de transaction d'œuvres d'art et d'objet de collection, modifié par le décret n°2001-650 du 19 juillet 2001.

³³⁶ Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 1995, n° 93-11418, *Bull. civ. I*, n° 401, p. 279 ; *D.* 1995, IR 266 ; *JCP* 1995, IV, 2770 ; *Gaz. Pal.* 1996, 1. pan 176 ; *Defrénois* 1996. 1016, obs. D. MAZEAUD ; *RTD Civ.* 1997. 113, obs. J. MESTRE ; Cass. civ. 1^{re}, 3 avril 2002, *Bull. civ. I*, n° 111. V. également : Cass. civ. 1^{re}, 3 avril 2002, n° 99-16.444, *Bull. civ. I*, n° 111, p. 86 – Cass. civ. 1^{re}, 15 nov. 2005, n° 03-20.597, *Bull. civ. I*, n° 412, p. 344 ; *CCC* 2006, n° 44, obs. L. LEVENEUR ; *D.* 2006 1116, note A. TRICOIRE ; *JCP* 2006, II, 10092, note J. ICKOWICZ.

³³⁷ Cass. civ. 1^{re}, 22 fév. 1978, n° 76-11551, *Bull. civ. I*, n° 74, p. 62, *D.* 1978, p. 601, obs. Ph. MALINVAUD ; *RTD Civ.* 1979, p. 126, obs. Y. LOUSSOUARN : « sans rechercher si, au moment de la vente, le consentement des vendeurs n'avait pas été vicié par leur conviction erronée que le tableau ne pouvait pas être une œuvre de Nicolas Poussin » ; Cass. civ. 1^{re}, 13 déc. 1983, n° 82-12237, *Bull. civ. I*, n° 293 ; *D.* 1984, 340, note J.-L. AUBERT ; *JCP* 1984. II. 20186 ; *RTD Civ.* 1984, 109 obs. F. CHABAS.

³³⁸ F. LABARTHE, « La valeur contractuelle du catalogue des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques », *D.* 2011, n° 26, p. 1779.

³³⁹ Cass. civ. 1^{re}, 20 oct. 2011, n° 10-25980, *Bull. civ. I*, n° 173 ; *D.* 2012, p. 76, note LABARTHE ; *D.* 2012, Pan. 459, note S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; *JCP* 2011, n° 1350, note Y.-M. SERINET ; *Gaz. Pal.* 2011, 3396, note PAGES ; *RDC* 2012, p. 54, note GENICON. La première Chambre civile a estimé que la mention « accidents et restaurations » sur une table époque Louis XVI faisait obstacle à l'annulation de la vente pour erreur sur la substance en cas de transformation, et non de simple restauration, datant du XIX^e siècle.

³⁴⁰ V. Cass. civ. 1^{re}, 22 février 1978, *ibid*.

sur la valeur, l'erreur sur la valeur étant la conséquence de l'erreur sur la substance³⁴¹. Toujours est-il qu'en admettant la nullité de la vente pour erreur sur la substance pour défaut d'authenticité de l'œuvre d'art, la jurisprudence a diminué le domaine de l'erreur directe sur la valeur³⁴².

En matière de dol, la nullité pour erreur sur la valeur est accueillie sans difficulté³⁴³, et ce notamment lorsque celle-ci découle d'une réticence dolosive de la part de l'acquéreur. Le lien entre l'authenticité et la valeur artistique est explicité dans l'arrêt dit « Baldus »³⁴⁴. Dans cette affaire, un particulier avait vendu aux enchères publiques cinquante photographies d'un artiste dont il ignorait la notoriété. Il retrouva l'acquéreur trois ans plus tard et lui vendit soixante-quinze autres photographies, au même prix. Réalisant qu'il s'agissait d'œuvres d'un artiste renommé, le vendeur demanda la nullité de la seconde vente pour dol. L'acquéreur, au fait de la notoriété du photographe et, par conséquent, de la véritable valeur économique des photographies, aurait dû en informer le vendeur. Ainsi, la cour d'appel a estimé que « par sa réticence à lui faire connaître la valeur exacte des photographies, M. Z... a incité Mme Y... à conclure une vente qu'elle n'aurait pas envisagée dans ces conditions », commettant de ce fait une réticence dolosive au sens de l'article 1116 du Code civil. Mais la première Chambre civile a estimé ici qu'« aucune obligation d'information ne pesait sur l'acheteur ». Du point de vue de la question de la valeur, la première Chambre civile ne remet toutefois pas en cause la distinction opérée par la cour d'appel³⁴⁵ selon laquelle l'acquéreur « contractait à un prix dérisoire par rapport à la valeur des clichés sur le marché de l'art ». En distinguant le prix de la valeur artistique, la Cour de cassation reconnaît l'influence de la notoriété de l'artiste sur celle-ci.

48. La valeur patrimoniale protégée par le droit. – Le droit connaît très largement la valeur patrimoniale, comme en témoigne la codification à droit constant opérée par le Code du patrimoine en 2004. S'est tout d'abord posée la question de la définition juridique du patrimoine culturel. La doctrine s'accorde tout au plus pour affirmer que la principale caractéristique des

³⁴¹ J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, op. cit., n° 71, p. 77.

³⁴² G. GOUBEAUX, « A propos de l'erreur sur la valeur », op. cit., p. 389.

³⁴³ Article 1139 du Code civil. V. également, Cass. com. 17 juin 2008, n°07-15.398, *RTD civ.* 2008, p. 671, obs. B. FAGES.

³⁴⁴ Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 2000, n° 98-11.381, *Bull. civ.* I, n° 131, p. 88 ; *JCP* 2000, I, n° 1, obs. LOISEAU ; *JCP G* 2001, II, 10510, note JAMIN ; *JCP E* 2001, p. 1129, note JAMIN et 1578, 1^{ère} esp., note CHAUVEL ; *CCC* 2000, p. 140, note LEVENEUR ; *Deffrénois*, 2000, p. 1110, obs. D. MAZEAUD et Ph. DELEBECQUE, *RTD civ.* 2000, p. 566, obs. MESTRE et FAGES ; *D.* 2002, somm. 928, 1^{ère} esp., obs. TOURNAFOND.

³⁴⁵ CA Versailles, 5 déc. 1997.

biens culturels est « d'être recherchés pour autre chose que leur valeur d'usage »³⁴⁶. Finalement, il était possible de retenir que constitue un bien culturel « dans un État donné, à un moment donné, celui qui a été déclaré comme tel par l'autorité qui a reçu compétence pour le faire »³⁴⁷. Depuis 2004, l'article L. 1 du Code du patrimoine définit ainsi le patrimoine culturel comme étant constitué de « l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété publique ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique. Il s'entend également des éléments du patrimoine culturel immatériel ». À titre d'exemple, les objets estampillés d'un emblème nazi ne peuvent être exhibés en public sous peine d'amende, sauf lors « d'une exposition comportant une évocation historique »³⁴⁸ : c'est l'intérêt historique et, par conséquent, la valeur culturelle de ces biens qui leur permet de bénéficier ponctuellement d'un régime dérogatoire. Le Code du patrimoine précise le régime applicable aux biens reconnus comme appartenant au patrimoine culturel³⁴⁹ au titre duquel figurent les principes d'inaliénabilité³⁵⁰ et d'imprescriptibilité³⁵¹.

De nombreuses règles dérogatoires au droit commun sont ainsi applicables aux biens relevant du patrimoine culturel. Le droit de l'urbanisme leur accorde ainsi un régime spécial³⁵². Ainsi, depuis 2011, l'article R. 111-21 du Code de l'urbanisme permet aux autorités administratives de s'opposer à un projet « de nature à porter atteinte au caractère ou à l'intérêt des lieux avoisinants, aux sites, aux paysages naturels ou urbains ainsi qu'à la conservation des perspectives monumentales ». Par ailleurs, le droit pénal réprime particulièrement le trafic illicite de biens culturels : le fait que l'objet du vol ou du recel soit un bien culturel constitue, depuis 2008, une circonstance aggravante³⁵³ et peut justifier l'établissement d'un mandat d'arrêt

³⁴⁶ V. en ce sens P. LAGARDE, « Rapport général », in *La protection des biens culturels*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XL, Economica, 1989, p. 95 – B. AUDIT, « Rapport français », in *La protection des biens culturels*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XL, Economica, 1989, p. 203.

³⁴⁷ J. CHATELAIN, « Conclusion des journées Henri Capitant », in *La protection des biens culturels*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XL, Economica, 1989, p. 2.

³⁴⁸ Article R. 645-1 du Code pénal.

³⁴⁹ L'appartenance d'un bien au domaine public relève ainsi de deux possibilités : l'identification directe par le législateur (ex : les édifices de culte) ou indirecte, par l'administration, du fait de l'appartenance à une catégorie au contenu indéterminé (ex : les collections des Musées de France, les objets mobiliers appartenant à l'État et classés monuments historiques). Par ailleurs, au-delà du domaine public par détermination de la loi, la jurisprudence a dégagé deux conditions cumulatives permettant de bénéficier du régime de la domanialité publique : la propriété publique du bien et l'affectation à l'utilité publique. Sur ce point, v. F. BIGLIONE, « Domanialité publique et protection des biens culturels », *LEGICOM*, vol. 36, n° 2, 2006, p. 65.

³⁵⁰ Article L. 451-5 du Code du patrimoine culturel.

³⁵¹ Articles L. 212-1, L.451-3, L.621-36, L. 622-13 du Code du patrimoine. L'imprescriptibilité du domaine public s'oppose ainsi au jeu de la prescription acquisitive.

³⁵² V. INSEGUET-BRISSET, « La protection du patrimoine culturel par les règles d'urbanisme », *Revue juridique de l'Ouest*, 2012, n° 1, pp. 117-132.

³⁵³ Article L. 311-4-2 du Code pénal.

européen³⁵⁴. S'agissant par ailleurs de l'un des trafics les plus lucratifs à l'échelle mondiale aux côtés des armes et de la drogue, un organisme particulier de lutte contre celui-ci a été créé en 2009, l'Office central de lutte contre le trafic des biens culturels.

L'existence d'une définition du bien culturel met par ailleurs en lumière un aspect particulier de la protection juridique accordée à ces derniers : l'existence d'un « intérêt ». Or, le droit est le produit d'un environnement culturel qui n'est pas partagé par tous³⁵⁵. En l'absence d'un intérêt, le bien ne sera pas considéré comme « culturel » et ne bénéficiera pas du régime de protection qui lui est rattaché. La détermination de « l'intérêt » se révèle casuistique, à l'instar de celle de la valeur, la frontière entre ce qui suscite l'intérêt ou le désintérêt étant tout aussi subjective.

La valeur patrimoniale n'est finalement envisagée par le droit que d'un œil purement intellectuel, dans une logique de protection, et non comptable, car une grande partie du patrimoine culturel appartient, à l'instar du sacré, au domaine public. Son appréhension juridique par le prisme du prix est impossible. Ce faisant, une telle soustraction s'avère finalement particulièrement protectrice et permet théoriquement la préservation de la valeur du patrimoine grâce aux pouvoirs régaliens.

La valeur d'usage particulière du patrimoine culturel n'est donc pas ignorée du droit. Celui-ci ne se prononce toutefois pas quant à son estimation, se contentant de mettre en place un régime de protection.

49. Biens ayant peu de valeur et le droit. – Les biens à valeur vénale minimale ou nulle ne sont pas ignorés par le droit. Ainsi, le droit de l'environnement définit le déchet comme « tout résidu d'un processus de production, de transformation ou d'utilisation, toute substance, matériau, produit ou plus généralement tout bien meuble abandonné ou que son détenteur destine à l'abandon »³⁵⁶, ainsi que le déchet ultime comme « qui n'est plus susceptible d'être traité dans les conditions techniques et économiques du moment, notamment par extraction de la part valorisable ou par réduction de son caractère polluant ou dangereux »³⁵⁷. Les déchets sont nuisibles et dangereux pour la santé publique, de sorte que le droit, bien que se détournant de la question de l'onérosité, attribue un régime particulier à ce type de bien³⁵⁸. Mais le droit

³⁵⁴ Article L. 694-32 du Code de procédure pénale.

³⁵⁵ Rapport d'activité de 2012 du Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, p. 194.

³⁵⁶ Article L. 541-1, II du Code de l'environnement.

³⁵⁷ Article L. 541-1, III du Code de l'environnement.

³⁵⁸ Les déchets sont classés selon leur origine (ménager ou résultat d'une activité économique) et selon leur dangerosité (dangereux, non dangereux, non dangereux inerte) grâce à la « nomenclature déchets ». Une hiérarchie

ne nie pas leur valeur d'usage particulière : le déchet n'en est pas dépourvu objectivement, il ne l'est que subjectivement à l'égard de son propriétaire qui a décidé de s'en séparer³⁵⁹.

Le droit a également instauré la catégorie des « épaves ». L'épave est un objet perdu par son propriétaire, mais qui, à la différence des choses sans maître, les *res nullius*, demeure la propriété de celui-ci. Elle peut donc être revendiquée par son maître. Le droit des transports opère une application particulière et dérogoire de cette catégorie de biens à valeur nulle. Les navires et engins flottants abandonnés bénéficient ainsi d'un régime particulier³⁶⁰, leur appartenance à la catégorie des épaves ne résultant pas d'une renonciation à la propriété, mais d'un délaissement sans possibilité de retour. Il en va de même pour les épaves aériennes³⁶¹ et terrestres³⁶². Par ailleurs, les biens abandonnés chez un aubergiste, hôtelier ou loueur connaissent également un régime dérogoire au droit commun des biens³⁶³.

À ces différentes catégories doit être rattachée celle du trésor. Si dans le langage courant le mot « trésor » désigne des choses cachées au caractère précieux, le droit ne formule en réalité aucune exigence à ce sujet³⁶⁴. Le trésor n'est ainsi, juridiquement, rien de plus qu'une épave cachée ou enfouie. Il connaît toutefois un régime différent de ces dernières : la propriété en revient en totalité à l'inventeur, ou seulement la moitié s'il n'était pas propriétaire du terrain sur lequel le trésor aura été découvert³⁶⁵. Cette règle dérogoire valorise les efforts de ces derniers et tient ainsi compte de la valeur d'usage particulière que peut représenter le trésor.

Au-delà de l'appréhension de l'usage au sens commun du terme, le droit s'est heurté à des valeurs d'usage particulières, car inestimables. Si un cadre juridique est offert pour chacune d'elles, à l'exception de la valeur sacrée, il ne s'agit que de solutions ponctuelles, réglant des problèmes pratiques. Le droit se reconnaît incompétent quant à l'estimation de la valeur

des modes de traitement a ainsi été établie : préparation en vue de la réutilisation, recyclage, toute autre valorisation, élimination (v. directive européenne n° 2018/851 du 30/05/18 modifiant la directive 2008/98/CE relative aux déchets, *JOUE* n° L 150 du 14 juin 2018).

³⁵⁹ W. DROSS, *Droit des biens*, Dalloz, coll. Précis, 2017, n° 25, p. 34, v. sous note n° 32.

³⁶⁰ Articles L. 5242-17 et L. 5242-18 du Code des transports.

³⁶¹ Ne faisant l'objet d'aucune définition légale, es épaves aériennes peuvent être définies comme « tout objet mobilier corporel susceptible d'une appropriation exclusive, sur lequel ne s'exerce aucun acte de possession, tombé de l'élément aérien et présumé provenir d'un aéronef » (v. E. DU PONTAVICE, *Les épaves maritimes, aériennes et spatiales en droit français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit maritime, fluvial, aérien et spatial, 1961, p. 322, n° 477).

³⁶² Article L. 325-7 du Code de la route.

³⁶³ Loi du 31 mars 1896 relative à la vente des objets abandonnés ou laissés en gage par les voyageurs aux aubergistes ou hôteliers.

³⁶⁴ Bordeaux, 21 mars 1899, S. 1900.II.103 : « il n'y a pas lieu dans le silence de la loi de distinguer si les objets ont une valeur commerciale, leur découverte pouvant offrir un intérêt archéologique ou artistique dont l'estimation est des plus variables. »

³⁶⁵ Article 716 du Code civil.

économique de tels biens et se contente d'offrir un régime de protection, ce qui reste néanmoins révélateur d'une prise en compte certaine de ces valeurs d'usage par le droit. Cette protection juridique, déconnectée de la notion de prix, s'avère en pratique tout à fait satisfaisante, compte tenu de la faible importance du contentieux. Ces valeurs particulières constituent finalement les seules hypothèses dans lesquelles le droit appréhende la valeur d'usage, sans passer par l'intermédiaire que constitue le prix.

Le prisme du prix constitue également un excellent intermédiaire dans l'expression du second visage de la valeur économique : la valeur d'échange.

§2 – Approche juridique de la valeur d'échange

La valeur d'échange constitue la valeur économique d'un bien sur un marché donné. Elle est très souvent assimilée au prix en économie. Pourtant, la définition juridique du prix est bien éloignée de la notion de valeur d'échange. Au sens strict, le prix constitue la somme d'argent versée par l'acquéreur au vendeur. Plus largement, il s'agit de la contrepartie financière d'un contrat à titre onéreux, et non plus seulement du contrat de vente. Doivent alors être assimilés à un prix le loyer dans les baux d'habitation et commerciaux, le fermage dans le bail rural, le salaire dans le contrat de travail, les honoraires dans le contrat d'entreprise, les intérêts dans le prêt. *In fine*, chaque contrat à titre onéreux connaît sa propre version du prix. Il matérialise la somme d'argent que chacun estime être la valeur économique du bien.

Ce prix, entendu largement, incarne donc la valeur d'échange des biens et des services. En effet, « la fixation du quantum de l'obligation monétaire suppose nécessairement la fixation préalable de la valeur d'échange du bien »³⁶⁶. La définition économique laisse entendre que prix et valeur d'échange seraient synonymes. La transposition de cette affirmation en science juridique s'avère doublement erronée. Tout d'abord, s'il reconnaît la valeur d'échange des biens immatériels, admettant ainsi l'existence de la propriété intellectuelle, le droit se refuse pour autant à reconnaître la valeur d'échange de certains biens en particulier, lesquels ont pourtant une valeur économique. Ces biens ont donc une valeur économique certaine, mais pas de prix juridique (I.). De même, la définition économique de la valeur d'échange laisse entendre que toutes les sommes d'argent traduisant une valeur économique constituent un prix. Or, dans certains cas, le droit refuse de voir un prix, préférant le recours à d'autres qualificatifs (II.).

³⁶⁶ M. STOCLET, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, thèse Paris II, 2008, n° 4, p. 4.

I. CHOSSES ARTIFICIELLEMENT DENUÉES DE VALEUR D'ÉCHANGE

« Les biens, par eux-mêmes, n'imposent pas de classifications immuables : (...) le droit, à chaque époque, classe les biens en fonction de la valeur économique ou sociale qui leur est attribuée »³⁶⁷. Aux côtés des distinctions classiques entre les meubles et les immeubles, les biens fongibles et les corps certains, etc. existe une classification plus flottante et plus discrète, laquelle utilise la commercialité³⁶⁸ comme critère déterminant³⁶⁹. Avant toute chose, il convient de préciser qu'en droit, le mot « commerce » ne désigne pas le « marché », comme c'est le cas en économie. Le commerce juridique vise quant à lui « ce qui peut être pris pour objet des volontés »³⁷⁰, « ce qui ne peut être mis en mouvement par elles »³⁷¹. Est ainsi dite « dans le commerce », une chose qui peut faire l'objet d'actes juridiques accomplis par des particuliers. Plus précisément, il s'agit des biens qui peuvent faire l'objet de convention (ancien article 1128 du Code civil), d'usucapion (article 2260), être vendus (article 1598), prêtés à usage (article 1878) ou grevés d'hypothèque (article 2397). La lecture de ces dispositions conduit donc à distinguer les biens qui sont dans le commerce de ceux qui n'y sont pas, les *res in commercio* des *res extracommercium*³⁷².

Les biens qui sont dans le commerce peuvent faire l'objet d'un contrat, être vendus et bénéficier de la prescription acquisitive. Or, si un bien peut être vendu, il aura un prix. À l'inverse, un bien qui ne peut être vendu n'aura pas de prix. En recourant au critère de la commercialité, le droit opère, *in fine*, une distinction entre les biens qui ont un prix, et ceux qui s'en trouvent dépourvus. Il est donc possible de s'interroger sur le critère de distinction réellement utilisé, la commercialité, ou le prix. Est-ce que les biens sont hors du commerce parce qu'ils n'ont pas de prix, ou n'ont-ils pas de prix parce qu'ils sont hors du commerce ?

³⁶⁷ J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. Précis, 2010, n° 211, p. 290.

³⁶⁸ V. sur cette notion E. TRICOIRE, *L'extracommercialité*, thèse Toulouse 1, 2001 – F. PAUL, *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, *op. cit.*, p. 377 – G. LOISEAU, « Typologie des choses hors commerce », *RTD civ.* 2000, p. 47.

³⁶⁹ Ne mentionnent pas cette distinction parmi les classifications officielles : J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens: monnaie, immeubles, meubles*, 19^e éd., PUF, 2000, n° 47, p. 87 et s – Ph. SIMLER, *Les Biens*, 4^e éd., PUG, 2018, p. 5 et s. ; V. *contra* : F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n° 24, p. 57 et s.

³⁷⁰ Ph. JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, *op. cit.*, n° 363, p. 338.

³⁷¹ Ph. JOUARY, *op. cit.*, n° 360, p. 336.

³⁷² Le droit romain concevait à d'autres distinctions, notamment celles entre les *res in nostro patrimonio* et les *res nullius*. Au sein des *res nullius*, se trouvaient les *res nullius divini iuris*, les choses de droit divin ne pouvant appartenir à personne (*res sacrae*, *res sanctae* et *res religiosae*) ainsi que les *res nullius humani iuris*, au sein desquelles il convient de distinguer les *res communes*, appartenant à tous, des *res publicae* et des *res universitatis*, propriété du peuple romain (v. en sens J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, n° 211, p. 291).

Cela revient à se demander si le prix constitue un préalable à la commercialité ou s'il n'en serait, au contraire, que la conséquence.

Soutenir la seconde hypothèse est aisée et revient à d'affirmer que « les choses hors commerce n'ont pas de valeur juridiquement chiffrable »³⁷³ et que ces biens sont « par nature » réfractaires à la commercialité³⁷⁴, c'est-à-dire que leur nature singulière les soustrait *de facto* de l'activité juridique. Seuls les biens et services évaluables en argent rentreraient ainsi dans la sphère du commerce juridique³⁷⁵. La non-commercialité serait « un fait, une réalité, dont la méconnaissance peut être sanctionnée »³⁷⁶ sans qu'il soit besoin, comme dans le cas de l'illicéité, de passer par un jugement de valeur. Or, il n'existe aucune chose qui ne puisse par nature faire l'objet d'une estimation économique, tous les biens disposant d'une valeur d'échange. La valeur d'échange peut être particulièrement faible pour certains biens dénués de toute utilité ou très courants, et ces derniers auront alors un prix très faible. Mais être doté d'un faible prix n'est pas comme être privé de prix. Si toutes les choses ont bien une valeur d'échange et peuvent donc, en théorie, faire l'objet d'un prix, toutes n'ont pas de prix juridique. Le droit refuse parfois d'accorder une valeur à certains biens. Cette décision est d'origine purement humaine, et non naturelle. L'extracommercialité n'est que relative et s'avère finalement très artificielle, dictée par les *desiderata* actuels du législateur.

Ce sera donc la première thèse qui sera soutenue ici. L'attribution d'un prix juridique s'avère indépendante de celle d'un prix économique (A.) et le prix juridique ne serait que la conséquence de la commercialité (B.).

A. *Autonomie du prix juridique au regard du prix économique*

Il est aisé d'élaborer une liste des biens exclus du commerce juridique : en plus des armes et des substances dangereuses³⁷⁷, il convient également d'évoquer le corps humain et le domaine public. Mais une étude approfondie révèle que leur extracommercialité n'est pas si absolue. Par ailleurs, d'autres types de biens connaissent le cheminement inverse : à l'origine extracommerciaux, ils finissent par acquérir cette qualité. Enfin, certains biens « sensibles » peuvent, en théorie, faire l'objet d'un commerce, mais ne le sont pas en pratique pour des raisons morales. La question compréhensible de leur exclusion du commerce juridique doit

³⁷³ Ph. STOFFEL-MUNCK, *RDC* 2004, n° 2, p. 263, note sous Cass. com. 23 sept. 2003, n° 01-11.504, *Bull. civ.* IV, n° 147, p. 166.

³⁷⁴ V. en ce sens : F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n° 29, p. 69.

³⁷⁵ J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Jouve et cie, 1920, p. 55.

³⁷⁶ V. en ce sens : F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, *op. cit.*, n° 36, p. 76.

³⁷⁷ L'existence de trafics de ces biens suffit à démontrer l'autonomie de leur prix juridique au regard de leur prix économique.

alors être soulevée. Compte tenu de ces variations, il semble difficile d'affirmer *in fine* que des biens sont par nature hors du commerce juridique.

50. Estimation économique de l'humain. – Le deuxième chapitre du premier titre du premier livre du Code civil met en lumière la valeur conséquente accordée à l'être humain, de laquelle découlerait subséquemment l'extracommercialité du corps de celui-ci³⁷⁸. L'humanité, dès le commencement de la vie, serait si précieuse qu'elle en serait devenue inestimable. Les articles 16-1 et 16-5 du Code civil énoncent ainsi conjointement le principe cardinal de non-patrimonialité du corps humain, de ses éléments et de ses produits. Dans l'impossibilité de constituer des droits patrimoniaux sur ces derniers, ceux-ci sont dépourvus de prix.

Le corps humain est considéré comme étant hors du commerce : il est impossible de vendre une partie de son corps³⁷⁹. Le don ne supporterait aucune contrepartie et serait donc totalement gratuit, constituant ainsi un acte de bienfaisance au sens de l'article 1107 du Code civil : une partie procure un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie. L'article 16-7 du Code civil va plus loin en interdisant formellement les conventions de gestation pour autrui, sans même en mentionner l'onérosité³⁸⁰. Enfin, l'article 16-6 consacre expressément la gratuité de l'expérimentation sur la personne humaine, de prélèvement d'éléments ou de la collecte de produit. Aucune rémunération ne peut être allouée à celui qui se livre à de telles pratiques. Ainsi, si le don de sperme et d'ovocytes est autorisé, ce n'est qu'à titre gratuit³⁸¹, bien qu'une forme de rémunération puisse être prévue compte tenu des inconvénients économiques imposés par la pratique (déplacement jusqu'à l'hôpital, durée de l'immobilisation...) ³⁸². Mais celle-ci ne doit pas constituer un profit,³⁸³ car il ne s'agit pas d'un prix versé en contrepartie de l'exécution d'un contrat de prestation de service.

³⁷⁸ Selon M Grégoire Loiseau, « la valorisation de la personne en tant que telle, par-delà l'individu en tant qu'il est, l'entraîne donc nécessairement hors du domaine des choses (...). Et c'est encore par l'essence même de cette humanité qu'il est au-dessus des conventions. » (G. LOISEAU, « Typologie des choses hors du commerce », *op. cit.*, p. 47).

³⁷⁹ Cass. civ. 1^{re}, 23 février 1972, n° 70-12.490, *Bull. civ. I*, n° 61, p. 54 ; TGI Paris, 3 juin 1969, *D.* 1970, p. 136, note J. P., *RTD civ.* 1970, p. 347, obs. Y. LOUSSOUARN.

³⁸⁰ Les conventions de mères porteuses sont condamnées par la jurisprudence depuis Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20105, *Bull. A.P.* n° 4, p. 5 ; *JCP* 1991, II, 21752, conc. H. DONTENWILLE, note F. TERRE ; *D.* 1991, p. 417, rapport Y. CHARTIER et note D. THOUVENIN, et somm., p. 318, obs. J.-L. AUBERT ; *D.* 1992, somm., p. 59, obs. F. DEKEWVER-DEFOSSEZ ; *RTD civ.* 1991, p. 517, obs. D. HUET-WEILLER, et 1992, p. 88, obs. J. MESTRE. Les lois de bioéthiques de 1994 ont donc consacré cette jurisprudence à l'article 16-7 du Code civil.

³⁸¹ Article L. 1244-1 du Code de la santé publique.

³⁸² J.-Ch. GALLOUX, « L'indemnisation du donneur vivant de matériels biologiques », *RDSS* 1998, p. 1.

³⁸³ Article 21 de la Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la biomédecine adoptée par le Conseil des ministres le 19 novembre 1996 et article L. 1121-11, al. 1^{er} du Code de la santé publique.

La valeur accordée à l'humanité ne s'arrête pas à la seule enveloppe charnelle. La vie est également protégée en elle-même, dès son commencement. Le commerce d'embryons ou leur utilisation industrielle est ainsi prohibé³⁸⁴. À l'inverse, la dépouille mortelle est également protégée sur le fondement de l'article 16-1-1 du Code civil selon lequel « le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort ». Ainsi, l'exposition de cadavres à des fins commerciales a été jugée illicite, comme en témoigne l'interdiction de l'exposition « *Our Body* »³⁸⁵.

La commercialité de l'humanité progresse doucement, notamment par la réification du corps humain et de ses éléments³⁸⁶. Toutes les choses ayant un prix, le corps humain ne ferait pas exception et il existe ainsi de nombreuses hypothèses dans lesquelles le corps humain ou ses éléments a pu faire l'objet d'une estimation économique : vente d'êtres humains³⁸⁷, de la virginité³⁸⁸, de gamètes³⁸⁹, de restes humains constituant des « biens culturels »³⁹⁰, recours à la gestation pour autrui³⁹¹, contrat de nourrice, commerce du lait maternel...

Une certaine forme de circulation à titre onéreux des produits du corps humain doit être constatée, « ils ne demeurent pas, comme l'exigerait le statut de l'extracommercialité, en la seule maîtrise de la personne d'où ils proviennent »³⁹². Au vu de ces éléments, il est possible de conclure que l'humanité n'est pas inestimable par nature. Il est par conséquent impossible

³⁸⁴ Article 1339 du 2151-3 du Code de la santé publique.

³⁸⁵ Cass. civ. 1^{re}, 16 sept. 2010, n° 09-67.456, *Bull. civ. I*, n° 174 : *D.* 2010, p. 2750, note G. LOISEAU, et p. 2754, note B. EDELMAN : *JCP G* 2010, p. 2333, note B. MARRION ; *Comm. com. électr. nov.* 2010, p. 11, note E. PUTMAN ; *RDC* 2011, p. 605, note F. BELLIVIER et Ch. NOIVILLE ; *RLDC* mars 2011, p. 61, note B. PARANCE. : « les restes des personnes décédées doivent être traités avec respect, dignité et décence ; que l'exposition de cadavres à des fins commerciales méconnaît cette exigence. »

³⁸⁶ J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, II, 4^e éd., LGDJ, Lextenso, 2013, n° 281, p. 217.

³⁸⁷ La vente d'êtres humains était ainsi tout à fait légale durant l'Antiquité et le Moyen-âge. L'historien français Serge Dadet a ainsi dédié une partie de son ouvrage sur la traite des esclaves à l'étude du prix de ces derniers. Ainsi, entre 1830 et 1840, la valeur d'un homme était estimée entre 360 et 480 F (v. S. DAGET, *La traite des noirs: Bastilles négrières et vellétés abolitionnistes*, De mémoire d'homme. Histoire, Editions Ouest-France, 1990, p. 143 et s.).

³⁸⁸ En Allemagne, en 2017, un site d'*escort girl* a encadré la vente aux enchères de la virginité d'une jeune femme.

³⁸⁹ Aux États-Unis, le don de sperme serait rémunéré entre 35 et 70 euros et le don d'ovocyte atteindrait les 3 000 euros.

³⁹⁰ Selon l'article 1.5.4 du Recueil des obligations déontologiques des opérateurs de ventes volontaires, « sauf lorsqu'ils constituent sans équivoque des biens culturels, l'opérateur de ventes volontaires s'abstient de présenter à la vente tout ou partie de corps ou de restes humains ou tout objet composé à partir de corps ou de restes humains ». La dimension culturelle est donc le critère déterminant permettant de passer outre l'exclusion de principe du corps humain des ventes volontaires aux enchères. Pour cela le Conseil des ventes volontaires étudiera « le travail artistique et ethnique apporté à l'élément humain concerné (gravure ou tatouage d'un crâne...) et son usage rituel » (*Rapport d'activité de 2012 du Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques*, pp. 194-195).

³⁹¹ Il semblerait que, selon les pays, le prix du recours à ce type de « service » soit estimé à un coût entre 30.000 et 150.000 euros.

³⁹² J.-Ch. GALLOUX, « Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce: l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français », *Les Cahiers de droit*, 1989, vol. 30, n° 4, p. 1011.

d'affirmer de manière absolue que le corps humain est parfaitement hors commerce. Si, aujourd'hui, le corps humain est exclu du commerce juridique en droit positif français, ce n'est pas en raison d'un empêchement ontologique à le représenter économiquement³⁹³, puisque cela a été fait à travers les siècles et a actuellement lieu, dans d'autres pays. La seule explication est l'apposition d'un interdit par le législateur.

51. Le domaine public, rebelle au commerce³⁹⁴. – Selon l'article L. 2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, appartiennent au domaine public tous les biens qui sont la propriété d'une personne publique et qui ont été affectés à l'usage direct du public à condition qu'il ait fait l'objet d'un aménagement indispensable³⁹⁵. De tels biens sont considérés par l'article L. 3111-1 du même code comme inaliénables, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent faire l'objet d'une cession, à titre onéreux ou gratuit. Le principe d'inaliénabilité du domaine public est à valeur constitutionnelle. Ne pouvant être vendu, le domaine public n'a donc pas de prix, il est hors du commerce.

Bien que celle-ci soit éclipsée par l'absence de prix, les biens appartenant au domaine public disposent d'une valeur économique. La preuve en est qu'ils sont très souvent assurés. Le domaine public peut également être l'objet de différents contrats de location : l'occupation collective ou privative du domaine public³⁹⁶ et le contrat de concession du domaine public³⁹⁷. Ces contrats sont impérativement conclus à titre onéreux, car ils supposent le versement d'une redevance par celui qui profiterait du domaine public³⁹⁸. Si la jouissance du domaine public fait l'objet d'une contrepartie, c'est bien que le domaine public a une quelconque valeur. L'exemple le plus parlant est finalement celui de la vente du domaine public, pourtant théoriquement prohibée. Ainsi, d'une part, dès lors qu'un bien est déclassé, c'est-à-dire extrait, par décret, du domaine public afin d'intégrer le domaine privé, il peut être vendu à une personne privée,

³⁹³ C. KRIEF-SEMITKO, *La valeur en droit civil français*, L'Harmattan, 2009, n° 17, p. 17.

³⁹⁴ F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, op. cit., n° 26, p. 68.

³⁹⁵ Article L. 2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques.

³⁹⁶ Il est ainsi possible de conclure des baux emphytéotiques administratifs (articles L. 1311-2 à L. 1311-4-1 du Code général des collectivités territoriales) ou des autorisations temporaires d'occupation (articles L. 1311-5 à L. 1311-8 du Code général des collectivités territoriales). Si l'occupation privative du domaine public peut permettre l'exploitation d'un fonds de commerce sur celui-ci (depuis la loi Pinel), il ne s'agit toutefois pas pour autant d'un bail commercial.

³⁹⁷ Articles L. 2122-1 et s. du Code général de la propriété des personnes publiques pour les occupations du domaine public.

³⁹⁸ Articles L. 2125-1 à L. 2125-6 du Code général de la propriété des personnes publiques pour les occupations du domaine public.

moyennant un prix. D'autre part, la cession d'un bien appartenant au domaine public est possible entre personnes publiques³⁹⁹.

L'inaliénabilité du domaine public n'est donc que relative, car celui-ci peut être assuré, loué ou vendu. Quelle différence, finalement, au regard des biens dans le commerce ? L'absence de prix du domaine public n'est pas une conséquence naturelle des particularités du domaine public, elle est bien encore une fois purement artificielle. L'inaliénabilité est un choix délibéré du législateur, dans le but de protéger l'intégrité du domaine public⁴⁰⁰. Si le choix du législateur avait été autre, le domaine public aurait donc pu avoir un prix juridique.

52. Commercialité des clientèles civiles. – Si la cession de clientèles civiles a longtemps été perçue comme illicite et hors du commerce, il est désormais communément admis que « la cession de la clientèle médicale, à l'occasion de la constitution ou de la cession d'un fonds libéral d'exercice de la profession, n'est pas illicite, c'est à la condition que soit sauvegardée la liberté de choix du patient »⁴⁰¹. Les clientèles civiles constituent donc désormais des *res in patrimonio* comme les autres. Ce revirement de jurisprudence majeur vient aligner le régime de la cession des clientèles civiles sur celui des clientèles commerciales, celles-ci pouvant être cédées en tant qu'élément constitutif du fonds de commerce. Or, s'il est certain que les clientèles commerciales disposent d'une valeur économique, la question ne se pose pas outre mesure pour les clientèles civiles : leur valeur d'échange est indéniable. Pourtant, le droit refusait de les faire entrer dans le commerce juridique.

Le principal obstacle à l'admission de la commercialité des clientèles civiles était leur qualité de bien : la question de la commercialité n'a lieu d'être qu'à l'égard des biens, ou suppose un minimum de réification, comme en témoigne la remise en cause de l'indisponibilité de l'état des personnes⁴⁰². Or, la clientèle civile est constituée d'un « ensemble de *personnes* qui sont en relation d'affaires avec un professionnel »⁴⁰³. Admettre la commercialité des clientèles civiles revenait à les considérer, non plus comme un ensemble de personnes, mais comme un ensemble des relations d'affaires habituelles ou occasionnelles qui existent et seront

³⁹⁹ Article L. 3112-1 du Code général de la propriété des personnes publique.

⁴⁰⁰ La règle de l'inaliénabilité du domaine public a été instaurée par l'édit de Moulin en 1566 dans le but de protéger le domaine public contre les excès du pouvoir royal.

⁴⁰¹ Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, n° 98-17731, *Bull. civ.* I, n° 283, p. 183 ; *JCP G* 2001, II, 10452, note F. VIALLA, ; *JCP G* 2001, I, 201, n° 16, obs. J. ROCHFELD ; *JCP E* 2001, p. 419, note G. LOISEAU ; *CCC* 2001, p. 18, note L. LEVENEUR ; *RTD civ* 2001, p.130, obs. J. MESTRE et 167, obs. Th. REVET, *Defrénois* 2001, 431, obs. R. LIBCHABER ; *D.* 2002, p. 930, obs. O. TOURNAFOND.

⁴⁰² F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens, op. cit.*, n° 25, p. 66.

⁴⁰³ V. « clientèle » in *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2018, p. 194.

susceptibles d'exister entre le public et un poste professionnel (...) dont ils constituent l'élément essentiel et qui généralement trouvent leurs sources dans des facteurs personnels et matériels conjugués⁴⁰⁴. Finalement, cela revenait à leur accorder une valeur d'échange.

En reconnaissant la licéité de la cession de la clientèle civile, la Cour de cassation a également constaté leur commercialité et affirmé une nouvelle définition de la clientèle. Partant, elle a reconnu la valeur économique préexistante, dont l'existence était niée jusqu'ici. L'exemple des clientèles civiles est donc particulièrement révélateur en ce qu'il illustre la différence existante entre la valeur économique et le prix juridique. Tous les biens ont une valeur économique, mais le droit n'accorde pas toujours de prix juridique.

53. Cas exceptionnel des ventes dites « sensibles »⁴⁰⁵, dénuées de prix économique. – Les ventes « sensibles » portant sur des biens historiquement controversés soulèvent des difficultés différentes de ce qui a été étudié précédemment, concernant le corps humain et le domaine public.

Concernant les objets nazis, ceux-ci ne sont pas réellement soustraits du commerce juridique, car il n'existe qu'une interdiction d'exhibition en public, laquelle constitue de fait un préalable à la vente⁴⁰⁶. La question s'est également posée en matière de ventes volontaires aux enchères publiques⁴⁰⁷, où les objets litigieux auront finalement été, la plupart du temps, retirés de la vente. Ce retrait s'explique non pas pour des raisons juridiques, car il n'existe plus d'interdiction formelle, mais pour des raisons purement morales. Il en va de même pour la mise en vente avortée d'instruments de torture⁴⁰⁸ : le droit français ne s'oppose pas à la mise en vente

⁴⁰⁴ V. « clientèle » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2014, p. 183.

⁴⁰⁵ Cette dénomination est ainsi retrouvée dans le Rapport d'activité du Conseil national de ventes aux enchères volontaires de 2014 (p. 136).

⁴⁰⁶ V. l'article R. 645-1 du Code pénal. Cette dernière s'avère donc impossible sur le territoire français, mais le débat est relancé à propos de l'internationalisation des ventes d'objets nazis, comme en témoigne l'affaire *LICRA c. Yahoo* (TGI Paris, 20 nov. 2000). Un trafic « discret » d'objets nazis reste malheureusement juridiquement envisageable, sur les brocantes notamment, ce qui a amené M. le sénateur Jacques Legendre à proposer à trois reprises de « compléter le dispositif actuel par une disposition sanctionnant directement et explicitement la vente d'objets nazis, et plus généralement la vente d'objets liés à des personnes ou des organisations reconnues coupables de crimes contre l'humanité » (v. notamment Sénat, *Proposition de loi tendant à sanctionner la vente d'objets liés au nazisme ou à d'autres auteurs de crimes contre l'humanité*, déposée au Sénat le 5 novembre 2014, n° 82).

⁴⁰⁷ La question de la mise en vente de biens controversés s'est posée à de nombreuses reprises : objets nazis (notamment la montre et la serviette de Göring ainsi qu'un exemplaire original de *Mein Kampf* à Drouot en avril et janvier 2014), tenue d'un déporté (Drouot, avril 2013), collection d'objets de torture appartenant à Fernand Meyssonier ayant procédé à des exécutions judiciaires en Algérie (Maison Cornette de St Cyr, mars 2013), divers objets nazis (Hôtel des ventes de Vannes, septembre 2019). A l'exception de la dernière, ces ventes dites « sensibles » n'eurent pas lieu. L'annulation trouva toutefois sa source dans des motivations extra-juridiques car aucun argument légal ne s'y opposait (v. sur ce point le *Rapport d'activité du Conseil national de ventes aux enchères volontaires*, 2012, p. 136).

⁴⁰⁸ La question avait été notamment soulevée à propos de la mise en vente d'instruments ayant appartenus à Fernand Meyssonier, lequel avait procédé à des exécutions judiciaires en Algérie.

de tels objets, la seule réserve textuelle étant apportée par le règlement européen du 27 juin 2005 n° 1236/2005 en vertu duquel ces derniers ne peuvent quitter le territoire européen.

Il n'existe dans ces deux exemples aucune interdiction juridique de principe, les biens pouvant faire l'objet d'un commerce juridique. En pratique toutefois, ces biens ne circulent que peu sur les marchés, pour des raisons morales évidentes. Le statut de ces biens est donc tout à fait paradoxal, faisant de ceux-ci une véritable curiosité : ils disposent d'un prix juridique, mais pas de prix économique. Se pose nécessairement la question de la création d'un interdit juridique, à l'instar du principe de non-patrimonialité du corps humain, de l'indisponibilité du domaine public ou de l'ancienne illicéité des clientèles civiles. Il serait possible d'avancer que l'interdit moral est ici suffisant et que la création d'une catégorie de biens « sensibles », soustraits du commerce juridique, serait trop dangereuse. Mais c'est ici la possibilité de créer une interdiction de principe qui doit retenir l'attention, car elle témoigne encore une fois de la liberté du législateur en la matière et de la relativité de la commercialité.

Cet inventaire pourrait continuer plus longuement, d'autres illustrations pouvant également être invoquées : les armes⁴⁰⁹, les produits dangereux, la marchandise contrefaite⁴¹⁰, les attributs de la personnalité⁴¹¹ et les *res communes*⁴¹². Cette longue liste d'exemples et de contre-exemples témoigne d'une certaine inconstance : l'attribution, ou non, d'un prix juridique n'est en rien définitive et n'est qu'un marqueur de la volonté de reconnaissance, par le droit, de la valeur économique du bien. Rien n'est fondamentalement inestimable : l'attribution d'un prix juridique n'est finalement qu'un choix du législateur. Le prix juridique n'est pas lié au prix économique. Il ressort donc de cette démonstration que le prix juridique n'est que la conséquence de la commercialité, en ce qu'il n'est qu'un jugement de valeur opéré par le législateur.

⁴⁰⁹ Les armes hors du commerce juridique, mais sont pourtant fabriquées par la France et largement commercialisées à l'étranger par l'État français.

⁴¹⁰ Cass. com. 26 oct. 1999, *Bull. civ. IV*, n° 185 ; Cass. com. 24 sept. 2003, n°01-11504, *Bull. civ. IV*, n° 147, p. 166 ; *D.* 2003, 2683, note C. CARON ; *RTD civ.* 2003, 703, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

⁴¹¹ Il existe un principe d'extra-patrimonialité du nom, alors que celui-ci peut faire l'objet d'une exploitation commerciale (Cass. com. 12 mars 1985, n° 84-17163, *Bull. civ. IV*, n° 95, p. 84), idem pour l'image et la vie privée. V. en ce sens P. ANCEL, *L'indisponibilité des droits de la personne : une approche critique des droits de la personnalité*, thèse Dijon, 1978, n° 200 et 205, p. 71 – F. CABRILLAC, *Le droit civil et le corps humain*, thèse Montpellier, 1962, p. 224.

⁴¹² V. en ce sens M.-A. CHARDEAUX, *Les choses communes*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 464, 2006.

B. Le prix juridique, conséquence de la commercialité

La commercialité d'un bien, c'est-à-dire l'attribution d'un prix juridique et la reconnaissance de sa valeur économique par le droit, découle d'un jugement de valeur du législateur à l'égard de celui-ci. Le prix apparaît donc comme une conséquence de la commercialité, et non comme un préalable.

54. Impossibilité juridique d'estimer de la valeur. – De cette longue énumération de contre-exemples, il ne faut retenir que son inconstance : cette liste peut varier, en fonction des valeurs et des mœurs d'une époque⁴¹³. Le droit détermine en effet ce qui relève de la sphère marchande, mais ces biens n'échappent pas pour autant à l'emprise des volontés⁴¹⁴ : il n'y a pas d'impossibilité matérielle d'estimer la valeur d'échange de ces biens, simplement une impossibilité juridique. M. Cyril Grimaldi résume très clairement le propos : « en premier lieu, il est des choses hors du commerce *à l'égard de certaines personnes seulement*. Ainsi, certaines armes ne peuvent être vendues que par un vendeur autorisé aux acheteurs ayant accompli des formalités prévues par la loi. En second lieu, il est des choses hors du commerce *au vu de certains actes seulement*. Ainsi, certains éléments et produits du corps humain (sang, sperme, etc.) peuvent être, dans les conditions prévues par la loi, donnés, mais non vendus (...)»⁴¹⁵. Si ces biens n'ont pas de prix juridique, ce n'est pas par essence, mais uniquement le fruit de la décision d'une autorité politique en vertu d'un intérêt supérieur (culture du respect de l'être humain⁴¹⁶, volonté de protéger le consentement de celui qui s'engage⁴¹⁷, protection de l'ordre public, etc.). Le droit exerce un « contrôle objectif de la sphère du marché, peut être hérité des pouvoirs de contrôle du souverain sur les foires »⁴¹⁸. La non-commercialité relève d'un tabou juridique⁴¹⁹, s'expliquant par la survivance du sacré⁴²⁰, et non d'une impossibilité physique d'estimer la valeur⁴²¹ : la question relève finalement plus du contexte, que du sujet en lui-même.

⁴¹³ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, 1, 2^e éd., PUF, coll. Thémis droit, 2016, p. 368.

⁴¹⁴ Ph. JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, thèse Paris II, 2002, n° 333, p. 309.

⁴¹⁵ C. GRIMALDI, *Droit des biens*, 2^e éd., LGDJ, 2016, n° 89, p. 125.

⁴¹⁶ J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, n° 293, p. 233.

⁴¹⁷ I. MOINE, *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*, *op. cit.*, n° 151 et s., p. 103. Mme Isabelle Moine rappelle qu'« il faut éviter que des gens sans travail et sans ressources (ou simplement attirés par un gain d'apparence facile) soient conduits à accepter voire à solliciter des prélèvements et des expérimentations contre argent ».

⁴¹⁸ Ph. JOUARY, *op. cit.*, n° 348, p. 322.

⁴¹⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10^e éd., LGDJ, 2018, n° 601, p. 296.

⁴²⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, t. 4, PUF, 1979, n° 26, p. 106.

⁴²¹ V. *contra* J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, n° 288, p. 227. M. Jacques Ghestin place le débat sur un autre terrain en estimant que l'extra-commercialité est la conséquence de l'impossibilité de s'approprier de tels biens.

La commercialité relève d'un jugement de valeur du législateur ou de la jurisprudence, à un instant précis. L'absence de prix juridique n'est donc pas la conséquence d'une absence de valeur, mais d'un choix délibéré du législateur.

Il est finalement impossible d'affirmer que certains biens sont dépourvus de valeur d'échange, et donc de prix, car cette impossibilité n'est pas absolue⁴²². Tous les biens ont un prix économique, car ils ont tous une valeur économique. Rien dans l'absolu, n'est inestimable et il est erroné d'affirmer que certains biens le seraient « par nature ». Il existerait, toutefois, une catégorie de biens dotés d'une « extracommercialité absolue ».

Les mots de M. Rémy Libchaber illustrent le résultat de la démonstration réalisée : « l'extracommercialité est la borne séparatrice des valeurs de fait et des biens juridiques. Sur un marché, tout a vocation à s'échanger au gré de la rencontre des offres et des demandes ; mais le commerce économique n'est pas un commerce juridique : parmi les choses susceptibles d'échanges, il en est auxquelles le droit dénie la qualité de biens, et interdit en conséquence l'accès au circuit patrimonial »⁴²³. Il est ainsi question ici de « dénier » la qualité de biens, c'est-à-dire de refuser de reconnaître : le droit peut ainsi placer un bien hors du commerce juridique⁴²⁴. L'important est justement de reconnaître qu'il s'agit d'un refus, et non d'une conséquence naturelle.

55. Le prix juridique, conséquence de la commercialité. – Si l'attribution d'un prix juridique n'est pas liée à la valeur économique, il faut en conclure que le prix ne peut être que la conséquence de la commercialité. Les biens ont un prix parce qu'ils sont dans le commerce, ils ne sont pas dans le commerce parce qu'ils ont un prix. C'est donc la commercialité qui fait le prix et non l'inverse. Retenir cette seconde proposition, c'est-à-dire admettre que le prix est un préalable à la commercialité, serait erroné, car cela reviendrait à affirmer que certains biens sont par nature dépourvus de prix juridique.

⁴²² M. Jean-Christophe Galloux affirme ainsi le caractère « temporairement absolu » de l'extracommercialité. Il propose à ce titre le recours au critère de l'affectation : « tant qu'elle est affectée la chose est absolument hors du commerce, mais la disparition de cette affectation l'y place de nouveau. L'affectation et, partant, l'extracommercialité résultent de la nature de la chose ; mais cette nature est elle-même la conséquence d'une destination que la personne lui confère et qu'elle est habile à modifier. » (V. J.-Ch. GALLOUX, « Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français », *op. cit.*). V. *contra* C. GRIMALDI, *Droit des biens, op. cit.*, n° 89, p. 125 : l'auteur estime que les biens « contrefaits » font l'objet d'une extracommercialité absolue. En réalité, ils n'en bénéficient uniquement parce que le législateur a cœur à protéger la propriété intellectuelle.

⁴²³ R. LIBCHABER, « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil : 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 297, plus précisément n° 43, p. 346.

⁴²⁴ M. RENOUF, *Contribution à l'analyse juridique de la notion de valeur. Essai sur les biens à valeur négative*, *op. cit.* n° 112, p. 132.

Après avoir étudié les hypothèses dans lesquelles des biens voient leur valeur d'échange déniée et ne peuvent, à ce titre, se voir attribuer un prix, l'analyse inverse s'impose. Il s'agira désormais d'étudier les sommes d'argent traduisant avec exactitude une valeur, mais ne constituant pas un prix pour autant. Si auparavant la valeur était douteuse, c'est désormais le prix qui l'est.

II. VALEUR D'ÉCHANGE DENUÉE DE PRIX

La définition économique de la valeur d'échange assimile toute somme d'argent traduisant une valeur à un prix, sans plus de subtilité. Valeur d'échange et prix seraient donc synonymes, du moins en économie. La définition juridique est en revanche plus restrictive : seules certaines situations particulières forment un prix. La confusion opérée par la science économique est pourtant compréhensible : le droit s'occupe d'estimer la valeur d'un bien en de nombreuses circonstances⁴²⁵. Il existe ainsi de nombreuses hypothèses dans lesquelles une somme d'argent, versée à autrui, exprime la mesure de la valeur sans pour autant constituer un prix, au sens juridique du terme. Le prix fait bien partie de ces hypothèses, mais il ne recouvre pas toutes les hypothèses d'expression de la valeur d'échange envisagée par le droit. La notion de valeur d'échange au sens économique est donc plus large que celle de prix, au sens juridique. Le prix n'est donc pas le seul moyen d'exprimer la mesure de la valeur d'échange d'un bien.

L'étude de situations douteuses et leur rapport avec le prix (A.) permettra d'affiner la définition juridique de celui-ci, ainsi que son rapport avec la valeur d'échange (B.).

A. Valeur d'échange certaine et prix douteux

Considérer que le prix est la somme d'argent versée d'une partie à l'autre, traduisant la valeur économique d'un bien ou d'un service, est une définition insuffisante. En effet, il existe de nombreuses hypothèses dans lesquelles une somme d'argent traduit une valeur, sans pour autant constituer un prix. De telles sommes peuvent être utilisées en elles-mêmes (1.) ou en tant que correctifs des défaillances du mécanisme estimatoire (2.).

1. Valeur et contrepartie

Les dommages-intérêts, judiciaires ou conventionnels, les soultes, les donations rémunératoires, les donations avec charge, les indemnités de non-concurrence, les apports en

⁴²⁵ A. BERNARD, « L'estimation », in *Les exigences en matière de prix*, F. FERRIER (dir.), *JCP E, Cah. dr. Entr.*, 1997, n° 4/5, p. 30.

société en numéraire, les cotisations à une association traduisent une valeur économique d'échange, mais ne constituent pas un prix.

56. Distinction entre prix et dommages-intérêts. – La frontière entre le prix et les dommages-intérêts peut sembler particulièrement fine. La sémantique juridique a sa part de responsabilité, car, le vocabulaire de la responsabilité civile a parfois recours, hors contexte, au mot « prix ». Ainsi, le vocable « *wergeld* » pouvant être traduit en « prix de l'homme »⁴²⁶ ou l'utilisation de l'expression latine de *praetium doloris*, littéralement le « prix de la douleur » afin de désigner des hypothèses de mise en cause de la responsabilité civile ne manque pas d'ajouter à la confusion. Les dommages-intérêts peuvent ainsi être perçus comme le prix à payer pour avoir causé un préjudice.

Les dommages-intérêts sont classiquement définis comme la somme d'argent due à un créancier par le débiteur pour la réparation du dommage causé, et qui est en principe calculée de manière à compenser la perte subie par le créancier (*damnum emergens*) et le gain dont il a été privé (*lucrum cessans*). Par extension, l'expression « dommages-intérêts » est également utilisée afin de désigner la somme d'argent qui est due pour la réparation du dommage causé par un délit ou un quasi-délit⁴²⁷. Les dommages-intérêts ont donc pour objet de réparer par équivalent le préjudice subi par la victime du dommage, c'est-à-dire d'en exprimer la valeur économique. Ainsi, lorsque le préjudice consiste en une atteinte à un bien, les dommages-intérêts viendront compenser la différence entre la valeur du bien avant et à la suite du dommage⁴²⁸ subi par la victime. De la même manière, en matière de préjudice corporel, la réparation de celui-ci supposera l'estimation de la perte subie par la victime dans son humanité, exprimée en incapacité temporaire ou permanente de travail. Les dommages-intérêts expriment bien une valeur en argent : la preuve en est que la date de la fixation du montant des dommages-intérêts peut s'avérer déterminante, compte tenu non seulement de la fluctuation monétaire, mais aussi de la variation du dommage depuis sa survenance. La jurisprudence a fixé cette date au jour du jugement définitif⁴²⁹, érigeant la créance de dommages-intérêts en une véritable dette de valeur.

⁴²⁶ J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n° 633, p. 942.

⁴²⁷ V. « dommages-intérêts » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2017, p. 371.

⁴²⁸ Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016, n° 213, p. 144.

⁴²⁹ Cass. civ. 1^{re}, 16 fév. 1948, S. 1949. 1. 69, note R. JAMBU-MERLIN, en matière contractuelle – Req. 24 mars 1942, DA 1942.118, *Gaz. Pal.* 1942.1.224, en matière délictuelle.

À l'instar du prix, les dommages-intérêts impliquent une démarche estimatoire⁴³⁰ : il s'agit d'évaluer l'étendue, l'intensité, la gravité du préjudice ressenti par la victime et de le traduire par une somme d'argent. Il existe donc une différence d'ordre fonctionnel entre le prix et les dommages-intérêts : leur nature est certes commune, exprimant toutes deux la valeur, mais leur fonction diffère. Le prix traduit la force du désir dont il constitue la contrepartie, quand les dommages-intérêts expriment l'intensité de la souffrance qu'ils réparent. Du fait de cette idée de réparation, les dommages-intérêts consistent en une forme d'exécution de l'obligation par équivalent.

57. Distinction entre prix et indemnités résultant d'une clause pénale. – Le prix doit également être distingué de la fixation conventionnelle du *quantum* des dommages-intérêts, la clause pénale, constituant ainsi une « promesse de payer au créancier, au cas où la prestation promise ne serait pas exécutée ». Une obligation est créée, sa valeur fixée par le créancier⁴³¹. Plus précisément, c'est la valeur de l'inexécution qui est arrêtée. En acceptant l'insertion de la clause pénale, le débiteur accepte l'estimation de la valeur opérée. La clause pénale peut ainsi être perçue comme le prix à payer, par le débiteur, afin de se libérer de son obligation. Le débiteur qui désirerait être délié de ses engagements n'aurait pour cela qu'à verser une somme d'argent.

Un raisonnement analogue pourrait être tenu en matière de dommages-intérêts : celui qui n'exécute pas ses obligations sait qu'il sera sanctionné et qu'il devra indemniser son créancier, car nul n'est censé ignorer la loi. En refusant d'exécuter ses obligations contractuelles, le débiteur défaillant a connaissance de ce qu'il devra. Mais la différence avec la clause pénale réside en ce que, d'une part, dans cette dernière, le montant du prix a été préalablement fixé et, d'autre part, que la notion de désir y est beaucoup plus prégnante. Les dommages-intérêts sont subis par le débiteur, alors que la clause pénale a une origine conventionnelle : le débiteur défaillant a désiré qu'une telle clause figure dans le contrat, et a également accepté l'estimation effectuée.

⁴³⁰ L'histoire de la réparation du préjudice patrimonial est particulièrement révélatrice des liens étroits qu'entretiennent le prix, les dommages-intérêts et la valeur, notamment quant à la question de l'origine de la valeur. En droit romain, les dommages-intérêts compensatoires n'étaient envisagés que dans le cadre de l'inexécution contractuelle. La méthode employée afin d'évaluer le montant des dommages-intérêts a varié au fil du temps : en premier lieu, les Romains se sont attachés à la valeur vénale objective de la chose due (*vera rei estimatio*), l'exprimant à l'aide de la formule *quanti ea res est* ou *quanti ea res erit*, selon que l'estimation soit opérée à la date de la *litiscontestatio* ou à la date du jugement. Est apparue en second lieu une nouvelle formule : *quanti actori interest*, visant cette fois-ci la valeur subjective de la chose pour le créancier, d'où proviendrait l'expression moderne de « dommages-intérêts (v. en ce sens J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n° 666, p. 1001).

⁴³¹ J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, 3^e éd., Lextenso, 2009, p. 296.

Mais la mise en œuvre de la clause pénale n'est pas toujours la conséquence de l'expression du désir du débiteur. Il se peut en effet que celle-ci soit purement accidentelle. Dès lors, l'allocation de dommages-intérêts par le débiteur défaillant à son créancier revêt une coloration répressive. Ainsi, bien que les dommages-intérêts prévus par la clause pénale puissent être assimilés au prix dans certaines hypothèses, il est impossible de généraliser le propos, compte tenu de la mise en œuvre souvent fortuite des clauses pénales.

58. Distinction entre prix et soulte. – La majorité des occurrences du mot « valeur » dans le Code civil sont relatives à une situation d'indivision, que celle-ci obéisse au droit des biens, au droit des régimes matrimoniaux ou au droit des successions. La valeur irrigue en effet ces matières, qui édictent des règles en matière de partage de biens.

La difficulté connue par ses matières est la confrontation de droits théoriques sur des biens à la réalité du contenu de l'indivision. Si chacun des coïndivisaires dispose de droits sur un seul et unique bien, il est impossible en pratique de diviser celui-ci en fonction de la quote-part de chacun. Le mécanisme de l'échange soulève également une difficulté similaire dès lors que les parties souhaitent échanger deux biens précisément, mais que ceux-ci n'ont pas la même valeur économique. Le droit offre donc un remède à cette situation délicate : la soulte. Puisque l'égalité du partage est, aux termes de l'article 826 du Code civil, une égalité en valeur, rien ne s'oppose à ce que celui-ci qui reçoit le bien verse une somme d'argent à son coéchangiste ou à son copartageant afin de compenser l'inégalité de la prestation ou du lot⁴³².

Une somme d'argent versée à autrui vient donc compenser, et de ce fait, estimer, une différence de valeur. La logique n'est pas sans rappeler celle à laquelle obéit le prix, d'autant que l'étymologie ajoute à la confusion, « soulte » venant du latin *solvo, ere*, qui signifie payer. Néanmoins, le recoupement des deux notions n'est pas total. Le prix correspond à la valeur économique intégrale du bien estimé, alors que la soulte n'en recouvre qu'une seule partie, ne constituant qu'un complément de valeur, lequel a pour objet de garantir l'égalité en valeur dans l'échange ou le partage. La différence entre le prix et la soulte est donc notionnelle. Si le mécanisme d'estimation est commun aux deux démarches, l'estimation opérée dans le cadre de la soulte n'a pas pour objet le bien en son entier, mais seulement le surplus au regard d'un autre standard. Si le prix traduit la valeur, la soulte n'exprime quant à elle qu'une différence de valeur, ce qui justifie les fonctions distinctes des deux procédés.

⁴³² V. « soulte » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2017, p. 980.

59. Distinction entre prix, donation rémunératoire et donation avec charge dans l'intérêt du disposant. – La donation rémunératoire est la donation opérée spontanément afin d'exprimer sa gratitude au regard d'un service rendu antérieurement, souvent à l'égard d'un époux, d'un professionnel de santé ou de l'exécuteur testamentaire. Ce type de don particulier ne répond donc pas à la philosophie de la donation, laquelle requiert l'intention libérale du donateur, mais traduit la volonté du « donateur » de récompenser le gratifié. Le nom de « donation rémunératoire » en lui-même est paradoxal, car les concepts de donation et de rémunération sont contradictoires⁴³³. Envisager les choses sous une autre perspective conduit à assimiler la donation rémunératoire à une véritable rémunération, au paiement d'un prix. M. Jacques Maury donne ainsi l'exemple du domestique qui accompagne son maître durant sa maladie : certes, le salaire versé à celui-ci compense la domesticité et il existe des garde-malades professionnels. Mais c'est la loyauté du serviteur qui est ici récompensée : « la fidélité a une valeur économique ». Les qualités du serviteur augmentent la valeur de sa prestation : il y a enrichissement sans cause. Grâce à la donation rémunératoire, « il y a toujours égalité entre la prestation promise et la valeur du service ».

La jurisprudence semble ainsi estimer qu'il s'agit, malgré son appellation d'un acte à titre onéreux. Le critère semble être celui de l'appréciation en argent du service rendu : lorsque celui-ci n'est pas susceptible d'être estimé en argent, l'acte est considéré comme ayant été opéré à titre gratuit, de sorte que le régime fiscal applicable sera celui des actes à titre gratuit. En revanche, le régime applicable à la donation rémunératoire basculera dans celui des actes à titre onéreux dès lors que le service rendu pourra faire l'objet d'une appréciation économique⁴³⁴. Dès lors que la donation est qualifiée de « rémunératoire », elle ne constitue plus une libéralité classique et ne peut, à ce titre, être rapportée à la succession ni être prise en compte pour le calcul de la réserve. Une donation rémunératoire excessive au regard du service rendu pourra être requalifiée, pour la partie constituant l'excès seulement, en donation ordinaire⁴³⁵. Ce travail de qualification, à incidences fiscale et successorale majeures, relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

⁴³³ J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, *op. cit.*, p. 54.

⁴³⁴ « Lorsque les services rendus par le donataire au donateur ne sont pas appréciables en argent, ni susceptibles d'engendrer une action en justice, le droit de mutation à titre gratuit est exigible. Dans le cas contraire, il y a dation en paiement taxable à l'impôt de mutation à titre onéreux selon le tarif prévu pour la vente des biens transmis. Toutefois, si la valeur de ces biens dépasse sensiblement celle des services rendus, il y a donation avec charges, soumise aux droits de mutation à titre gratuit. » V. BOFIP-Impôts, « ENR -Mutations à titre gratuit de meubles ou d'immeubles -Donations -Conditions d'exigibilité du droit de donation – Principe », du 2 février 2019, n° 80.

⁴³⁵ Cass. civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 09-67.135, *Bull. civ.* I, n° 169.

Aux côtés des donations rémunératoires se pose la question des donations avec charge dans l'intérêt du disposant⁴³⁶ : le don en faveur du gratifié est grevé d'une obligation à l'égard du disposant. Elle aurait pu être frappée de nullité en application de l'adage « donner et retenir ne vaut »⁴³⁷. Si cette obligation est de nature pécuniaire⁴³⁸, quelle différence y a-t-il finalement avec un contrat de vente classique ? La doctrine et la jurisprudence⁴³⁹ affirment unanimement que « la donation avec charges n'est pas un acte gratuit si les charges convenues sont d'une valeur égale *ou supérieure* à celle de l'enrichissement »⁴⁴⁰.

60. Distinction entre prix et indemnité de non-concurrence. – La validité d'une clause de non-concurrence dépend de la réunion de cinq conditions cumulatives, dont l'existence d'une contrepartie financière⁴⁴¹. Celle-ci n'aurait pour unique objectif que d'assurer une fonction indemnitaire, en offrant une compensation au salarié. Le préjudice subi par celui-ci a par la suite été défini comme celui résultant d'une atteinte à la liberté d'entreprendre une activité professionnelle, la clause de non-concurrence imposant une obligation qui limite les possibilités d'exercer un emploi⁴⁴². Cette contrepartie financière constituerait finalement la réparation automatique d'un préjudice et se distingue donc du prix, c'est-à-dire du salaire versé au salarié.

Néanmoins, un doute subsiste quant à la nature de la contrepartie financière issue d'une clause de non-concurrence. En premier lieu, la Cour de cassation ne fixe aucun montant

⁴³⁶ Les donations avec charge dans l'intérêt du gratifié restent des actes à titre gratuit, car « il ne peut y avoir pour le donateur qu'un intérêt purement moral à l'exécution de cette charge » (v. J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, op. cit., p. 64).

⁴³⁷ D. CHILSTEIN, « Les biens à valeur vénale négative », *RTD civ.* 2006, p. 663.

⁴³⁸ La question est plus délicate en revanche lorsque la charge en faveur du disposant est de nature morale. M. Jacques Maury affirme que « il n'est pas vrai qu'un intérêt moral soit un équivalent économique : celui qui retire d'un acte un profit purement moral ne s'enrichit pas » (v. J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, op. cit., p. 72), s'opposant ainsi à certains arrêts dans lesquels la jurisprudence a expressément qualifié un intérêt moral de prix (Orléans, 20 mars 1852 : le de cujus avait fait une donation à un des héritiers, assortie de la renonciation d'un héritier à exercer son action en réduction pour atteinte à la réserve héréditaire. La Cour a ainsi estimé que « cette stipulation était la condition essentielle et expresse et, pour ainsi dire, le prix de la libéralité qui la précède »). Mais la question n'est ici plus la même : il s'agit de savoir s'il est possible d'exprimer un prix par autre chose qu'une somme d'argent. Cette interrogation capitale retiendra notre attention au cours du deuxième chapitre de ce travail.

⁴³⁹ V. en ce sens Civ. 20 juill. 1870 – Cass. req. 21 déc. 1887 – Cass. req. 28 juin 1886 – Cass. req. 25 févr. 1913, S. 1920.1.220 – Civ. 28 nov. 1938, *DH* 1939.17, S. 1939.1.55 – T. civ. Cahors, 8 juill. 1948, *D.* 1949.166, note H. L.

⁴⁴⁰ P. RAYNAUD, *Les successions et les libéralités*, Sirey, 1983, n° 298, p. 238.

⁴⁴¹ Cass. soc. 10 juill. 2002, n°s 00.45-135, 00-45.387 et 99-43.334, *Bull. civ.* V, n° 239, p. 234 ; *D.* 2002. Jur. 2491, note SERRA, somm. 3111, obs. PELISSIER ; *D.* 2003. Somm. 1222, obs. B. THULLIER ; V. R. VATINET, « Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglia », *Dr. soc.* 2002, p. 2269 ; J. PELISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKES, *Les grands arrêts de droit du travail*, 3^e éd., Dalloz, 2004, n° 45, spéc. p. 180.

⁴⁴² Cas. soc. 7 mars 2007, n° 05-45.511, *Bull. civ.* V, n° 44 ; *D.* 2007. 2261, obs. M.-C. AMAUGER-LATTES, I. DESBARATS, B. LARDY-PELISSIER, J. PELISSIER et B. REYNES ; *Dr. soc.* 2007. 775, obs. J. MOURY ; *D.* 2007. 1708, note FABRE.

minimal à cette contrepartie, mais juge toutefois qu'une contrepartie dérisoire équivaut à une absence de contrepartie⁴⁴³. La validité de la clause de non-concurrence est donc soumise à l'existence d'une corrélation entre le montant de l'indemnité et les contraintes imposées au salarié. L'indemnité apparaît ici comme le prix de son immobilisation. Par ailleurs, il est vrai qu'en pratique, cette indemnité se substitue au salaire : la liberté des salariés étant restreinte du fait de cette clause, « ils doivent bénéficier d'une compensation correspondant aux salaires dont ils se trouvent privés du fait de l'application de la clause »⁴⁴⁴. Or, le salaire traduit la valeur du travail du salarié. Dans un arrêt publié du 23 juin 2010⁴⁴⁵, la Cour de cassation a estimé que le montant de la contrepartie financière devait être pris en compte dans l'assiette du calcul des congés payés, car celle-ci aurait « la nature d'une indemnité compensatrice de salaire ». Or, si la compensation financière avait une fonction purement indemnitaire, elle n'aurait pas besoin d'emprunter la nature de la somme à laquelle elle se substitue. Cet arrêt semble toutefois isolé, dans la mesure où d'autres chambres refusent le bénéfice de la contrepartie pécuniaire aux travailleurs libéraux⁴⁴⁶. De même, la Chambre sociale refuse d'accorder au juge un pouvoir de révision du montant de la contrepartie financière⁴⁴⁷, alors qu'elle admet la révision du montant des honoraires excessifs des professions libérales⁴⁴⁸.

61. Distinction entre prix et apport en société. – Une société est, selon l'article 1832 du Code civil, la mise en commun de biens ou de l'industrie de deux ou plusieurs personnes, « en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ». L'article 1843-3 du Code civil précise que cet apport peut en réalité être constitué non seulement d'un bien en nature ou d'un savoir-faire, comme précédemment énoncé à l'article 1832, mais aussi de « numéraire ». Il est donc possible de s'associer à une société en fournissant une somme d'argent. La somme des liquidités fournies par les associés constitue alors le capital social de la société. Selon le type de société, un montant minimal est exigé, mais aucun montant maximal n'est fixé.

⁴⁴³ Cass. soc. 15 nov. 2006, n° 04-46.721, *Bull. civ.* V, n° 341, p. 330.

⁴⁴⁴ J. MOURY, « Du nouveau sur la nature juridique de la contrepartie financière des clauses de non-concurrence ? », *Dr. soc.* 2014, p. 288.

⁴⁴⁵ Cass. soc. 23 juin 2010, n° 08-70.233, *Bull. V*, n° 145 ; *D.* 2010, 1795 ; *D.* 2010, 2540, obs. CENTRE DE DROIT DE LA CONCURRENCE YVES SERRA ; *Dr. soc.* 2010, 1254, obs. J. MOURY.

⁴⁴⁶ Civ. 1^{re}, 2 oct. 2013, n° 12-22.846, *Bull. civ.* I, n° 195 ; *D.* 2013. 2622, note C. BAHUREL ; *ibid.* 2812, obs. CENTRE DE DROIT DE LA CONCURRENCE YVES SERRA.

⁴⁴⁷ Cass. soc. 16 mai 2012, n° 11-10.760, *Bull. civ.* V, n° 153.

⁴⁴⁸ Civ. 1^{re}, 3 juin 1986, n° 85-10486, *Bull. civ.* I, n° 150, p. 151 ; *JCP* 1987. II. 20791, note A. VIANDIER ; Cass. com. 2 mars 1993, n° 90-20.289, *Bull. civ.* IV, n° 83, p. 57, *D.* 1994, Somm. 11, obs. KULLMANN – Cass. civ. 1^{re}, 3 mars 1998, n° 95-15.799, *Bull. civ.* I, n° 85, p. 57 ; *JCP G* 1998, II, 10115, comm. J. SAINTE-ROSE.

La libération d'un apport est exigée dans toutes les sociétés, car celui-ci confère la qualité d'associé et détermine l'étendue de l'obligation de celui-ci. Il fonde l'accès de l'associé aux bénéfices futurs. Donc selon l'importance de l'apport constitué, l'associé obtiendra une position plus ou moins importante dans la société. Celui qui détient un nombre majoritaire de parts accède à la position la plus favorable au sein de la société. Par conséquent, en échange d'une somme d'argent, l'individu obtient quelque chose de valorisable, qu'il désire. La somme d'argent versée est la contrepartie de ce qu'obtient l'associé. Encore une fois, il est possible de voir des traits de ressemblance entre l'apport en société et le prix. En réalité, il existe une différence fondamentale entre le prix et l'apport en société : l'associé qui se retire de la société peut à tout moment obtenir le remboursement de la valeur de ses parts sociales, contrairement à l'acquéreur ou au vendeur qui devra recourir à une procédure judiciaire et justifier ses motivations afin d'obtenir le remboursement du prix d'acquisition versé lors de la vente. Cette possibilité, prévue à l'article 1869 du Code civil n'est toutefois pas ouverte aux sociétés à responsabilité limitée, dans lesquelles l'associé doit céder ses parts à autrui pour se retirer. En pratique toutefois, cette cession conduit l'associé à se réapproprier la somme qu'il avait investie à l'origine. *In fine*, au regard du caractère éphémère et réversible de l'engagement, l'apport en société s'avère plus proche du prêt à intérêt que du prix : dans les deux hypothèses, « une somme d'argent est mise à la disposition d'un patrimoine, moyennant dédommagement du sacrifice consenti par celui qui se sépare momentanément de ses fonds »⁴⁴⁹. Seul l'*affectio societatis* permettrait finalement de distinguer le prêt à intérêt de l'apport en numéraire.

62. Distinction entre prix et cotisation à une association. – L'adhésion à une association à but non lucratif nécessite souvent le versement d'une cotisation, marquant ainsi l'adhésion au projet associatif. La cotisation à une association présente des traits communs avec l'apport en numéraire à une société. Mais la différence réside ici en ce que s'il est toujours possible de se retirer, en vertu du principe de liberté d'association, le remboursement de la cotisation n'est pas aussi systématique que le remboursement des parts sociales. Il n'existe aucune obligation légale en la matière : seuls les statuts de l'association peuvent prévoir des causes de remboursement (décès, déménagement, perte de revenus...). En l'absence d'une telle clause, le versement de la cotisation est donc définitif.

Une somme d'argent est donc versée d'un individu à une personne morale, lui permettant d'obtenir des avantages : le versement d'une cotisation ressemble étonnamment au paiement d'un prix. Le membre de l'association désire obtenir ce statut, ainsi que les privilèges

⁴⁴⁹ G. GOFFAUT-CALLEBAUX, « Apport », in *Répertoire Dalloz Sociétés*, 2011, p. 53.

afférents, et accepte pour cela de verser la somme d'argent nécessaire. La cotisation serait donc l'estimation économique de la valeur de la qualité de membre de l'association. Les deux démarches sont très similaires. En revanche, l'assimilation de la cotisation d'une association à un prix repose sur le postulat que la cotisation est le reflet de la valeur de la qualité de membre de l'association. Or, si ce raisonnement est certes valable pour les associations de type « club service » telles que le Rotary International, le Lions Club ou l'Automobile Club où la cotisation est très onéreuse, cela n'est pas toujours le cas. De nombreuses associations, notamment philanthropiques, fonctionnent sur un modèle inverse en imposant une cotisation purement symbolique. De même, de nombreuses associations, notamment sportives, distinguent le versement de la cotisation du financement des activités proposées. Finalement, la somme versée au titre de la cotisation n'est versée qu'à titre symbolique, afin d'obtenir la qualité de membre de l'association.

Dès lors, la cotisation ne peut constituer la traduction économique de la valeur de qualité de membre de l'association, et donc le prix à payer pour adhérer. Il ne s'agit que d'une somme versée à titre symbolique, dans une intention presque libérale, témoignant ainsi dans l'adhésion à un programme associatif, à une idéologie. Le bénéfice obtenu est ici purement moral. Or, le prix nécessite un tant soit peu de matérialité, bien que l'on admette l'existence de la propriété intellectuelle.

Toutes les sommes d'argent versées afin d'obtenir une contrepartie ne constituent pas toujours des prix : les dommages-intérêts, les donations rémunératoires excessives, les indemnités de non-concurrence, les apports en société et les cotisations à des associations constituent des contre-exemples. Si de l'argent est versé afin d'obtenir quelque chose, il ne s'agit pas pour autant d'un prix. Il en va de même lorsqu'une somme d'argent, estimant la valeur, est versée dans le cadre d'un mécanisme estimatoire.

2. Valeur et équité, correctif de mécanisme estimatoire

L'équité est une notion juridique flottante, qui semble souvent guider la main du législateur, et du magistrat. De nombreux mécanismes en font preuve et notamment des mécanismes estimatoires en droit des biens, en droit des régimes matrimoniaux et en droit des successions. Le recours à l'équité conduit au versement de sommes d'argent entre les indivisaires, les héritiers et les époux, afin de garantir l'égalité ceux-ci. Dans la mesure où cette somme d'argent traduit une valeur, un parallèle avec le prix s'établit naturellement.

63. Importance de la date d'estimation. – Le droit des biens, le droit des régimes matrimoniaux et le droit des successions envisagent des cas particuliers de propriété collective : des individus disposent de droits sur un même bien ou un même ensemble de biens. Cette situation de propriété collective peut se dérouler sur une longue période, au cours de laquelle des variations de valeur sont susceptibles de survenir, du fait de la dépréciation monétaire⁴⁵⁰ ou alors du comportement de l'un des indivisaires qui aurait amélioré ou déprécié la valeur de l'un des biens. Trois situations doivent ici être distinguées.

La première hypothèse est celle de l'indivision, qu'elle soit postcommunautaire, successorale ou simplement de droit commun. Des individus exercent conjointement leur droit de propriété sur un bien ou un ensemble de biens. Mais un indivisaire peut engager des frais afin d'améliorer un bien ou, au contraire, adopter un comportement négligent conduisant à la dépréciation de celui-ci. La question de la date de détermination permet d'établir qui, de l'indivision ou de l'indivisaire, supportera la charge de la dépense faite.

Le droit des régimes matrimoniaux connaît des difficultés similaires, lorsque les fonds propres d'un époux ont servi à améliorer un bien de la communauté, ou inversement. Ici, il serait possible d'estimer le bien à la date à laquelle il est entré dans le patrimoine de la communauté ou de l'époux, ou à la date du partage. La première option ne tiendrait alors absolument pas compte des efforts financiers déployés par l'époux ou la communauté afin d'augmenter la valeur du bien.

Enfin, la dernière hypothèse est celle dans laquelle les variations de valeur les plus importantes sont susceptibles de survenir : les libéralités effectuées par le *de cuius* à un héritier réservataire. Un bien est donné à un héritier avant le décès de celui-ci et sa valeur doit être rapportée à la masse partageable. Or, compte tenu de l'écoulement du temps particulièrement important, de nombreuses variations en valeur sont susceptibles de survenir. Cette interrogation est d'une particulière importance en matière de libéralités successorales, car, outre le délai parfois long qui peut exister entre la naissance de l'indivision successorale et le partage, de nombreuses années peuvent s'écouler entre la donation et le décès du *de cuius*. Durant cette période, la valeur du bien peut être considérablement modifiée du fait du comportement du gratifié, à la hausse comme à la baisse. Il est également possible que la valeur soit dépréciée du fait d'éléments extérieurs, comme la variation du cours de la monnaie, subissant ainsi de plein

⁴⁵⁰ En matière de successions, v. sur en ce sens P. CATALA, *Les règlements successoraux depuis les réformes de 1938 et l'instabilité économique*, thèse Montpellier, 1954.

fouet la dépréciation monétaire⁴⁵¹. Il est donc particulièrement important de déterminer la date à laquelle la valeur doit être appréciée, s'il s'agit de la date de la donation ou de la date du partage.

64. Choix de la revalorisation de la créance. – La réponse du législateur à la date de l'estimation de la valeur est unanime : elle doit être appréciée au jour du partage. Ainsi, l'article 829 du Code civil propose ainsi, en matière d'indivision⁴⁵², d'établir celle-ci à la date de la jouissance divise, telle que déterminée par l'acte de partage, sous couvert de la fixation judiciaire d'une date plus ancienne. Il convient de fixer cette date au plus proche du partage, au moment des dernières opérations de liquidation, afin que la valeur des biens estimée soit la plus exacte possible. Par ailleurs, en cas de variation de valeur du bien *indivis* entre la date de naissance de l'indivision et celle de la jouissance divise, l'article 815-3 du Code civil prévoit que « lorsqu'un indivisaire a amélioré à ses frais l'état d'un bien indivis, il doit lui en être tenu compte selon l'équité, eu égard à ce dont la valeur du bien se trouve augmentée au temps du partage ou de l'aliénation », la solution restant la même en cas de dépréciation de la valeur du bien. De même, l'article 860 du Code civil, introduit par la réforme des successions de 1971⁴⁵³ s'est prononcé en faveur de l'estimation du bien objet de la libéralité ou du legs rapportable au jour du partage, bien que quelques précisions aient été apportées par la loi de 2006⁴⁵⁴.

L'article 1468 du Code civil tranche la question en énonçant que la récompense due par un époux ou la communauté « ne peut être moindre que le profit subsistant, quand la valeur empruntée a servi à acquérir, à conserver ou à améliorer un bien qui se retrouve, au jour de la liquidation de la communauté, dans le patrimoine emprunteur ». Cette disposition valide dans un premier temps l'existence des récompenses, entendues au sens d'une indemnité due par une personne qui conserve un bien en nature à celui qui avait des droits sur la valeur de ce bien⁴⁵⁵. Dans un second temps, l'article 1468 du Code civil fixe au jour de la liquidation du régime

⁴⁵¹ Sur ce point, v. P. CATALA, *Les règlements successoraux depuis les réformes de 1938 et l'instabilité économique*, *ibid.*

⁴⁵² V. aussi, concernant la date d'estimation de la valeur, mais hors du champ de l'indivision, les articles 548, 549, 554, 566, 571, 574, 576 (accession), 587, 616 (usufruit), 660, 661 (mitoyenneté), 1352-3 et 1352-8 (restitutions) du Code civil.

⁴⁵³ Loi n° 71-523 du 3 juillet 1971 modifiant certaines dispositions du code civil relatives aux rapports à succession, à la réduction des libéralités excédant la quotité disponible et à la nullité, à la rescision pour lésion et à la réduction dans les partages d'ascendants, *JORF* du 4 juillet 1971, p. 6515.

⁴⁵⁴ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, *JORF* n° 145 du 24 juin 2006, p. 9513.

⁴⁵⁵ Indemnité pécuniaire due par la communauté à l'un des époux, ou l'un des époux à la communauté et qui est réglée après la dissolution de la communauté (v. « récompense » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2017, p. 863).

matrimonial la date de l'estimation de la valeur des biens, ce qui permet de tenir compte des dépenses opérées par l'un des époux ou par la communauté.

Finalement, pour des raisons d'équité et afin de prévenir l'enrichissement sans cause de l'un des indivisaires, époux ou héritiers, le législateur s'est prononcé en faveur de la revalorisation de la créance⁴⁵⁶, à la hausse comme à la baisse, en ayant très largement recours à la technique de la dette de valeur. Malgré les difficultés pratiques du recours à une telle méthode, notamment en termes de calcul, il est vrai que « l'accroissement de valeur des biens indivis, même s'il est dû à l'un des indivisaires, concerne des biens qui appartiennent à tous »⁴⁵⁷.

65. Distinction entre le prix et les indemnités de l'indivision, de la succession et des récompenses matrimoniales. – En fixant à la date du partage la date d'évaluation des biens, le législateur a créé une difficulté supplémentaire. Les indivisaires, héritiers ou époux vont en effet devoir estimer la nouvelle valeur du bien et rapporter ce chiffre à la masse partageable. Il est donc tout à fait envisageable que s'il s'est enrichi au détriment de la collectivité, l'indivisaire, héritier ou époux doive restituer ce qu'il a perçu. Une somme d'argent va donc transiter entre un individu et une seconde entité. Celle-ci traduit la différence de valeur du bien entre le partage et une autre date. Il s'agit donc d'une somme d'argent qui exprime une valeur. De là à l'assimiler à un prix, il n'y a qu'un pas.

Pourtant, à l'instar de la soulte, la valeur ici estimée ne correspond que partiellement à la valeur totale du bien. L'indemnité ne traduit qu'une fraction de la valeur de celui-ci, contrairement au prix qui estime l'intégralité de la valeur du bien. Cette différence, d'origine notionnelle, mène nécessairement à une différence de fonction. La main du législateur a été guidée par la volonté d'assurer l'équité dans le partage, afin d'éviter l'enrichissement sans cause, alors que la fonction du prix est toute autre : exprimer le désir ressenti par les parties. La différence est ici notionnelle et fonctionnelle.

Le prix doit donc être distingué des indemnités liées à l'indivision, mais aussi plus généralement d'autres contreparties de l'obligation. Il semble dès lors possible de dégager des critères permettant de caractériser aisément le prix, au regard d'autres sommes d'argent traduisant une valeur. L'établissement de tels critères permet ainsi d'affiner la définition du prix.

⁴⁵⁶ F. TERRE, Ph. SIMLER et A. WEILL, *Droit civil. Les biens*, 6^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2002, n° 590, p. 447.

⁴⁵⁷ Ch. LARROUMET, *Les biens droits réels principaux*, t. 2, 5^e éd., Economica, coll. Droit civil, 2006, n° 284, p. 164.

B. Critères de distinction entre le prix et d'autres traductions de la valeur

L'affinement de la définition du prix permet de distinguer le prix d'autres sommes traduisant la valeur économique, sans pour autant constituer un prix.

66. Affinement de la définition du prix. – La traduction de la valeur économique n'est pas une fonction spécifique du prix, d'autres sommes d'argent expriment des valeurs d'échange sans toutefois constituer un prix. L'étude successive de ces hypothèses douteuses aura permis de mettre en lumière des points de discordance entre celles-ci et le prix, grâce auxquelles il sera possible d'affiner la définition du prix. Le versement du prix permet d'obtenir le bien désiré. Le prix se distingue donc d'autres sommes d'argent traduisant des valeurs du fait de sa fonction particulière : « réaliser un paiement par transfert de cette valeur »⁴⁵⁸.

Le premier critère est celui de l'expression du désir. Le prix doit être distingué des sommes d'argent qui n'expriment pas une inclination à l'idée de posséder un bien ou de profiter d'un service. Le recours à cette condition permet de distinguer le prix des dommages-intérêts et de l'indemnité de non-concurrence, lesquels traduisent une souffrance. De même, lorsque la seule fonction de cette somme d'argent est d'éviter l'enrichissement sans cause, sans pour autant traduire aucun désir, il ne peut s'agir d'un prix. Cette condition permet donc d'écarter également les indemnités liées à l'indivision.

Le prix doit également exprimer l'intégralité de la valeur du bien ou du service, et non plus seulement une fraction de celle-ci, comme c'est le cas en matière de soulte, de donation rémunératoire ou pour les indemnités liées à l'indivision. Ces dernières n'expriment en effet qu'une différence en valeur. Enfin, en application de la force obligatoire du contrat, le prix est versé de manière irréversible. Il ne peut être versé dans un espoir de retour, ce qui permet de le distinguer de l'apport en société en numéraire, lequel ne consiste qu'en un versement temporaire d'une somme exprimant une valeur d'échange.

Finalement, le prix peut être défini comme la traduction intellectuelle de valeur économique d'un bien ou d'un service, en ce qu'il traduit le désir ressenti à l'égard de l'intégralité de celui-ci.

⁴⁵⁸ V. en ce sens Mme Blanche Sousi-Roubi, selon laquelle « une somme d'argent ne constitue un prix que si cette somme est considérée non comme une marchandise, mais comme un moyen de paiement (B. SOUSI-ROUBI, « Le contrat d'échange », *RTD civ.* 1978, p. 257) et M. Quentin Guiguet-Schiele pour lequel « une définition pertinente du prix suppose la conjonction d'une nature et d'une fonction : par nature, le prix est une valeur ; sa fonction est de réaliser un paiement par transfert de cette valeur » (Q. GUIGUET-SCHIELE, « Repenser l'échange », *RTD civ.* 2013, p. 539).

CONCLUSION DE LA SECTION II

L'appréhension juridique de la valeur économique se révèle particulièrement approfondie, le droit accueillant tant la valeur d'usage que la valeur d'échange.

67. La recherche d'expression de la valeur d'usage et de la valeur d'échange dans le droit positif amène au constat de l'existence certaine de la valeur en droit, à travers le prix. La valeur d'usage, notion économique flottante, fait l'objet d'une appréhension juridique périlleuse. Étudier la valeur d'usage revient à déterminer ce qui confère sa valeur à un bien ou un service, ce qui suscite le désir à son endroit. La valeur d'usage est ainsi appréhendée par le droit, à travers l'erreur sur les qualités essentielles, les vices cachés en matière de vente ou de bail et la valeur du droit d'usage d'un immeuble. Partant, le droit a également approfondi sa réception de la valeur d'usage en tentant d'appréhender ponctuellement des situations dans lesquelles le désir ne s'explique que difficilement, pour des raisons propres à chacun – sentimentales, religieuses ou culturelles. La réception de la valeur d'usage par le droit se révèle donc complète, car les deux aspects sont tour à tour envisagés. Toutefois, le droit semble se refuser à estimer les valeurs d'échange particulières et ne s'intéresse qu'à leur protection.

Si l'étude de la valeur d'usage en droit s'avère très intéressante intellectuellement, ce travail conserve pour objectif d'étudier les rapports juridiques entre le prix et la valeur. Les manifestations de la valeur d'usage en droit sont trop ponctuelles et les règles afférentes s'avèrent affranchies de l'idée de prix, ce qui justifie d'écarter cette thématique du champ de cette étude.

68. La valeur d'échange est, au contraire, bien connue du droit, la définition économique de la valeur d'échange recoupant très souvent celle, juridique, du prix. La confrontation des deux notions révèle toutefois des zones d'ombre, permettant d'affirmer que la définition juridique du prix est plus restreinte que celle, économique, de la valeur d'usage. La justification est double. Tout d'abord, le postulat établi dans la première section était que toutes les choses, au sens non juridique du terme, avait une valeur. Or, le droit refuse parfois, pour des raisons purement psychologiques ou éthiques d'accorder un prix à certains biens, dont notamment le corps humain, le domaine public, les armes, la drogue. Mais l'attribution d'un prix juridique à ces biens est variable et relative, comme en témoigne l'admission de la cession à titre onéreux des clientèles civiles. Ce n'est jamais pour des raisons ontologiques que les biens se voient attribuer un prix juridique, reconnaissant leur valeur économique, car rien n'est inestimable, mais uniquement pour des motivations politiques.

Par ailleurs, il est de nombreuses hypothèses où une somme d'argent exprime une valeur d'échange, sans pour autant constituer un prix au sens juridique du terme. Le prix, comme entendu dans la suite de ce travail, doit donc être entendu comme l'expression de la valeur économique d'un bien, traduisant le désir ressenti à l'égard de l'intégralité de celui-ci.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Au terme du premier chapitre de ce travail, il est ainsi possible d'affirmer que la valeur économique n'est pas si ignorée de la science juridique que certains l'affirment. Au contraire, le droit reçoit directement la valeur à travers la notion de prix, bien plus familière des juristes.

69. Le prix serait ainsi la traduction intellectuelle de la valeur. Le passage de la valeur au prix a lieu par le biais d'un mécanisme estimatoire n'empruntant aucune forme juridique connue, relevant davantage du constat, de la prise d'acte.

En toute rigueur, il convient toutefois d'observer que le résultat obtenu n'est qu'imparfait : compte tenu de l'appréciation subjective de la valeur réalisée par chacun, l'estimation réalisée ne peut être que ponctuelle et approximative. Enfin, la seconde lacune relève du mécanisme découle de l'organisation du droit positif : le régime du prix est totalement inadapté à la traduction de valeurs négatives. Une adaptation de la science juridique est nécessaire.

70. La réception de la valeur par le droit ne se limite pas à cette réception directe et élémentaire. De manière plus approfondie, le droit appréhende distinctement ce que l'économie aura nommé valeur d'usage et valeur d'échange. L'étude de l'appréhension juridique de la valeur d'usage, et plus particulièrement de valeurs d'usage particulières telles que la valeur sentimentale ou le sacré, amène au constat que le droit n'effectue qu'une appréciation éclatée de ces valeurs, en proposant un régime protecteur sans s'intéresser à la question du prix. Exceptionnellement, le droit appréhende donc ici la valeur de manière frontale, sans recourir à l'intermédiaire que constitue le prix.

L'étude de la valeur d'échange à travers le droit permet également d'affiner la définition du prix, permettant ainsi de le distinguer d'autres sommes d'argent traduisant une valeur, mais ne constituant pas pour autant des prix. Ce dernier développement permet ainsi d'aboutir à une définition du prix précise, qui servira de point de départ pour tout le reste de ce travail : le prix doit ainsi être appréhendé comme la traduction intellectuelle de valeur économique d'un bien ou d'un service, en ce qu'il traduit le désir ressenti à l'égard de l'intégralité de celui-ci.

Une fois la question de la traduction intellectuelle de la valeur résolue, il convient de s'intéresser à sa traduction matérielle. Si certes le prix traduit la valeur, de quelle manière convient-il d'exprimer celui-ci ?

CHAPITRE II

EXPRESSION MATERIELLE DE LA VALEUR

Une fois le lien juridique entre le prix et la valeur économique établi, il convient de s'intéresser à la substantialisation de celui-ci. Cela revient *in fine* à se demander sous quelle forme le prix exprime la valeur. « L'économie monétaire a fait que notre sentiment de valeur à l'égard des choses se mesure d'ordinaire à leur prix en argent »⁴⁵⁹ affirme le philosophe et sociologue allemand Georg Simmel dans son ouvrage, *Philosophie de l'argent*. L'effarante banalité de l'opération d'échange d'une chose contre de l'argent conduit à occulter la démarche estimatoire. On ne prête plus attention, en droit comme dans la vie courante, au fait que la monnaie serve à mesurer la valeur⁴⁶⁰. La monnaie assure en réalité un double rôle, car elle permet de traduire en chiffre la valeur économique d'un bien, mais aussi de payer ce qui est dû⁴⁶¹. Au terme de leurs travaux, respectivement sur la monnaie et le paiement de l'obligation monétaire, M. Rémy Libchaber⁴⁶² et Thomas Le Gueut⁴⁶³ ont introduit la distinction entre les unités de valeur et les unités monétaires. La première permet de mesurer et d'exprimer la valeur des choses entre elles : elle établit une relation d'équivalence, tandis que la seconde rend la transaction concrètement réalisable.

⁴⁵⁹ G. SIMMEL, *Philosophie de l'argent*, 3^e éd., PUF, coll. Quadrige, 1987, p. 119.

⁴⁶⁰ F. GRUA, « Paiement des obligations de sommes d'argent », *J.-Cl. civ.*, Art. 1343 à 1343-5, fasc. 30.

⁴⁶¹ J.-M. BRUGUIERE, « Qu'est-ce que la monnaie ? », *JCP E* 2001, n° 48, p. 1905.

⁴⁶² R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 225, 1992.

⁴⁶³ Th. LE GUEUT, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2016.

Sans le savoir, M. Georg Simmel affirmait la nature monétaire du prix juridique : l'argent est l'unité de mesure de la valeur économique. Le prix pourrait alors être réduit à une « certaine quantité de monnaie »⁴⁶⁴. L'étude de la représentation matérielle de la valeur économique à travers le prix confirmera cette affirmation. Un retour aux fondamentaux et une analyse approfondie des liens entre la vente et sa lointaine parente, le troc, permettront d'identifier précisément le critère en cause : aujourd'hui, le prix doit être payé en argent, et plus précisément en euro. Une fois ce prérequis établi, l'application pratique du critère retiendra l'attention, car il apparaît comme le critère de distinction naturel entre l'échange et la vente, mais aussi entre les autres catégories de contrats nommés, et les limbes des contrats innommés (section I).

Si la nature monétaire du prix, en tant qu'expression de la valeur économique, a longtemps été affirmée, elle est toutefois aujourd'hui largement remise en cause. La pratique juridique connaît en effet des incohérences notables : un prix peut être partiellement envisagé sous forme monétaire, tout comme un échange peut être conventionnellement accompagné d'une soulte. Le critère du prix monétaire semble ainsi limité intrinsèquement. Par ailleurs, les évolutions de la société entraînent une recrudescence du troc et les évolutions technologiques conduisent à l'apparition de nouvelles formes de monnaie. C'est tant la distinction en elle-même, que le critère qui sont remis en cause. Tous ces éléments conduisent à reconsidérer le critère de distinction affirmé jusqu'ici. Une analyse approfondie des différentes voies envisageables soulèvera la nécessité de réformer le critère, en pratiquant un élargissement modéré et ainsi admettre certaines formes de paiement en nature, au sein du contrat de vente (section II).

⁴⁶⁴ J. GHESTIN et M. BILLIAU, *Le prix dans les contrats de longue durée*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 1990.

SECTION I

AFFIRMATION DE LA NATURE MONETAIRE DU PRIX

L'étude de la nature monétaire du prix suppose dans un premier temps d'envisager les origines historiques de celui-ci et notamment son affirmation en tant que critère de distinction entre la vente et l'échange. L'apparition de la monnaie d'échange est venue perturber les économies primitives, lesquelles étaient, du moins en apparence, basées sur le troc et a influencé la création des premières catégories contractuelles. Le prix, au sens juridique, doit ainsi, en théorie, porter sur une somme d'argent et, plus particulièrement, des euros (§ 1).

L'application du critère au droit positif conduira à valider l'existence du critère préalablement déterminé. Le critère du prix monétaire permet bel et bien, en pratique, de distinguer les contrats dans lesquels la contrepartie est de nature monétaire, de ceux dont elle ne l'est pas (§ 2).

§1 – Identification du principe du prix monétaire

L'apparition de la monnaie a permis la distinction historique entre la vente et l'échange. Le prix a donc une nature par essence monétaire (I.). Toutefois, il ne peut pas s'agir de n'importe quelle monnaie : le prix doit aujourd'hui être exprimé en euro (II.).

I. UN PRIX MONETAIRE

L'apparition de la monnaie a eu une influence considérable lors de la systématisation des premiers modèles contractuels en droit romain, si bien que l'existence d'un prix monétaire apparaît comme le critère de distinction historique entre les contrats de vente et d'échange (A.). Les obligations portant sur des sommes d'argent présentent ainsi certaines particularités permettant de les distinguer des autres types d'obligations (B.).

A. Apparition du critère du prix monétaire

Le critère du prix monétaire est le fruit de l'évolution du droit, en parallèle de celle de la monnaie.

71. Échange et monnaie de compte dans les sociétés primitives. – L'échange, aussi appelé « troc » par les économistes, serait le mode d'échange économique le plus ancien, apparu au Néolithique grâce au développement de l'agriculture et de l'élevage. Il s'agit du procédé en

vertu duquel un objet est échangé contre un autre, sans l'usage de la monnaie⁴⁶⁵. En propension de la nature humaine⁴⁶⁶, les hommes se regroupèrent en tribus et commencèrent à fabriquer des objets, puis à échanger leur surplus, ce qui donna naissance au troc. Les traces les plus anciennes de troc sont ainsi retrouvées dans les civilisations égyptiennes, amérindiennes et phéniciennes. Le troc pouvait également porter non pas sur des biens, mais sur des services, constituant ainsi un échange de bons procédés. Adam Smith résume l'intérêt de l'échange à titre personnel en ces termes : « donnez-moi ce dont j'ai besoin, et vous aurez de moi ce dont vous avez besoin vous-même »⁴⁶⁷.

Mais la comptabilité a toujours exigé le recours à une unité de compte étalon, universelle et abstraite, afin d'exprimer matériellement la valeur d'un bien : le troc exige une monnaie de compte⁴⁶⁸, ici la monnaie sert à déterminer un *quantum*, sans pour autant préjuger de l'unité monétaire utilisée par la suite⁴⁶⁹. De nombreuses civilisations primitives, dénuées de monnaie de paiement, ont eu besoin de faire des comptes et des calculs, ce qui nécessite le recours à une monnaie abstraite, sans représentation concrète, c'est-à-dire à une monnaie de compte. L'idée de la mesure de la valeur est totalement déconnectée de celle du paiement. Il s'agit souvent de dérivés d'unité de poids, formant une unité de compte étalon : le mine en Mésopotamie, le Sha et le Deben en Égypte. Les économies prémonétaires apparaissent davantage comme un « gigantesque système de crédit »⁴⁷⁰, que fondées uniquement sur le troc.

Finalement, la monnaie de compte ayant toujours cohabité avec le troc, l'affirmation selon laquelle « l'échange a précédé historiquement la vente »⁴⁷¹ serait plus dogmatique que véridique⁴⁷². Contrairement à ce qui est souvent soutenu par les économistes, et notamment par

⁴⁶⁵ J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., Dalloz, coll. Précis Droit privé, 2010, n° 481, p. 746.

³⁰⁵ A. SMITH, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1, Economica, 2000, p. 19.

⁴⁶⁷ L'économiste poursuit en ces termes : « Par exemple, dans une tribu de chasseurs ou de bergers, un individu fait des arcs et des flèches avec plus de célérité et d'adresse qu'un autre. Il troquera fréquemment ces objets avec ses compagnons contre du bétail ou du gibier, et il ne tarde pas à s'apercevoir que, par ce moyen, il pourra se procurer plus de bétail et de gibier que s'il allait lui-même à la chasse. Par calcul d'intérêt donc, il fait sa principale occupation de fabriquer des arcs et des flèches, et le voilà devenu une espèce d'armurier ».

⁴⁶⁸ H. GUITTON et G. BRAMOULLE, *La monnaie*, 6^e éd., Dalloz, 1987, p. 25.

⁴⁶⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10^e éd., LGDJ, 2018, n° 1096, p. 641.

⁴⁷⁰ A. TESTART, *Aux origines de la monnaie*, Errance, 2001, p. 38.

⁴⁷¹ V. en ce sens J. GHESTIN et B. DESCHE, *La vente*, LGDJ, 1990, n° 33, p. 31 – Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 10^e éd., Lextenso, coll. Droit civil, 2018, n° 802, p. 491.

⁴⁷² H. GUITTON et G. BRAMOULLE, *La monnaie*, *op. cit.*, p. 2. Les mêmes auteurs nuancent toutefois leur propos quelques pages plus tard (p. 20) : si la monnaie est une substance, elle a nécessairement précédé le crédit car la croyance exige un monde plus évolué, plus éduqué. En revanche aujourd'hui, du fait du cours légal de la monnaie, la croyance supplante largement la substance. Cette affirmation est également contredite par les sociologues (v. I. REISS-SCHIMMEL, *La psychanalyse de l'argent*, O. Jacob, 1993) et les juristes.

A. Smith, la monnaie ne succède donc pas au troc, et n'en constitue pas plus une évolution, car la monnaie de compte a toujours existé. Il est donc finalement restrictif de considérer, à l'instar de Portalis, que l'échange était l'unique commerce des peuples naissants⁴⁷³. Seule la monnaie d'échange est apparue plus tardivement. Le passage du troc à la monnaie, et donc de l'échange à la vente, est une fable⁴⁷⁴ créée par l'économie politique, très largement contestée par les anthropologues.

72. Intérêt de la monnaie d'échange au regard du troc. – Les limites de l'échange sont rapidement apparues aux hommes⁴⁷⁵ et l'intensification de ceux-ci a favorisé l'apparition de la monnaie d'échange. Tout d'abord, le bien proposé à l'échange ne suscite pas toujours l'intérêt du coéchangiste : il faut une double coïncidence entre le bien dédaigné par l'un et les désirs de l'autre, laquelle arrivera rarement⁴⁷⁶. La monnaie possède ainsi un pouvoir libérateur universel, de plein droit : il n'y a pas besoin d'un accord du créancier pour que la remise des unités monétaires libère le débiteur à son égard⁴⁷⁷. Se pose de plus la question de la possible division de l'un des biens, si sa valeur est très largement supérieure au bien proposé à l'échange. En effet, sauf circonstances exceptionnelles, la valeur d'un bœuf est très largement supérieure à celle d'un œuf. Or, il est impossible de diviser un bœuf, tout en conservant sa véritable valeur. La réalisation d'un tel échange supposerait de découper l'animal en morceaux, ce qui n'est pas toujours possible. Enfin, en cas d'échanges en chaîne, survient également la difficulté de l'évaluation de la valeur : la liste des prix devrait comporter la valeur de chaque denrée en termes de chaque autre denrée⁴⁷⁸, ce qui complexifie d'autant le mécanisme. La monnaie pallie ces inconvénients en ce qu'elle offre une unité commune permettant la mesure de la valeur ainsi

⁴⁷³ J.-É.-M. PORTALIS, *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil*, Firmin Didot Frères, 1838, p. 589.

⁴⁷⁴ J.-M. SERVET, « La fable du troc », in *Droit et monnaie. États et espace monétaire transnational*, P. KAHN (dir.), Litec, 1998, p. 49. Selon cet auteur, la « fable du troc » est une vision « rabougrie » de notre commerce actuel.

⁴⁷⁵ Et pas seulement aux adultes : les enfants pratiquent couramment l'échange dans les cours de récréation : « un calot contre deux agates » (v. F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2019, n° 586, p. 515). Que faire lorsque le camarade n'a pas de billes intéressantes ?

⁴⁷⁶ L'économiste W. Jevons illustre ainsi cette difficulté avec l'exemple suivant : « Un chasseur, au retour d'une chasse heureuse, a beaucoup plus de gibier qu'il ne lui en faut et manque peut-être d'armes et de munitions pour recommencer sa chasse. Mais ceux qui ont des armes sont peut-être fort bien pourvus de gibier, de telle sorte qu'un échange direct entre eux est impossible » (W. JEVONS, *La monnaie et le mécanisme de l'échange*, Félix Alcan, 1891, p. 3).

⁴⁷⁷ M. ROUSSILLE, « Le bitcoin : objet juridique non identifié », *Banque & droit*, 2015, n° 159, p. 27.

⁴⁷⁸ Cette difficulté est largement perçue par les économistes, en témoignent les développements de W. Jevons : « si l'on donne une certaine quantité de bœuf pour une certaine quantité de blé ; si l'on échange de la même façon le blé pour du fromage, le fromage pour des œufs, les œufs pour de la cire, et ainsi de suite, nous aurons encore à résoudre cette question : combien de bœuf pour combien de cire ? C'est-à-dire combien faut-il donner de chaque denrée pour une quantité déterminée d'une autre marchandise ? » (W. JEVONS, *La monnaie et le mécanisme de l'échange*, op. cit., p. 4).

qu'un médium d'échange, elle-même. Grâce à la monnaie, il est possible d'acquérir n'importe quel autre bien, son pouvoir d'achat étant indifférencié⁴⁷⁹, mais également de pratiquer la thésaurisation. Pour reprendre les mots de Portalis, « l'argent est le signe de toutes les valeurs »⁴⁸⁰. L'échange constituant le signe des sociétés archaïques, l'introduction de la monnaie constituerait une évolution⁴⁸¹ et définirait une technologie efficace de transaction⁴⁸².

73. Apparition progressive de la monnaie d'échange. – Des formes de monnaies d'échange primitives, également connues sous le nom de paléomonnaies, sont mises en place⁴⁸³. La monnaie n'existe finalement qu'afin de faciliter les échanges commerciaux, lesquels existeraient aussi bien en l'absence de celle-ci⁴⁸⁴. La monnaie présente en effet l'intérêt « d'étalonner les valeurs d'une manière compréhensible pour l'ensemble des individus appartenant à la collectivité, puisqu'aussi bien chacun est capable de comprendre la signification d'un prix évalué en unités de valeur »⁴⁸⁵. L'étape suivante fut l'avènement progressif de la monnaie métallique⁴⁸⁶, par élimination progressive de moyens d'échange moins désirables⁴⁸⁷. Le mot « monnaie » a d'ailleurs pour origine le temple romain de Junon Moneta, dans lequel étaient frappées les pièces d'or. Les avantages de la monnaie métallique sur les valeurs primitives sont nombreux : elle dispose d'une valeur intrinsèque⁴⁸⁸, elle est inaltérable et donc durable, elle peut être divisée, car malléable, tout en restant relativement rare. La monnaie est également petite, solide et facile à compter, ce qui lui permet d'être aisément échangeable. La monnaie métallique s'étendit alors autour de la Méditerranée (drachme, thaler, sesterces ...), bien que de nombreuses civilisations continuèrent à recourir à des paléomonnaies

⁴⁷⁹ J. IBANES, *La doctrine de l'Eglise et les réalités économiques au XIIIe siècle. L'intérêt, les prix et la monnaie*, PUF, 1967, p. 47.

⁴⁸⁰ J.-É.-M. PORTALIS, *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil*, op. cit., p. 10.

⁴⁸¹ M. MAUSS et F. WEBER, *Essai sur le don : forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, PUF, coll. Quadrige Grands Textes, 2012, p. 231.

⁴⁸² H. GUITTON et G. BRAMOULLE, *La monnaie*, op. cit., p. 13.

⁴⁸³ Composées d'éléments présents dans la nature, de matières premières communes, elles sont aisées à échanger et à stocker, sans réelle valeur intrinsèque. Il existe une grande diversité des paléomonnaies : coquillages, dents, graines, morceaux de tissu, sel, bétail... Le mot « salaire » découle d'ailleurs du mot « sel », tout comme le latin *pecus* (troupeau) a donné naissance au nom « pécuniaire », et le sankrit *rupa* a donné « roupie ».

⁴⁸⁴ R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, op. cit., n° 5, p. 4.

⁴⁸⁵ R. LIBCHABER, op. cit., n° 22, p. 22. V. également en ce sens Th. LE GUEUT, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, op. cit., n° 172, p. 118.

⁴⁸⁶ Les premières pièces métalliques auraient été fabriquées en Asie mineure au VII^e siècle avant notre ère, mais les pièces frappées n'apparurent qu'au siècle suivant, vers 650 avant notre ère, notamment en Chine.

⁴⁸⁷ J.-L. HERRENSCHMIDT, « Histoire de la monnaie », in *Droit et monnaie. États et espace monétaire transnational* P. KAHN (dir.), Litec, 1998, p. 15 et s.

⁴⁸⁸ Sur le point de savoir si l'argent est lui-même une valeur ou s'il n'est qu'un signe, v. G. SIMMEL, *Philosophie de l'argent*, 3^e éd., PUF, coll. Quadrige, 1987, p. 125 et s.

longtemps après l'avènement de la monnaie métallique⁴⁸⁹. Aujourd'hui, des monnaies alternatives, assimilables à des paléomonnaies, sont parfois utilisées au sein de certains réseaux d'échange particuliers, en signe de protestation à l'économie traditionnelle capitaliste. Les systèmes d'échanges locaux (SEL⁴⁹⁰) constituent des associations au sein desquelles les membres échangent des biens ou des services. L'unité d'échange utilisée est généralement le temps passé.

74. Influence de la monnaie sur les modèles contractuels romains – La mise en circulation de la monnaie métallique dès 400 avant notre ère, conduit à la marginalisation de l'échange chez les Romains⁴⁹¹ et a pour conséquence son absence des grandes catégories juridiques romaines, établies postérieurement. Tout comme il est erroné d'affirmer que l'échange a précédé la monnaie⁴⁹², il est donc également incorrect de soutenir que l'échange a juridiquement précédé le contrat de vente.

En effet, les Romains archaïques ne connaissaient pas la monnaie d'échange et ne pratiquaient donc que l'échange⁴⁹³, mais sans que celui-ci soit systématisé. Les Romains pratiquent ensuite la vente grâce à du bronze non monnayé⁴⁹⁴ (*aes rude*). Une première trace timide de la monnaie en est ainsi retrouvée au sein de la procédure formelle et archaïque de *mancipatio* (aussi parfois dénommée *venditio per aes et libram*), sorte de vente fictive, laquelle permettait d'acquérir ou de céder solennellement la propriété d'un bien⁴⁹⁵. Il fallut attendre le droit romain classique pour que soient établies les grandes catégories de contrats, aux termes desquelles figurent les contrats effectivement pratiqués par les Romains : la vente et le louage

⁴⁸⁹ Originaires d'Inde et diffusées par les commerçants arabes, les « valeurs-cauri » furent ainsi utilisées en Afrique de l'Est jusqu'en 1955, et ce malgré leur interdiction par les gouvernements coloniaux en 1870. Les cauris constituent la « moins primitive des monnaies primitives » (v. F. DUPUY, « Les “monnaies primitives” : Nouvelles considérations », *L'Homme*, 2009, n° 190, pp. 129-151) car ils présentent tous les attributs de la monnaie moderne : solidité, divisibilité, maniabilité, facilité d'identification. Le *cauri* (aussi appelé *caudi*) a d'ailleurs donné son nom à l'unité monétaire actuelle du Ghana, le *cedi* et se retrouve frappé sur la pièce de 1 *cedi*. L'utilisation de l'image du cauri ne présente pas qu'un intérêt historique : la transition vers des monnaies papier dépourvue de toute valeur intrinsèque est parfois difficile à effectuer. Le recours à des symboles prestigieux, incarnant la richesse, permet de faciliter cette démarche.

⁴⁹⁰ L'acronyme « SEL » a été choisi en référence au sel, en tant que monnaie primitive. Sur ce point, v. R. LIBCHABER, « Actualité du non-droit : les systèmes d'échanges locaux », *RTD civ.* 1998, p. 800 -S. BRADBURN, *Les systèmes d'échanges locaux. Contribution à l'étude juridique de l'économie collaborative*, Dalloz, coll. Nouvelle bibl. de thèses, 2017).

⁴⁹¹ J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LECUYER et J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd. LGDJ, 2012, n° 12000, p. 593.

⁴⁹² Car il a toujours existé des monnaies de compte (cf. *supra* n° 71).

⁴⁹³ C. DEMANGEAT, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2, 3^e éd., A. Marescq aîné, 1876, p. 345.

⁴⁹⁴ J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, 3^e éd., Lextenso, coll. Montchrestien, 2009, p. 17.

⁴⁹⁵ Véritable « comédie extra-judiciaire », la *mancipatio* supposait une mise en scène au terme de laquelle une pièce de bronze, symbolisant le prix (*quasi pretii loco*) était frappée contre une balance d'airain.

d'ouvrage, mais pas l'échange. La vente devint mystérieusement⁴⁹⁶ un contrat consensuel de bonne foi, au sein duquel devaient être distinguées les actions *empti* et *venditi*⁴⁹⁷, l'achat et la vente. Elle pouvait être faite au comptant, mais également à crédit grâce au versement d'arrhes⁴⁹⁸. De même, le contrat de *locatio-conductio*, ancêtre du louage d'ouvrage, a été conçu moyennant l'obligation de verser une somme d'argent⁴⁹⁹ : si la nature de la contrepartie peut varier, la rémunération du *conductor* n'est envisagée que sous l'angle monétaire.

S'il pouvait exister en fait, le contrat d'échange brillait donc par son absence en droit romain, appartenant à la catégorie des contrats innommés. Le renforcement du statut de ces derniers permit la « redécouverte » progressive de l'échange par les Romains, donnant ainsi naissance, tardivement, au contrat de *rerum permutatio*, dont le régime était bien différent de l'*emptio-venditio*⁵⁰⁰ et de la *locatio operis faciendi*. À l'occasion de ce renouveau de l'échange, les Romains eurent l'occasion de s'interroger quant à l'acceptation à accorder à l'échange. Il est en effet possible d'accorder à l'échange un sens large, proche de celui de synallagmatique, et d'accorder ainsi cette qualification à tous les transferts de valeur quels qu'ils soient (*do ut des*, *do ut facias* et *facio ut facias*⁵⁰¹). « Echange » serait finalement le vocable générique désignant toutes les relations bilatérales⁵⁰². Au contraire, l'échange peut être entendu comme

⁴⁹⁶ Sur l'évolution du contrat de vente formel en contrat consensuel, v. J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit., n° 482, p. 747.

⁴⁹⁷ La première désigne l'action de l'acheteur contre le vendeur, et la seconde celle du vendeur contre l'acheteur.

⁴⁹⁸ J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit., n° 488, p. 755.

⁴⁹⁹ J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, op. cit., p. 271.

⁵⁰⁰ L'*emptio-venditio* est en effet un contrat consensuel n'entraînant pas de transfert de propriété, par opposition à la *permutatio* qui est un contrat réel entraînant un transfert de propriété.

⁵⁰¹ Ces expressions ne sont pas sans rappeler le triptyque des obligations de donner, de faire et de ne pas faire de l'ancien article 1101 du Code civil. Néanmoins, la « consistance » de l'obligation de donner fut très largement contestée par la doctrine, dans la mesure où le transfert de propriété n'est qu'un effet légal du contrat (v. M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85 – D. TALLON, « Le surprenant réveil de l'obligation de donner », *D.* 1992, chron. 67 – Ph. SIMLER, « Obligation de donner et transfert de propriété. Contribution à la question de la classification des obligations », *Rev. jur. Thémis*, 2011, vol. 45, p. 187 – Ph. SIMLER, v. « Contrats et obligations, Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *J.-Cl. civ.*, Art. 1136 à 1145, fasc. 10 – J. GHESTIN, « Réflexion d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981, chron. 13. – J.-P. CHAZAL et S. VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », *RTD civ.* 2000. 477 s. *Contra* : P. BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *RTD civ.* 1988. 673 s. – J. HUET, « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in *Etudes J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 425). Une fois l'échange des consentements réalisé, le débiteur n'a en effet rien à « faire » afin de transférer la propriété du bien. Cette opinion doctrinale a été prise en compte lors de la réforme du droit des obligations de 2016 et la distinction entre les obligations de faire et de donner semble avoir été abandonnée. Une référence directe au transfert de propriété est ainsi faite à l'article 1196 du Code civil, si bien que la distinction paraît aujourd'hui être celle entre les obligations translatives de propriété et celles qui ne le seraient pas. Néanmoins, les termes « obligation de faire » et « obligations de donner » étaient parlants, les expressions « *do ut des* », « *do ut facias* » et « *facio ut facias* », bien qu'elles ne soient plus d'actualité, seront conservées afin de faciliter la compréhension du lecteur,

⁵⁰² J. GHESTIN et B. DESCHE, *La vente*, op. cit., n° 35, p. 32 et J.-M. PUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, LGDJ, 1987, n° 25, p. 14.

un transfert réel de valeurs certaines, faisant ainsi référence à une opération juridique précise. Le choix opéré par les compilations justiniennes, celui de la *rerum permutatio*, consacre donc la deuxième perspective, plus restrictive. La *permutatio*, reléguée au rang de contrat innommé du type *do ut des*, ouvrait droit à la *condictio ob rem dati*⁵⁰³ (ou *condiction causa data non secuta*, action en restitution) et à l'*actio praescriptis verbis* (exécution forcée), laquelle nécessitait un commencement d'exécution. Il est ainsi devenu possible d'échanger légalement deux biens (*do ut des*). En revanche, les échanges visant un bien contre un service (*facio ut des*) ou deux services (*facio ut facias*) restent exclus de la qualification de *permutatio*.

Au I^{er} et au II^e siècle, une controverse théorique éclata entre deux écoles de pensée juridique, les Proculiens et les Sabinien. Il s'agissait de savoir si le *pretium* devait toujours être en argent ou s'il pouvait, à défaut, porter sur autre chose, assimilant ainsi la vente à l'échange. Gaius⁵⁰⁴, Paul⁵⁰⁵ et Justinien⁵⁰⁶ ont successivement dépeint cette querelle, de sorte que la lecture conjointe de leur œuvre permet d'établir avec certitude l'évolution du débat. Les Sabinien opérèrent une assimilation parfaite de la vente et de l'échange, faisant de celui-ci une espèce particulière de celle-là⁵⁰⁷ : l'échange recouvre ainsi toute opération bilatérale dont la fin est économique⁵⁰⁸. Un tel rapprochement des formes contractuelles permettait de sanctionner l'échange par les règles applicables à la vente, ce qui venait d'autant assouplir le système contractuel romain⁵⁰⁹.

⁵⁰³ J.-M. PUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, op. cit., p. 20.

⁵⁰⁴ « Le prix doit être décompté en argent ; on discute à bon droit si le prix peut être une autre chose par exemple un esclave ou une toge ou un bien-fonds du contractant. Nos maîtres pensent que le prix peut être autre chose que de l'argent. De là, l'opinion commune que l'achat-vente peut être faite sous forme de troc et que cette espèce et d'achat et vente serait la plus ancienne. (...) Les auteurs de l'école opposée ne sont pas d'accord et estiment que le troc n'équivaut pas à l'achat-vente, parce qu'il serait impossible de dire en cas de troc quelle chose a été vendue et quelle chose donnée en paiement, et qu'inversement il serait absurde de dire que chacune des deux choses a été vendue et donnée en paiement. Mais dit, Caelius Sabinus, si je reçois de toi une chose telle qu'un bien-fondé, que tu mets en vente, et que je donne à titre de prix mettons un esclave, il apparaît que le fonds a été vendu et l'esclave à titre de prix en vue de l'acquisition du fonds » (GAIUS, 3, 141).

⁵⁰⁵ « La vente et l'achat tirent leur origine de l'échange. Jadis, en effet, il n'y avait pas (comme aujourd'hui) d'argent monnayé (*nummus*), et il n'y avait pas de nom différent pour désigner la marchandise (*merx*) d'un côté, le prix (*pretium*) de l'autre ; mais chacun, selon la nécessité des circonstances et des objets, échangeait des choses qui lui étaient utiles contre d'autres qui lui étaient inutiles (...). Et depuis, les deux choses échangées ne sont plus appelées toutes deux marchandises, mais la seconde (= le matériau en question) est appelé « prix » (PAUL, Dig. 18, 1, 1).

⁵⁰⁶ « Mais l'avis de Proculus, qui déclarait que le troc est une espèce spécifique de contrat, distincte de la vente, a prévalu à bon droit, car lui aussi s'appuyait sur d'autres vers d'Homère et se défendait avec de meilleurs arguments. C'est cet avis que les empereurs nos prédécesseurs ont reçus, et c'est lui qui est exposé plus longuement dans notre Digeste » (JUSTINIEN, 3, 23, 2).

⁵⁰⁷ M. LEMERCIER, *De l'échange en droit romain et en droit français*, A. Chaix et Cie, 1879, p. 30.

⁵⁰⁸ J. GHESTIN et B. DESCHE, *La vente*, op. cit., n° 35, p. 32.

⁵⁰⁹ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé. Les obligations*, 1, 3^e éd., PUF, 1969, n° 244, p. 271.

À l'inverse, les Proculiens distinguèrent clairement le champ d'application des deux actions, réservant l'action *praescriptis verbis* à l'échange, considéré comme autonome. C'est finalement la position proculienne qui l'emporta⁵¹⁰. Gaius, pourtant issu de l'école sabinienne, affirma ainsi timidement que le prix devait être *in numerata pecunia*⁵¹¹, c'est-à-dire décompté en argent, refusant l'assimilation de la vente à l'échange. Une telle distinction permet d'isoler les parties à la vente et, par conséquent, les obligations leur incombant. À l'inverse, il est impossible d'appliquer à l'échange les règles plus favorables de la vente, et notamment l'absence de nécessité d'un commencement d'exécution pour exercer l'*actio empti* ou l'*actio venditi*. Le droit est donc clair sur ce point : la valeur d'un bien s'exprime à travers son prix en argent. Un raisonnement identique a été tenu en matière de louage d'ouvrage, la *locatio operis faciendi*. À défaut d'un prix versé *in pecunia numerata*, il ne pouvait être exercé qu'une action *praescriptis verbis* car la convention litigieuse devait alors être qualifiée de contrat innommé, *facio ut des* ou *facio ut facias*. Finalement, c'est une différence d'objet qui permet de distinguer ces deux contrats : une chose pour l'échange, un prix en argent pour la vente. Le critère du prix monétaire est donc clairement affirmé. Ce dernier permet de distinguer deux catégories alternatives de contrat : la vente et l'échange. Celles-ci sont bien antinomiques : seule la première suppose un prix *in numerata pecunia*.

La question s'est de nouveau posée au III^e siècle, dans un contexte de crise économique et de raréfaction du numéraire. Ce regain de l'échange illustre le rôle de contrepois de l'échange face aux carences de la monnaie métallique. En 238, est accordée une action *ad exemplum ex empto* (sur le modèle de la vente), lorsque le prix est constitué d'un terrain⁵¹². Mais dès 294, une constitution de Dioclétien met fin à cette pratique en rappelant qu'échanger n'est pas vendre⁵¹³.

75. Confusion à l'époque franque, corrigée par la rigueur des glossateurs. – Le haut Moyen-âge est le témoin d'un retour de la confusion entre l'échange et la vente. De nombreux facteurs ont conduit à semer le doute dans cette distinction pourtant bien établie. Tout d'abord,

⁵¹⁰ Il est difficile d'apporter une date précise à l'admission de la conception proculienne. Le texte de Gaius montre que cette opinion était déjà reçue de son temps. Claude Nicolet situe donc la fin de la controverse vers la fin du I^{er} ou le début du II^e siècle.

⁵¹¹ L'historien Claude Nicolet fait remarquer que, bien que *pecunia* puisse désigner, en langage juridique, aussi bien des valeurs que des biens, l'usage qui est fait par Gaius désigne les espèces monétaires, sans aucune confusion (v. C. NICOLET, « Plin, Paul et la théorie de la monnaie », in *Censeurs et publicains. Économie et fiscalité dans la Rome antique*, Fayard, p. 123).

⁵¹² R. MONIER, *Manuel de droit romain*, Domat Montchrestien, 1954, n° 110, p. 139.

⁵¹³ J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n° 486, p. 753.

la confiance n'étant pas le maître mot de l'époque, le fort consensualisme dont était empreint la vente s'estompa et la *traditio* de l'objet ou le paiement s'avérèrent nécessaires pour lier les parties⁵¹⁴, si bien que la vente en est presque devenue un contrat réel⁵¹⁵. Par ailleurs, la forme de vente la plus pratiquée à l'époque était la vente au comptant, c'est-à-dire la vente dans laquelle le prix est immédiatement et intégralement versé au vendeur. L'argent y apparaît alors plus comme un objet matériel donné en échange d'un autre, que comme une mesure commune des valeurs échangeables⁵¹⁶.

Il faudra attendre le travail des romanistes⁵¹⁷ pour revenir à plus de rigueur dans la distinction entre la vente et l'échange, en reprenant le critère de distinction établi par les compilations justiniennes : le prix en argent⁵¹⁸. Les romanistes affinent la notion de *pretium in numerata pecunia* : ainsi, « la qualification d'*emptio-venditio* ne saurait être attribuée lorsque la monnaie est versée en tant qu'espèce et non en quantité. (...) L'estimation transparaît davantage dans le prix en quantité : l'argent est la mesure de toutes choses et une quantité de monnaie modifiable au gré des parties paraît plus compatible avec l'idée de mesure et de variation que la monnaie "*in specie*" »⁵¹⁹. La conception sabinienne perdure toutefois subtilement, en ce que, à l'époque, « le concept général d'échange permet d'accepter l'or ou l'argent *in massa* » comme moyen de paiement⁵²⁰. Néanmoins, l'étude approfondie des compilations justiniennes dévoila quelques incohérences : dans deux extraits, des contrats sont incorrectement qualifiés de vente et d'échange⁵²¹.

L'identification du critère de la monnaie permet donc de distinguer, au sein des contrats à titre onéreux, entre les contrats portant sur des sommes d'argent de celles portant sur une obligation en nature.

⁵¹⁴ A. ESMEIN, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, Larose et Forcel, 1883, p. 11.

⁵¹⁵ J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit., n° 483, p. 749.

⁵¹⁶ J.-M. POUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, op. cit., p. 46.

⁵¹⁷ Jason confirme ainsi que la vente consiste en une dation d'argent pour recevoir un objet (JASON, *D.* 19.5.5 § et *si quidem*), cité par J.-M. POUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, LGDJ, 1987, n° 97, p. 52.

⁵¹⁸ IRNERIUS, *Summa Codicis*, IV, 54 ; *Summa Rogerii*, LVIII, de *rerum permutatione et prescriptis verbis acione*.

⁵¹⁹ J.-M. POUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, op. cit., n° 89, p. 47.

⁵²⁰ J.-M. POUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, op. cit., n° 64, p. 34

⁵²¹ *Dig.* 12, 4, 16 et *C.* 4, 64, 1. Le premier cas présente les apparences d'une vente, mais se voit appliquer les règles propres à l'échange en matière de transfert des risques. Inversement, le second concerne l'échange de deux propriétés, mais donne lieu à l'exercice d'une action *ad exemplum ex empto* (v. J.-M. POUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, op. cit., n° 89, p. 47).

B. Particularités des obligations portant sur des sommes d'argent

Les obligations portant sur une somme d'argent ont pour objet une certaine quantité de monnaie. Or, la monnaie est un bien très particulier. C'est donc la nature singulière de la monnaie qui distingue cette obligation de toutes les autres⁵²².

76. Nature juridique de la monnaie. – Aujourd'hui, le prix est donc entendu par la doctrine comme un prix monétaire⁵²³. Seule la nature monétaire du prix permet donc de distinguer la vente et le louage d'ouvrage du troc. Mais l'argent n'est donc pas un bien comme un autre, il a ce quelque chose que les autres marchandises n'ont pas, en ce qu'il s'agit de l'intermédiaire choisi par les hommes afin d'exprimer la valeur des biens et de faciliter les échanges commerciaux. La monnaie ne se borne donc pas à rendre des services, elle doit avoir une « substance qui en garantisse la nature monétaire. Or, la substance d'une monnaie se reconnaît principalement à son autonomie, c'est-à-dire à sa capacité à permettre des évaluations par la seule référence à son nom, et à transférer des valeurs par la circulation de ses espèces »⁵²⁴. C'est pourquoi il convient de s'interroger quant à la nature de la monnaie, sur laquelle pèse un profond mystère, celle-ci relevant après tout davantage de l'économie que du droit⁵²⁵. Les juristes éprouvent ainsi de nombreuses difficultés à la faire entrer dans l'une des catégories préétablies par le droit des biens⁵²⁶, d'autant que le Code civil reste muet sur la question.

L'étude de la nature de la monnaie suppose de distinguer l'unité monétaire, le signe, de l'unité de valeur, du pouvoir d'achat, attaché à celui-ci. Le signe est alternativement perçu comme étant un bien incorporel⁵²⁷ et une chose de genre, fongible, consomptible et hors commerce. Le pouvoir d'achat qui lui est attaché présente plus d'intérêt. En effet, l'utilité, le

⁵²² Sur le régime des obligations portant sur des sommes d'argent, v. L.-F. PIGNARRE, *Les obligations en nature et de somme d'argent. Essai de théorisation à partir d'une distinction*, LGDJ, 2010 – G. SOUSI, « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », *RTD civ.* 1982, p. 514 – Ch. BRUNEAU, *La distinction des obligations monétaires et des obligations en nature*, thèse Paris, 1984.

⁵²³ Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, 14^e éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2017, n° 266, p. 243 : « le prix s'exprime par une somme d'argent et que l'argent est une chose de genre par excellence : dès lors tout contrat devrait la définir dans son espèce (euro, dollar, yen, etc.) » – B. FAGES, *Droit des obligations*, 8^e éd., LGDJ, 2018, n° 178, p. 165 : « le prix, qui est une prestation monétaire » – A. BENABENT, *Droit des obligations*, 16^e éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2017, n° 162, p. 139 : « presque tous les contrats comportent une obligation de somme d'argent, qui exprime le prix d'une chose ou d'un service ».

⁵²⁴ R. LIBCHABER, « Regards rétrospectifs sur une prétendue monnaie », *D.* 2000, p. 365.

⁵²⁵ G. FARJAT, « Nature de la monnaie : approche juridique. », in *Histoire de la monnaie. États et espace monétaire transnational*, P. KAHN (dir.), Litec, 1998, p. 101.

⁵²⁶ V. l'ouvrage de référence sur ce point : R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 225, 1992.

⁵²⁷ Il existe toutefois une controverse sur ce point quant à la nature du bien meuble incorporel que constitue la monnaie. Selon M. Rémy Libchaber, il s'agirait d'un droit subjectif (v. R. LIBCHABER, *op. cit.*, n° 46, p. 38), alors que pour M. Thomas Le Gueut, la monnaie constitue un bien meuble original (Th. LE GUEUT, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, *op. cit.*, n° 226 et s., p. 154 et s).

fameux « quelque chose », de la monnaie provient non pas du support matériel, mais d'un élément artificiellement attaché à celui-ci, plus fuyant, « difficile, presque impossible à saisir »⁵²⁸. S'intéresser à la nature particulière de la monnaie revient donc finalement à s'interroger quant à l'origine de la valeur de celle-ci. En réalité, ce pouvoir d'achat trouve sa source dans la confiance accordée à l'État.

77. Origine de la valeur et fonctions de la monnaie. – À l'origine, la monnaie fiduciaire était une monnaie pesée⁵²⁹, composée de métaux précieux, or ou argent. Sa valeur économique était donc intrinsèque. L'État se portait garant du poids du métal précieux. Mais les autorités publiques optèrent rapidement pour un autre type de support matériel, composé cette fois-ci de métal non précieux. Pour des raisons pratiques, les pièces ne sont plus pesées, mais frappées. La valeur ne pouvait alors plus être tirée du support en lui-même, mais provenait de la possibilité de conversion auprès de l'État. Elle n'a donc de valeur que celle qui lui est assignée par un acte de volonté de l'autorité étatique⁵³⁰. À titre d'exemple, l'*European Currency Unit* (l'ECU, ancêtre de l'euro), en ce qu'il n'était pas autonome, ne pouvait constituer une monnaie⁵³¹.

L'intérêt de la monnaie découle finalement d'une véritable fiction, d'une illusion : « il faut que le créancier qui la reçoit soit satisfait comme si le corpus était utile en soi, quoique, en soi, il ne vaille rien »⁵³². Enfin, en 1936⁵³³, intervint définitivement le cours forcé⁵³⁴, c'est-à-dire la dispense pour la banque d'émission (en France, la Banque de France) de l'obligation de rembourser les billets en or⁵³⁵. Aujourd'hui et depuis les accords de Bretton Woods de 1971, la monnaie française n'est plus indexée sur l'or, mais sur le dollar, lui-même directement indexé

⁵²⁸ J. CARBONNIER, *Les biens : monnaie, immeubles, meubles*, PUF, coll. Droit civil, 2000, n° 21, p. 36.

⁵²⁹ En témoigne ainsi le *libripens* en droit romain, le porteur de balance, dont la présence était solennellement requise pour constater l'extinction de la dette.

⁵³⁰ J. CARBONNIER, *Les biens : monnaie, immeubles, meubles, ibid.*, n° 14, p. 23. A ce titre, M. Thomas Le Gueut indique très justement que « c'est parce que les maîtres de la monnaie jouissent du monopole d'émission des supports monétaires que sont les pièces métalliques et les billets de banque que le corps social a effectivement confiance en l'identité monétaire de ces types particuliers de choses corporelles faites de métal ou de papier » (Th. LE GUEUT, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, op. cit., n° 172, p. 118).

⁵³¹ Cass. civ. 1^{re}, 13 avr. 1999, n° 97-12.453 ; D. 2000, p. 365, obs. R. LIBCHABER. Selon M. Rémy Libchaber, l'ECU « n'est en effet rien d'autre qu'une réalité composite, c'est-à-dire artificiellement constituée à partir d'un panier des différentes monnaies de la Communauté européenne, inégalement pondérées selon les performances économiques des pays dont elles relèvent ».

⁵³² F. GRUA, « Paiement des obligations de sommes d'argent », *J.-Cl. civ.*, Art. 1343 à 1343-5, fasc. 30.

⁵³³ Jusqu'à cette date, le cours forcé n'était intervenu que de manière ponctuelle, à propos du franc, entre 1848 et 1850, 1870 et 1875 et 1914 et 1928.

⁵³⁴ L'expression « cours forcé » marque ainsi la rupture avec le métal, « le viol de nature monétaire » (v. B. COURBIS, « Comment l'Etat confère la qualité monétaire à un avoir ? De la notion de pouvoir libérateur légal », in *Histoire de la monnaie. États et espace monétaire transnational*, P. KAHN (dir.), Litec, 1998, p. 33).

⁵³⁵ V. « cours forcé » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2017, p. 283.

sur l'or⁵³⁶. Finalement, la valeur de la monnaie résulte d'une convention sociale, elle « n'est pas un bien naturel, seulement du quasi-néant décrété bien par l'homme, à la recherche d'un dénominateur commun à tous les biens »⁵³⁷.

La monnaie n'a aujourd'hui plus aucune valeur en elle-même, et n'en acquiert que par référence aux biens dont elle permet l'acquisition : elle ne présente intrinsèquement aucune utilité, si ce n'est de pouvoir obtenir d'autres biens⁵³⁸ (fonction de paiement), de mesurer et de conserver les valeurs de toutes les choses (fonctions de compte et de conservation de la valeur).

Il est ainsi possible d'affirmer que « l'argent donne une valeur à une chose ». Mais l'argent exerce également un second rôle, puisqu'il « détermine, concomitamment, la quantité d'unités monétaires à verser pour l'obtenir »⁵³⁹. Non seulement les parties sont tenues de payer un prix en argent, mais pèsent encore sur elles une seconde obligation : celle de payer un prix en euro. L'article 1343-3 du Code civil pose en effet le principe du cours légal de la monnaie, en vertu duquel « le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros ».

Le prix semble donc devoir porter sur une somme d'argent et, plus particulièrement, sur une somme exprimée en euro.

II. UN PRIX EN EURO

Le prix exprime, en France, la valeur économique d'un bien dès lors qu'il est constitué. Il prend la forme d'une somme d'argent, dont la monnaie ne peut être que l'euro (article 1343-3 du Code civil). L'euro apparaît ainsi comme « l'unité permettant de mesurer la valeur des choses entre elles »⁵⁴⁰. En réalité, du fait du cours légal de la monnaie, il n'y a aucune liberté de choix quant à la monnaie de paiement pour les contrats conclus en France, sans aucun élément d'extranéité. L'erreur sur la monnaie de paiement, érigée au rang d'erreur obstacle, est ainsi le témoin d'une certaine forme de protectionnisme étatique en la matière. En revanche, le

⁵³⁶ T. PIKETTY, *Le capital au XXI^e siècle*, Éd. du Seuil, coll. Les livres du nouveau monde, 2013, p. 176. Cela n'empêche toutefois pas la valeur de la monnaie de fluctuer en interne. V. sur ce point W. DROSS, *Droit des biens*, Dalloz, coll. Précis, 2017, n° 26, p. 35, v. ss. note n° 37 : la stabilité de la monnaie dépend du maintien d'un ratio constant entre la masse monétaire (espèces en circulation) et les biens et les services offerts à l'échange.

⁵³⁷ F. GRUA, « Paiement des obligations de sommes d'argent », *op. cit.* La confiance est ainsi accordée par les citoyens au « maître de la monnaie (F.-C. von SAVIGNY, *Le droit des obligations, Tome II*, traduit de l'allemand et accompagné de notes par C. GERARDIN et P. JOZON, 2^e éd. Ernest Thorin, §41, p. 26).

⁵³⁸ La monnaie donne à celui qui la détient au sens économique un pouvoir d'achat, c'est-à-dire, au sens juridique, un moyen de libération, de liquidation ou d'extinction des dettes (v. H. GUITTON et G. BRAMOULLE, *La monnaie*, *op. cit.*, p. 9).

⁵³⁹ G. MARAIN, « Le bitcoin à l'épreuve de la monnaie », *AJ Contrat* 2017, p. 522.

⁵⁴⁰ Th. LE GUEUT, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, *op. cit.*, n° 172, p. 118.

recours à une monnaie de compte étrangère reste envisageable dans certaines hypothèses limitées. La forme de la monnaie reste quant à elle parfaitement indifférente, dans la mesure où l'étalon reste le même.

78. Le cours légal de la monnaie : l'impossibilité de choisir la monnaie de paiement. – L'article 1343-3 du Code civil édicte la règle fondamentale selon laquelle « le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros ». Cette vision restrictive de la monnaie se confirme à l'article L. 111-1 du Code monétaire et financier qui énonce que « la monnaie de la France est l'euro ». Cette dernière disposition prend soin de préciser les modalités de division de la monnaie : « un euro est divisé en cent centimes ». Le prix ne peut donc porter que sur une somme d'argent et celle-ci doit s'exprimer en euros. À l'inverse, en vertu du cours légal, les créanciers sont soumis à l'obligation d'accepter les euros pour leur règlement, sous peine de sanction pénale⁵⁴¹.

Tout l'intérêt de la question est de savoir si l'article 1343-3 du Code civil est d'ordre public, ou s'il est possible d'y déroger conventionnellement. La réponse apportée est en demi-teinte : il est impossible aux parties de choisir leur monnaie, sauf cas exceptionnels. L'article 1343-3 du Code civil envisage en effet la possibilité d'un paiement en devise étrangère « si l'obligation ainsi libellée procède d'une opération à caractère international ou d'un jugement étranger », mais également, dans l'ordre interne, si le paiement « intervient entre professionnels, lorsque l'usage d'une monnaie étrangère est communément admis pour l'opération concernée ». Ainsi, dans une décision du 6 avril 2017⁵⁴², la cour d'appel de Metz a refusé de reconnaître la validité de la clause faisant du franc suisse la monnaie de paiement d'un contrat de prêt.

79. L'erreur sur la monnaie érigée au rang d'erreur-obstacle en symbole du protectionnisme étatique. – Cette exigence d'un prix en argent, et plus précisément en euro, est si forte que la jurisprudence a prononcé l'annulation d'un contrat pour erreur sur la

⁵⁴¹ Le fait de refuser de recevoir des pièces de monnaie ou des billets de banque ayant cours légal en France selon la valeur pour laquelle ils ont cours est puni par l'article R. 642-3 du Code pénal, et non par l'article R. 643-2 du même code, lequel sanctionne l'utilisation de poids ou mesures différents de ceux qui sont établis par les lois et règlements en vigueur.

⁵⁴² CA Metz, 6 avr. 2017, n° 17/00102 et 15/00417, 17/00103 et 15/00418, 17/00104 et 15/00409, 17/00105 et 15/00419, 17/00106 et 15/01666, 17/00109 et 15/00423, 17/00110 et 15/01662, 17/00141 et 15/00416, 17/00143 et 15/00425, 17/00144 et 15/00427, 17/00145 et 15/00451, 17/00146 et 15/00415, 17/00147 et 15/01665, 17/00148 et 15/00428, 17/00157 et 15/00413 (15 décisions) ; *LEDB* 2017, p. 3, obs. J. Lasserre-Capdeville. V. également en ce sens CA Metz, 27 avril 2017, n° 15/00411 ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 22, p. 49, note M. ROUSSILLE.

substance⁵⁴³ ou erreur-obstacle⁵⁴⁴ les contrats dans lesquels l'une des parties avait confondu les anciens et les nouveaux francs. La motivation de l'erreur sur la substance, ou erreur sur les qualités essentielles est critiquée par la doctrine, car la monnaie n'a pas de substance au sens de l'ancien article 1110 du Code civil⁵⁴⁵. Au contraire, l'erreur-obstacle est d'une telle gravité qu'elle empêche la rencontre des volontés de se réaliser. Les vœux de la doctrine de recourir à cette dernière plutôt qu'à l'erreur sur la substance témoignent ainsi de l'importance accordée au prix en argent : se tromper de monnaie constitue une véritable absence de consentement, et non un simple vice de celui-ci. En revanche, est indifférente l'erreur de plume dans le libellé d'un acte (chèque, testament, reconnaissance de dette...) : doit prévaloir la volonté réelle du rédacteur⁵⁴⁶.

80. Choix discuté d'une monnaie de compte étrangère. – L'article 1343-3 du Code civil est clair en matière de monnaie de paiement, mais ne précise rien quant au choix de la monnaie de compte. Ici, c'est l'instrument qui permet de mesurer la valeur économique de la dette qui est prévue en monnaie étrangère, cette dernière étant alors *in obligatione*, et non plus seulement *in solutione*⁵⁴⁷. La règle en la matière est simple : en principe, la stipulation d'une obligation en monnaie étrangère est licite, dès lors que cette monnaie est prévue non comme un instrument de paiement, mais comme unité de compte⁵⁴⁸. Il est en effet envisageable que les documents comptables indiquent un prix en monnaie étrangère, mais que le paiement de celui-ci soit prévu en euros. Cette créance doit alors obéir aux règles relatives à l'indexation, édictées à l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier, lequel n'admet l'indexation monétaire que si celle-ci est en relation directe avec l'objet de la convention ou l'activité de l'une des parties⁵⁴⁹. Dès lors

⁵⁴³ Cass. com. 14 juin 1969 ; *D.* 1970, p. 458, note M. PÉDAMON ; *Gaz. Pal.* 1969, 1, p. 205. – Cass. civ. 1^{re}, 27 oct. 1970 ; *JCP G* 1971, II, 16710 ; *RTD civ.* 1971, p. 625, obs. Y. LOUSSOUARN – Cass. civ. 3^e, 4 juill. 2007, n° 06-15.881, *Bull. civ.* III, n° 123 ; *D.* 2007, p. 2102 ; *D.* 2007, p. 2847, note N. RIAS ; *D.* 2007, p. 2967, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *Rev. Lamy dr. civ.* sept. 2007, p. 2647 – TGI Dinan, 2 avr. 1968 ; *Gaz. Pal.* 1968, 2, p. 63.

⁵⁴⁴ Cass. civ. 1^{re}, 28 nov. 1973, *D.* 1975, p. 21, note R. RODIERE.

⁵⁴⁵ V. en ce sens M. PÉDAMON, note préc. – R. RODIERE, note préc. – S. AMRANI-MEKKI, obs. préc. – N. RIAS, note préc. M. François Grua invoque, au soutien de leurs prétentions, l'argument suivant : « si au contraire on considère qu'elle en a, on est porté à admettre le jeu de l'article 1110 chaque fois que la monnaie du contrat vient à être affectée dans les éléments « substantiels » de son statut : dévaluation, contrôle des changes, convertibilité, etc. (v. F. GRUA, « Paiement des obligations de sommes d'argent », *op. cit.*).

⁵⁴⁶ Cass. civ. 1^{re}, 21 mai 1968 ; *JCP G* 1968, II, 15617, note R. L. ; *JCP N* 1968, II, 15633 bis. – V. aussi Cass. com. 6 mai 1963 ; *Bull. civ.* III, n° 226.

⁵⁴⁷ Ph. MALAURIE, « Les obligations libellées en monnaies étrangères », *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 1979, vol. 1, n° 1975, pp. 17-49.

⁵⁴⁸ Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1966, *D.* 1966, p. 497, note Ph. MALAURIE ; *JCP* 1966, II, 14871, note J.-Ph. LEVY – Cass. civ. 1^{re}, 25 mars 1981, n° 79-16847, *Bull. civ.* I, n° 104.

⁵⁴⁹ Cass. civ. 1^{re}, 12 janv. 1988 ; *GAJC* 11^e éd. n° 230-232 ; *D.* 1989, p. 80, note Ph. MALAURIE – Cass. civ. 1^{re}, 11 oct. 1989, n° 87-16.341, *Bull. civ.* I, 1989, n° 311 p. 206 ; *D.* 1990, p. 167, note E. S. DE LA MARNIERRE ; *JCP* 1990, II, 21393, note LEVY – Cass. civ. 3^e, 18 oct. 2005, n° 04-13.930.

que l'une des parties est un établissement bancaire, le prêt en monnaie étrangère sera donc justifié. Est *a contrario* prohibée la fixation de créance en monnaie étrangère dans les contrats purement internes, qui constitue une indexation déguisée.

La validité des clauses d'indexation sur une monnaie étrangère au sein d'un contrat de prêt consenti à des particuliers a fait couler beaucoup d'encre⁵⁵⁰ et la saga jurisprudentielle « Helvet Immo » en constitue une parfaite illustration. À la suite de la crise économique de 2008, avaient été massivement consentis à des particuliers des prêts immobiliers libérés et remboursables en euros, mais libellés en une monnaie étrangère stable et rassurante, le franc suisse. Ce dernier faisait donc office de monnaie de compte, quand l'euro n'était que la monnaie de paiement. L'intérêt de ce montage financier résidait en ce que les emprunteurs bénéficiaient de taux d'intérêt moins élevés, la parité euro/franc suisse étant très favorable à l'époque. Mais par un coup du sort⁵⁵¹, les emprunteurs virent leur taux grimper jusqu'à 15 % environ⁵⁵². La Cour de cassation finit par reconnaître, en 2017⁵⁵³, la validité d'une telle convention, dans la limite des clauses abusives.

Confronté à une crise bancaire du fait du nombre important de prêts souscrits, le législateur français a rapidement réagi en édictant l'article L. 313-64 du Code de la consommation⁵⁵⁴, lequel restreint l'accès à ce type de prêt aux emprunteurs déclarant « percevoir principalement leurs revenus ou détenir un patrimoine dans cette devise au moment de la signature du contrat de prêt, excepté si le risque de change n'est pas supporté par

⁵⁵⁰ J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Prêts en devise consentis aux consommateurs : quelles actions en cas de préjudice ? », in *Droit bancaire et financier, Mélanges AEDBF -France*, t. VII, RB éd., 2018, p. 7 – C. KLEINER, « Les prêts libellés en devises octroyés aux particuliers : l'inutile réforme ? », *RD banc. fin.* 2017, doss. 20.

⁵⁵¹ L'augmentation du taux d'intérêt trouve son origine dans « la décision prise par la Banque nationale suisse d'abandonner, début 2015, le taux plancher qui avait permis, depuis 2011, de prémunir l'économie suisse d'une trop forte appréciation du franc suisse face à l'euro » (v. T. SAMIN et S. TORCK, « Les prêts Helvet Immo à l'épreuve du droit consommériste », *Rd banc. fin.* 2017, n° 4, p. comm. 144).

⁵⁵² D. LEGEAIS, « Emprunts toxiques », *RTD com.* 2018, p. 999.

⁵⁵³ Civ. 1^{re}, 29 mars 2017, n° 16-13.050 et 15-27.231 ; *JCP E* 2017, 1267, note J. Lasserre Capdeville ; *JCP N* 2017, 1158, note S. PIEDELIEVRE ; *JCP* 2017, 532, note Th. BONNEAU ; *Gaz. pal.* 2017, n° 22, p. 49, note M. ROUSSILLE ; *D.* 2017, p. 1893, note C. KLEINER ; *ibid.*, p. 1859, chron. S. CANAS, C. BAREL, V. LE GALL, I. KLODA, S. VITSE, J. MOUTY-TARDIEU, R. LE COTTY, C. ROTH et S. GARGOULLAUD ; *ibid.*, p. 2176, obs. D. R. MARTIN et H. SYNVEY ; *ibid.* 2018, p. 583, obs. H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *AJDI* 2017, p. 596, obs. J. MOREAU ; *AJ Contrat* 2017, p. 278, obs. B. BRIGNON ; *RTD civ.* 2017, p. 383, obs. H. BARBIER ; *RTD com.* 2017, p. 409, obs. D. LEGEAIS ; Civ. 1^{re}, 12 déc. 2018, n° 17-18.491 – Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 2018, n° 17-13.593 ; *D. actualité*, 17 mai 2018, obs. J.-D. PELLIER ; *D.* 2018, p. 1355, note D. MAZEAUD ; *ibid.*, p. 2106, obs. D. R. MARTIN et H. SYNVEY ; *ibid.*, p. 2019, 279, obs. M. MEKKI ; *AJDI* 2018, p. 871, obs. J. MOREAU ; *AJ Contrat* 2018, p. 284, obs. B. BRIGNON ; *RTD com.* 2018, p. 432, obs. D. LEGEAIS – Cass. civ. 1^{re}, 20 févr. 2019, n° 17-31.065 et n° 17-31.067.

⁵⁵⁴ Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, *JORF* n°0173 du 27 juillet 2013, p. 12530 texte n° 1, modifiée par une ordonnance du 25 mars 2016 n° 2016-351, qui transpose la directive 2014/17 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage résidentiel.

l'emprunteur ». Le recours à une monnaie de compte étrangère pour les particuliers a donc été très largement restreint, au profit de l'euro, un contentieux très abondant ayant toutefois dû être réglé concernant les prêts souscrits avant l'entrée en vigueur de cette disposition⁵⁵⁵. Une telle interdiction ne s'impose toutefois pas aux entreprises, qui peuvent librement stipuler des prêts en monnaie de compte étrangère, dès lors que sont respectées les conditions de l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier.

81. Indifférence de la forme de la monnaie. – Les formes de la monnaie ont très largement évolué depuis les monnaies primitives, et les trois formes de monnaie connues aujourd'hui « ne sont pas trois différentes formes de monnaie, mais les trois formes actuelles de *la monnaie* »⁵⁵⁶. En premier lieu se trouve ainsi la monnaie fiduciaire⁵⁵⁷, c'est-à-dire les pièces métalliques et les billets de banque, aux côtés de laquelle figure la monnaie scripturale, c'est-à-dire les moyens de paiement qui consistent en des jeux d'écritures sans déplacements d'instruments monétaires matériels⁵⁵⁸. Enfin, plus récente⁵⁵⁹, la monnaie électronique⁵⁶⁰. Il ne s'agit pas simplement de

⁵⁵⁵ Afin de se libérer de leur obligation, les emprunteurs avaient en effet soulevé le défaut de validité de la clause d'indexation sur la monnaie au motif, tout d'abord, que celle-ci ne présentait aucun lien direct avec l'activité de la banque. Ce moyen fut rejeté, en application d'une jurisprudence classique initiée par la CJUE (CJUE, 20 sept. 2017, aff. C-186/16, *D.* 2017, p. 2401, note J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *ibid.* p. 2176, obs. D. R. MARTIN ET H. SYNVEY ; *ibid.* 2018, p. 583, obs. H. AUBRY, E. POILLOT et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD ; *AJDI* 2018, p. 208, obs. J. MOREAU ; *AJ Contrat* 2017, p. 484, obs. B. BRIGNON), selon laquelle la fixation de la créance en monnaie étrangère est en relation directe avec l'activité de banquier de l'un des cocontractants (Cass. com. 22 mai 2001, n° 98-14.046 ; *D.* 2001. AJ 2127 ; *Deffrénois* 2001, p. 1067, obs. R. LIBCHABER ; *Dr. et patr.* 2001, p. 115, obs. J.-M. MOUSSERON). Les emprunteurs firent alors valoir, sans succès, le caractère abusif de la clause, car créant un déséquilibre significatif entre un consommateur et un professionnel. Mais ce moyen devait également être rejeté, l'appréciation du caractère abusif des clauses au sens de l'article L. 212-1 du Code de la consommation ne pouvant porter sur l'objet principal du contrat. Or la clause prévoyant les modalités de remboursement d'un prêt touche bien à l'objet principal du contrat. Les emprunteurs firent enfin valoir, toujours en vain, un manquement de la banque à son obligation d'information, notamment de mise en garde. (V. sur ce point Th. BONNEAU, « Les clauses indexant le montant du prêt sur le Franc suisse sont-elles abusives et doivent-elles faire l'objet d'une mise en garde ? », *JCP G* 2017, 532 – X. DELPECH, « Prêt avec clause d'indexation en monnaie étrangère : licéité de l'indice choisi », *D. actualité*, 29 avr. 2017 – N. MATHEY, « Clause abusive dans un crédit souscrit en franc suisse », *LEDB* 2017, n° 5, p. 1. – M. ROUSILLE, « L'affaire Helvet Immo et l'épineuse question des clauses abusives dans les prêts en devise », *Gaz. Pal.* 2017, n° 22, p. 49 – D. LEGEAIS, « Prêts libellés en monnaie étrangère », *RTD com.* 2017, p. 409).

⁵⁵⁶ Th. LE GUEUT, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, *op. cit.*, n° 183, p. 126.

⁵⁵⁷ « Fiduciaire » vient du latin *fides*, la foi : la monnaie fiduciaire est donc la monnaie de confiance, la confiance faite à l'État.

⁵⁵⁸ J. CARBONNIER *Les biens : monnaie, immeubles, meubles*, *op. cit.*, n° 23, p. 43.

⁵⁵⁹ La monnaie électronique est définie depuis 2013 par l'article L. 315-1 du Code monétaire et financier, issu de la transposition, tardive, de la directive 2009/110/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, modifiant les directives 2005/60/CE et 2006/48/CE et abrogeant la directive 2000/46/CE.

⁵⁶⁰ P. ANCEL, « La monnaie électronique, régime juridique », in *Droit et monnaie*, Litec, 1988, p. 303 – G. BLANLUET, « Définir la monnaie électronique », *Rd. banc. fin.* 2001, n° 2, doss. 100017 – J. ROCHFELD, « Monnaie électronique », *RTD civ.* 2003, p. 361 – J. LASSERRE CAPDEVILLE, « La réforme de la monnaie électronique en droit français - Un nouveau droit pour un réel essor ? », *JCP G* 2013, n° 10, doctr. 278 –

dématérialiser les opérations qui jusque-là nécessitaient un support physique, mais d'établir de véritables porte-monnaie numériques. La monnaie électronique est constituée d'unités de valeur monétaires, alternatives à l'argent liquide, stockées sous une forme électronique sur un support physique, prépayée ou non (puce *Moneo*) ou virtuelle, à distance, sur un compte sur lequel l'argent est directement entreposé, sans pour autant être relié à un compte bancaire (un porte-monnaie électronique). Ces unités constituent bel et bien de la monnaie, au même titre que les monnaies scripturales et fiduciaires, car leur conversion et leur remboursement sont légalement organisés, celle-ci ayant une contre-valeur légale prévue dès son émission. Finalement, la monnaie électronique ne représente qu'une créance en monnaie légale sur l'émetteur.

S'il n'y a donc pas de choix possible quant à la monnaie de paiement et de compte utilisée, la forme reste optionnelle. Il existe toutefois quelques limites à cette liberté de principe, sous forme de plafond et non d'interdiction absolue⁵⁶¹. Doivent ainsi être effectués en monnaie scripturale les règlements d'un montant supérieur à 1 000 € en espèces et 3 000 € en monnaie électronique⁵⁶², le paiement d'un salaire supérieur à 1 500 € mensuel⁵⁶³, tout comme le règlement d'une transaction immobilière supérieur à 3 000 €⁵⁶⁴, le paiement des impôts en se rendant directement au centre des impôts jusqu'à 300 €⁵⁶⁵. Mais peu importe finalement la forme adoptée, il ne s'agit que de la représentation de la monnaie : elle reste en euros.

Le prix porte donc sur une somme d'argent, et plus particulièrement sur des euros. Une fois ce critère identifié, il convient alors de l'appliquer aux différentes catégories contractuelles.

§2 – Application du principe du prix monétaire

Le critère du prix monétaire permet de distinguer deux grandes familles de contrat : les contrats nommés d'une part, qui comportent un prix monétaire, et les contrats innommés d'autre

M. ESPAGNON, « Le paiement d'une somme d'argent sur Internet : évolution ou révolution du droit des moyens de paiement ? », *JCP G* 1999.I.131.

⁵⁶¹ Il existe toutefois une limite sous forme d'interdiction de principe, élaborée afin de lutter contre les vols sur les chantiers, le blanchiment et la vente et la revente de bijoux volés : l'achat de métaux précieux par un professionnel ou auprès d'un professionnel ne peut s'effectuer en espèces (article L. 112-6 du Code monétaire et financier). De même, les livraisons de céréales doivent être réglées par monnaie scripturale (article L. 112-9 du Code monétaire et financier).

⁵⁶² Ces montants, énoncés à l'article D. 112-3 et dont le règlement est prévu à l'article L. 112-6 du Code monétaire et financier, sont applicables pour les personnes ayant leur domicile fiscal en France ou agissant pour le compte de leur activité professionnelle. Il est en revanche de 15 000 € pour les particuliers n'ayant pas leur domicile fiscal en France.

⁵⁶³ Article L.112-6 du Code monétaire et financier et article L. 3241-1 du Code du travail.

⁵⁶⁴ Article L. 112-6-1 du Code monétaire et financier.

⁵⁶⁵ Article 1680 du Code général des impôts.

part, qui en sont dépourvus, les obligations portant sur des sommes d'argent devant ainsi être distinguées de celles ayant un autre objet⁵⁶⁶. L'existence d'un prix monétaire permet de qualifier tant la vente de l'échange (I.) que les contrats spéciaux à titre onéreux d'autres formes de contrats innommés, proches de l'échange (II.).

I. VENTE ET ECHANGE

Le prix monétaire constitue le critère incontournable⁵⁶⁷ permettant la distinction entre les contrats de vente et d'échange en droit positif. En effet, en droit civil de la vente, le prix « a une acception particulièrement précise et rigoureuse, qui tient à son caractère nécessairement monétaire »⁵⁶⁸.

82. Manifestations de l'échange en droit positif. – Contrairement à ce qui est véhémentement proclamé par les économistes, l'avènement de la monnaie n'aura jamais sonné le glas de l'échange. Vente et échange ont ainsi été perçus de manière autonome par les rédacteurs du Code civil. Aux côtés de la vente, traitée au titre IV par 119 articles, l'échange fut ainsi expressément consacré au sein d'un titre particulier, bien que le titre VII soit toutefois très court. Les articles 1702 à 1707 marquent ainsi l'existence de l'échange, sans lui accorder d'importance⁵⁶⁹. L'échange est ainsi défini comme « un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre », la « chose » en question pouvant être un bien ou un droit réel. L'échange tel que conçu aujourd'hui suppose une double obligation translatrice de propriété et exclut donc les obligations non translatives de propriété. Ainsi, le contrat de vente d'un immeuble dont le prix était constitué par la promesse d'y réaliser des travaux futurs est requalifié non pas en échange, mais en contrat innommé⁵⁷⁰. Ne constitue toutefois pas un échange au sens juridique du terme, et ce contrairement au langage courant, l'opération dans laquelle un professionnel remet à un consommateur un second exemplaire du bien objet du contrat, le premier étant jugé non conforme (article 211-9 du Code de la consommation).

⁵⁶⁶ L.-F. PIGNARRE, *Les obligations en nature et de somme d'argent. Essai de théorisation à partir d'une distinction*, *op. cit.* – G. SOUSI, « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », *op. cit.* – Ch. BRUNEAU, *La distinction des obligations monétaires et des obligations en nature*, *op. cit.*

⁵⁶⁷ J. MOURY, « Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente », *D.* 2014, p. 1950.

⁵⁶⁸ V. « prix » in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND et S. RIALS (dir.) PUF, 1^{re} éd., 2003, p. 1212.

⁵⁶⁹ J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LECUYER et J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 12001, p. 594. Par ailleurs, dans son article portant sur l'échange, le Professeur Sousi-Roubi souligne le désintérêt à l'égard de ce contrat, tant des rédacteurs du Code civil que des auteurs, qui n'y consacrent que quelques lignes dans leurs ouvrages, avant de renvoyer à la vente (v. B. SOUSI-ROUBI, « Le contrat d'échange », *RTD civ.* 1978, p. 257).

⁵⁷⁰ Cass. civ. 1^{re}, 12 oct. 1967, *Dame Isnard*, *Bull. civ.* I, n° 292 ; *D.* 1968, somm. 29.

L'échange est un contrat consensuel, synallagmatique, doublement translatif de propriété, onéreux et commutatif. Concernant son régime, il est renvoyé aux règles relatives à la vente (article 1707), à quelques exceptions près, faute de prix : la rescision pour lésion (article 1706), l'action estimatoire⁵⁷¹, le privilège du créancier impayé et le jeu des droits de préemption⁵⁷² sont inapplicables à l'échange. En revanche, toutes les règles relatives à l'obligation translatrice de propriété donnée sont applicables (garantie d'éviction et des vices cachés, théorie des risques, obligation de délivrance conforme, transfert de la qualité de gardien ouvrant droit à la responsabilité du fait des choses). Le débat sur la distinction entre la vente et l'échange est donc théorique, car les régimes des deux contrats sont dorénavant quasiment alignés⁵⁷³, notamment en matière de formation⁵⁷⁴. Hormis la vente, l'échange est également admis dans le cadre du bail en cas d'échange de logement (article 9 de la loi du 6 juillet 1989) : les locataires de locaux distincts, appartenant au même propriétaire, peuvent procéder à un échange.

Il est souvent recouru au troc dans le cadre du commerce international, du fait de la disparité des monnaies et du manque de crédibilité de certaines⁵⁷⁵, mais également afin de faciliter l'accès des pays pauvres au commerce, échangeant par exemple du pétrole contre de la nourriture⁵⁷⁶. Le mécanisme des compensations industrielles (*offset*) constitue également une illustration moderne du troc : une promesse d'approvisionnement est échangée et constitue la contrepartie à une fourniture immédiate⁵⁷⁷. Ainsi, une technologie peut être échangée contre l'achat de produits fabriqués grâce à elle⁵⁷⁸. Ces formes complexes d'échange sont parfois triangulaires, prenant alors le nom de *switch*⁵⁷⁹.

⁵⁷¹ V. en ce sens P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 7^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2017, n° 584, p. 506 – F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2^e éd., Lextenso, coll. Manuel, 2012, n° 79, p. 86.

⁵⁷² Jurisprudence constante : Ch. réunies, 3 juill. 1957, *Bull. civ. Ch. réunies*, n° 4 ; *RTD civ.* 1957, p. 704, obs. J. CARBONNIER ; D. 1958.185. n. R. SAVATIER ; *JCP G* 1957.II.10104 ; *Gaz. Pal.* 1957.II.73. MM. François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque (v. F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 590, p. 520) relèvent la possibilité de pallier l'absence de prix par une estimation du bien échangé, d'autant que le droit de préemption urbain s'applique (article L. 213-1 du Code de l'urbanisme).

⁵⁷³ Cet alignement est toutefois critiquable, car l'échange ne permet pas de distinguer la personne du vendeur de celle de l'acheteur, ce qui complexifie la mise en œuvre des obligations de délivrance et de conformité (notamment entre professionnels et consommateurs), ainsi que des garanties de non-éviction et des vices cachés.

⁵⁷⁴ Si la *permutatio* était autrefois un contrat réel dont la perfection nécessitait une *datio*, le contrat d'échange moderne est un contrat consensuel (article 1703), à l'instar de la vente.

⁵⁷⁵ A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 12^e éd., Précis Domat, Lextenso, 2017, n° 297, p. 230.

⁵⁷⁶ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 75, p. 84.

⁵⁷⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 805, p. 493.

⁵⁷⁸ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 75, p. 84.

⁵⁷⁹ P. DURAND-BARTHEZ, « Le troc dans le commerce international et les opérations de switch », *Dr. Patr. Cass. com. int.* 1982, p. 195.

En revanche, les manifestations de l'échange en droit interne restent relativement ponctuelles, bien que le contrat connaisse un regain d'intérêt à l'époque contemporaine. À l'instar de la vente, le champ d'application par excellence de l'échange est celui des biens corporels susceptibles d'appropriation, mais celui-ci a rapidement été élargi. L'échange a ainsi été étendu aux droits incorporels⁵⁸⁰ et aux immeubles : échange de logement entre deux locataires du même propriétaire⁵⁸¹ (article 79 de la loi du 1^{er} septembre 1948 et article 9 de la loi du 6 juillet 1989), échange d'immeubles ruraux⁵⁸² (article 124-1 du Code rural et de la pêche maritime), échange de droits de jouissance entre fermiers sur des parcelles de fonds loués (article L. 411-39 du Code rural et de la pêche maritime). La procédure de « l'échange-standard » en matière automobile a également été codifiée⁵⁸³. Le recours à l'échange est également très fréquent en droit des affaires. Au-delà de l'apport en société en nature, le mécanisme de l'échange est retrouvé au sein des offres publiques d'échange⁵⁸⁴ (OPE), qui permettent de prendre le contrôle d'une société sans déboursier un centime. La réduction du capital social par titre permet également la restructuration des sociétés à moindres frais. Enfin, le *swap*⁵⁸⁵ constitue enfin une forme moderne de l'échange dans le monde de la finance, permettant l'échange de devises contre devises⁵⁸⁶.

83. Affirmation de la monnaie comme critère de distinction classique entre la vente et l'échange. – Fille de l'échange⁵⁸⁷, la vente ressemble à l'échange, mais possède toutefois son identité propre, à commencer par son objet : une chose dans l'échange, un prix monétaire dans la vente. Les rédacteurs du Code civil tinrent ainsi compte de l'évolution du débat sur la distinction entre la vente et l'échange et, à l'instar des romanistes, semblent avoir consacré la

⁵⁸⁰ Les articles L. 225-168 à 176 du Code de commerce mettent ainsi en place un système d'émission d'obligations échangeables contre des actions (v. en ce sens R. DORAT DES MONTS, « Un titre intermédiaire entre l'action et l'obligation : l'obligation échangeable », *JCP* 1965.I.1920).

⁵⁸¹ La qualification « d'échange » peut ici être remise en cause, car la pratique échappe à beaucoup de règles de l'échange. V. en ce sens Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.* n° 804, p. 492 – J. CARBONNIER, obs. *RTD civ.* 1954, p. 674 – F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 588, p. 517.

⁵⁸² De tels échanges sont parfois imposés dans le cadre d'une procédure concertée de remembrement rural.

⁵⁸³ Article 4 du décret n°78-993 du 4 octobre 1978 pris pour l'application de la loi du 1^{er} août sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services en ce qui concerne les véhicules automobiles.

⁵⁸⁴ Article L. 433-1 du Code monétaire et financier.

⁵⁸⁵ Article 1^{er} des Conditions générales de l'Association française des banques : « opération par laquelle les parties s'échangent selon un échéancier déterminé des paiements dans une même devise, dont des montants sont soit définis à l'origine, soit calculés par application de taux fixes ou de taux variables ».

⁵⁸⁶ Y. BERNHEIM, « Un instrument financier particulier : le swap différentiel », *Option finance*, 2000, n° 615, p. 42 – R. PAROLAI et J. LEWIS, « La convention-cadre ISDA 2002 : le nouveau support juridique des opérations internationales de produits dérivés », *Banque et Droit*, 2003, n° 91, p. 43 – P.-A. BOULAT et P.-Y. CHABERT, *Les Swaps*, Masson, 1991.

⁵⁸⁷ Ou plutôt, à en croire les anthropologues, un « parent éloigné » (H. KENFACK et S. RINGLER, *Droit des contrats spéciaux*, Lextenso, coll. Cours, 2017, n° 230, p. 137).

conception proculienne. Pothier affirme ainsi que le prix constitue la « somme de deniers que l'acheteur paye, ou s'oblige de payer au vendeur »⁵⁸⁸. De même, Aubry et Rau définissent le prix de vente comme « une somme d'argent, que l'acheteur s'oblige à payer, comme équivalent de la chose qu'il reçoit »⁵⁸⁹, prenant le soin de préciser que « c'est par cette condition que la vente diffère de l'échange, et de tous les contrats innommés qui ont pour objet de transférer la propriété d'une chose moyennant une prestation autre qu'une somme d'argent ». Cette acception exclusivement monétaire du prix est confirmée plus loin, les auteurs affirmant que la cession de biens corporels doit être opérée moyennant « un prix déterminé en argent »⁵⁹⁰. De nombreux auteurs contemporains continuent d'affirmer la nature monétaire du prix, permettant de distinguer la vente de l'échange⁵⁹¹. La qualification serait ainsi exclusive, « le contrat est ou une vente ou un échange ; il ne peut être les deux à la fois »⁵⁹². M. Alain Bénabent affirme ainsi, avec justesse l'impossibilité de dissocier la vente de la monnaie⁵⁹³.

La jurisprudence rappelle pour sa part régulièrement que « le prix de vente (...) consiste dans la somme d'argent que l'acquéreur s'oblige à payer »⁵⁹⁴. À titre d'exemple, ne constitue pas un prix en argent justifiant l'application de la vente l'engagement, par le bénéficiaire de la nue-propriété d'un immeuble, d'y effectuer des réparations à ses frais, y compris celles n'incombant pas normalement au nu-propriétaire⁵⁹⁵, ni la construction par « l'acquéreur » de

⁵⁸⁸ R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, 1, Siffrein Chanson, 1821, p. 83. V. également R.-J. POTHIER et J.-J. BUGNET, *Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle. Traité du contrat de vente et des retraits.*, 3, Videcoq, père et fils, 1847, p. 1.

⁵⁸⁹ C. AUBRY et C.-F. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae. Des différentes espèces de contrats en particuliers*, 5^e éd., Marchal et Billard, 1907, § 349, p. 13.

⁵⁹⁰ C. AUBRY et C.-F. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae. Des différentes espèces de contrats en particuliers*, *op. cit.*, § 359, p. 184.

⁵⁹¹ V. en matière de contrat de vente : A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 31, p. 45 – F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 130, p. 146 – J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, 9^e éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2017, n° 82, p. 87 et n° 125, p. 126 – D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 11^e éd., Dalloz, 2018, n° 107, p. 119 – Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 200, p. 151 – Ph. BIHR et B. GROSS, *Contrats. Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, I, PUF, coll. Thémis droit privé, 2002, n° 181, p. 122 – J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LECUYER et J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 11120, p. 71 – H. KENFACK et S. RINGLER, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 143, p. 86 – C. FREYRIA, « Le prix de vente symbolique », *D.* 1997, p. 51.

⁵⁹² Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 803, p. 492.

⁵⁹³ A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 31, p. 45

⁵⁹⁴ Cass. civ. 3^e, 17 mars 1981, n° 79-15.388, *Bull. civ.* III, n° 56. (« l'obligation de faire contractée et non exécutée (...) ne pouvait pas (...) être considérée comme un prix ») V. également en ce sens :

⁵⁹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 12 oct. 1967, *Dame Isnard*, *Bull. civ.* I, n° 292 ; *D.* 1968, somm. 29.

bâtiments sur un terrain appartenant au « vendeur »⁵⁹⁶. De même, la masse salariale reprise par l'acquéreur n'entre pas en compte dans l'appréciation de la lésion⁵⁹⁷.

Le prix monétaire apparaît ainsi comme un critère de distinction clair entre la vente et l'échange. Il est également possible de l'appliquer afin de distinguer les autres contrats spéciaux nommés, des contrats innommés *do ut facias* ou *facio ut facias*.

II. AUTRES CONTRATS SPECIAUX ET CONTRATS INNOMMES

La question de la nature de la prestation onéreuse revêt toute son importance à l'ère du déclin du titre gratuit⁵⁹⁸ : de nombreux contrats, à l'origine conçus gratuits, font aujourd'hui l'objet d'une monétisation⁵⁹⁹. Il convient toutefois de rappeler avant toute chose que l'échange suppose une obligation de *dare*, un transfert de propriété. Celui-ci ne peut donc porter que sur des biens, meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, susceptibles d'appropriation. À l'inverse, est exclu du champ d'application de l'échange tout ce qui relève d'une obligation de *facere* ou de non *facere*⁶⁰⁰. Dès lors, la remise d'une chose contre un service⁶⁰¹ ou de deux services n'a pas la nature d'un échange ou d'une « vente de service »⁶⁰², mais d'un contrat innommé. La catégorie de « l'échange », en ce qu'elle constitue un contrat nommé, est une catégorie rigide qui ne peut accueillir de nouveauté. La catégorie antithétique, l'innommé, est donc chargée de recevoir les nouvelles entités⁶⁰³. Ces dernières se voient donc appliquer le droit commun des obligations, en vertu de l'article 1105 du Code civil (anciennement 1107), relatif

⁵⁹⁶ Cass. civ. 3^e, 17 mars 1981, n° 79-15.388, *Bull. civ.* III, n° 56 ; *D.* 1981. IR. 442, obs. Ch. LARROUMET.

⁵⁹⁷ Cass. civ. 3^e, 8 janv. 1992, n° 90-12.141, *Bull. civ.* III, n° 9 ; *D.* 1993. 236, obs. G. PAISANT ; *RTD civ.* 1992. 777, obs. P.-Y. GAUTIER.

⁵⁹⁸ L. JOSSEMAND, « Le déclin du titre gratuit et sa transformation », in *Evolutions et actualités. Conférences de droit civil*, Librairie du Recueil Sirey, 1963, p. 133.

⁵⁹⁹ À l'origine conçu comme gratuit en droit romain, le Code civil de 1804 a retenu une conception par nature gratuite du mandat, avec une possibilité de dérogation conventionnelle. De même, si le prêt à intérêt a longtemps été condamné par l'Eglise catholique, il est aujourd'hui chose courante, bien que l'usure soit toujours prohibée. De même le contrat de dépôt a très largement fait l'objet d'une professionnalisation (garde-meuble, compte en banque, etc.), si bien qu'il s'éloigne de sa gratuité initiale. Enfin, il est également envisageable de conclure un contrat de cautionnement dans laquelle la caution obtient une rémunération pour le service rendu.

⁶⁰⁰ Le droit fiscal ne reçoit toutefois pas la notion d'échange de la même manière que le droit civil et applique la TVA à l'échange de services.

⁶⁰¹ Bordeaux, 14 déc. 1998, *SADA c/ Bonduelle* : « ne saurait être interprété comme qualifiant un contrat d'échange la clause invoquée par une société pour obtenir d'une autre société réparation sur le fondement de la GVC, suivant laquelle il a été convenu entre elles que la première cède gracieusement à la seconde un stock de déchets alimentaires à charge pour la seconde de le retirer et d'en faire libre usage, à motif inopérant que l'avantage économique que tirerait cette dernière de l'opération constituerait une contrepartie de l'échange ». De même, Cass. civ. 1^{re}, 12 oct. 1967, *Dame Isnard*, *Bull. civ.* I, n° 292 ; *D.* 1968, somm. 29 : dation d'un immeuble à construire en contrepartie d'un terrain.

⁶⁰² Le Code de tourisme emploie à tort cette expression (articles L. 211-8 et s.), le droit spécial de la vente étant totalement étranger à ces pratiques.

⁶⁰³ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique: fondamentale et appliquée*, PUF, 2018, coll. Thémis droit, n° 76, p. 135.

aux contrats innommés. Ainsi, en présence d'une contrepartie distincte d'un prix en argent, les contrats spéciaux, autres que la vente, se voient appliquer l'article 1105 du Code civil. Le prix monétaire est donc un critère de distinction entre ces conventions et les contrats innommés.

L'analyse portera à titre principal sur les contrats d'entreprise, de mandat, de dépôt, de bail, de travail et de prêt, puis, plus sommairement, sur la rémunération de la caution par le débiteur et les primes d'assurance.

84. Prix monétaire dans les contrats d'entreprise et de mandat (honoraires). – Les questions de la nature des honoraires dans les contrats de mandat et d'entreprise méritent d'être traitées de pair, compte tenu de l'historique commun de ces deux types de conventions⁶⁰⁴. L'appellation « d'honoraires » étant réservée aux prestations intellectuelles, le contrat d'entreprise dont l'objet serait une prestation matérielle ne fait pas bénéficier sa contrepartie onéreuse d'une terminologie particulière. Le raisonnement suivant pourra ainsi être appliqué de indifféremment tant aux honoraires qu'au prix.

Le raisonnement est identique en matière de contrat de louage d'ouvrage et en matière de vente car, tout d'abord, l'article 1710 du Code civil emploie le mot « prix » pour désigner la contrepartie onéreuse du contrat de louage et que ce mot, dans la vente, désigne la prestation pécuniaire⁶⁰⁵. Pothier affirmait par ailleurs que « le prix ou loyer doit consister en argent ; autrement ce n'est pas un contrat de louage, mais une autre espèce de contrat »⁶⁰⁶. Aubry et Rau se montraient, pour leur part, plus modérés en évoquant un prix « en principe » en argent, auquel il peut être ajouté, « à titre d'accessoire, certaines prestations en nature »⁶⁰⁷. À l'instar de la vente, l'existence d'une contrepartie financière faisait basculer le contrat innommé, *do ut facias* (chose contre service), *facio ut des* (service contre chose) ou *facio ut facias* (service contre service), en *locatio operis faciendi*, c'est-à-dire en contrat d'entreprise. Le caractère monétaire des honoraires, et du prix, semble donc être le critère de distinction entre le contrat d'entreprise

⁶⁰⁴ Le mandat et l'entreprise ont en effet comme point commun d'avoir pour objet une prestation humaine (P. PUIG, *Contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 933, p. 936). A l'origine en droit romain, les prestations intellectuelles, plus nobles, ne pouvaient faire l'objet que d'un contrat de mandat, laquelle était par nature gratuite, et non d'un contrat de louage d'ouvrage, onéreux et réservé aux tâches matérielles, plus ingrates. Le mandataire pouvait toutefois se voir versé une rémunération à titre honorifique, les honoraires. En 1804, le législateur a associé le mandat à la représentation et a élargi le champ d'application du contrat d'entreprise aux prestations intellectuelles, tout en conservant la terminologie ancienne. Le mandat et le louage d'ouvrage portant sur une prestation intellectuelle sont donc rémunérés suivant le modèle des honoraires.

⁶⁰⁵ A. BARDET-BLANVILLAIN, *L'échange*, thèse Paris II, 2002, n° 114, p. 74, à propos du bail.

⁶⁰⁶ R.-J. POTHIER, *Oeuvres de Pothier. Traité du contrat de constitution de rente, de change, de louage, de société, de cheptels*, 3, Béchét aîné, 1825, p. 247.

⁶⁰⁷ C. AUBRY et C.-F. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae. Des différentes espèces de contrats en particuliers*, *op. cit.*, § 372, p. 393.

et les contrats innommés, entreprise-vente ou entreprise-entreprise. De nombreux auteurs prônent ainsi la nécessité de l'affirmation générale d'un prix en argent⁶⁰⁸.

La jurisprudence semble s'aligner sur la doctrine favorable au prix en argent, bien que la question ne lui ait jamais été posée frontalement. Il convient de relever deux décisions contradictoires à ce propos. Dans la première espèce⁶⁰⁹, une entreprise de désobusage était chargée de la remise en état d'un terrain militaire. En contrepartie de ce travail, un prix avait été déterminé par les parties, « prix dont se trouvait déduite la valeur des métaux récupérés abandonnés par l'armée à ladite entreprise ». Le prix, à l'origine partiellement en nature, l'est totalement devenu après un avenant de 1955, l'entrepreneur se rémunérant uniquement au moyen des métaux récupérés. Face aux réclamations de l'administration fiscale, assimilant le contrat à une vente de métaux et non à un contrat d'entreprise, assimilation contestée par l'entrepreneur, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a fini par qualifier le contrat de « marché de travaux », au motif que la « clause de récupération (...) réalisait l'unique rémunération du travail accompli ». Mais le caractère fortement casuistique de cette décision ne remettrait pas en cause le principe selon lequel le prix doit être monétaire dans la *locatio conductio*, car c'est en vertu de considérations purement fiscales que la Cour s'est prononcée en ce sens. La Cour connaît en effet une certaine tendance à jouer avec les qualifications contractuelles afin de voler au secours du contribuable⁶¹⁰.

Dans la seconde espèce⁶¹¹, la maquette d'un ouvrage dédié à un artiste peintre avait été réalisée moyennant la promesse, par celui-ci, de remettre une de ses œuvres. Un désaccord quant au montant de la rémunération survient et la Cour de cassation conclut malgré tout à la validité du contrat d'entreprise, selon une formule désormais bien connue. La Cour semble donc admettre à demi-mot la possibilité de payer en nature, par la cession d'une œuvre d'art, n'ayant pas rejeté en bloc cette possibilité. Mais encore une fois, la Cour n'était pas interrogée quant à la nature de la rémunération dans le contrat d'entreprise, mais quant à sa détermination, si bien

⁶⁰⁸ F. LABARTHE et C. NOBLOT, *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008, n° 33, p. 23 : « le prix en argent est un élément essentiel du contrat d'entreprise » – Ph. DELEBECQUE, *Le contrat d'entreprise*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1993, p. 50 : le prix est « la somme d'argent que le maître verse à l'entrepreneur ».

⁶⁰⁹ Cass. com. 2 janv. 1968, *Bull. com.* n° 6.

⁶¹⁰ F. LABARTHE et C. NOBLOT, *Le contrat d'entreprise*, *op. cit.*, n° 33, p. 23. Les auteurs citent, à titre d'exemple, les décisions suivantes relatives à la requalification d'une promesse unilatérale en promesse synallagmatique de vente, en raison de motivations fiscales : Cass. civ. 3^e, 27 oct. 1975, n° 74-11080, *Bull. civ.* III, n° 309, p. 234 – Cass. civ. 1^{re}, 26 mars 2003, n° 01-02410, *Bull. civ.* I, n° 71, p. 65 – Cass. ass. plén. 24 févr. 2006, n° 04-20525, *Bull. A.P.* n° 1, p. 1.

⁶¹¹ Cass. civ. 1^{re}, 24 nov. 1993, n° 91-18.650, *Bull. civ.* I, n° 339, p. 234.

qu'il pourrait être hâtif de tirer de trop grandes conséquences de cette décision. Un principe de rémunération monétaire dans le contrat d'entreprise se dessine donc.

85. Prix monétaire dans le contrat de dépôt. – Si à l'origine le contrat de dépôt était, selon l'article 1917 du Code civil, « essentiellement gratuit », celui-ci a très largement perdu sa nature généreuse primitive⁶¹² à la faveur du dépôt salarié, prévu à l'article 1928 du même code. Le principe s'inverse aujourd'hui, car le dépôt, entré dans le monde des affaires sans pour autant perdre son âme⁶¹³, est finalement « essentiellement » reçu par des professionnels, à titre onéreux : garde-meuble, entrepôt, consignes, pensions animales, garages surveillés, banques... La mutation du dépôt est caractéristique du recul de la gratuité et de la professionnalisation des services⁶¹⁴.

L'hypothèse de la rémunération versée au dépositaire professionnel n'ayant été envisagée qu'à titre exceptionnel, l'existence d'une rémunération n'est pas une condition de validité du contrat et la nature de celle-ci n'est pas déterminée légalement. La jurisprudence s'est également désintéressée de la question de la nature de la rémunération de celui-ci, davantage attachée à aggraver les obligations qui pèsent sur le dépositaire salarié⁶¹⁵ ou à refuser d'appliquer au dépôt la règle de la révision des honoraires des mandataires⁶¹⁶. En revanche, la jurisprudence a affirmé que le dépôt conclu par un dépositaire professionnel est présumé onéreux,⁶¹⁷ car « *le contrat de dépôt d'un véhicule auprès d'un garagiste, accessoire à un contrat d'entreprise, est présumé fait à titre onéreux* ». Le contrat de dépôt n'emprunte pas seulement le caractère onéreux du contrat d'entreprise dont il constitue l'accessoire, il bénéficie également du régime de celui-ci et notamment du principe général d'indétermination du prix. Par analogie, il serait logique que le contrat de dépôt aligne la nature de la rémunération de son dépositaire professionnel sur celle de l'entrepreneur : monétaire.

En matière de dépôt-vente, bien qu'une ambiguïté pèse sur la nature de cette opération particulière⁶¹⁸, la logique conduit à rapprocher le raisonnement de celui tenu pour la vente, le dépositaire ne faisant que reverser une partie du prix de vente final au déposant.

⁶¹² J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, op. cit., n° 479, p. 744.

⁶¹³ F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, op. cit., n° 1089, p. 590.

⁶¹⁴ L. LEVENEUR, « Où la gratuité s'efface pour une présomption d'onérosité... », CCC 2005, n° 8-9, comm. 148.

⁶¹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 2 oct. 1980, n° 79-13302, *Bull. civ. I*, n° 240 ; *RTD civ.* 1981, p. 405, obs. G. CORNU.

⁶¹⁶ Cass. com. 18 déc. 1979, *Bull. civ. IV*, n° 339, *RTD civ.* 1980, p. 780, obs. G. CORNU.

⁶¹⁷ Cass. civ. 1^{re}, 5 avril 2005, n° 02-16926, *Bull. civ. I*, n° 165, p. 140 ; CCC 2005, n° 8-9, comm. 148, note L. LEVENEUR ; *RDC* 2005, n° 4, p. 1029, obs. A. BENABENT et p. 1123, obs. P. PUIG – Cass. civ. 1^{re}, 8 oct. 2009, n° 08-20.048, *Bull. civ. I*, n° 204 (confirmation).

⁶¹⁸ V. sur ce point P. PUIG, *Contrats spéciaux*, op. cit., n° 1004, p. 758.

86. Prix monétaire du contrat de travail (salaire). – En l’absence d’une définition légale du contrat de travail, la doctrine a dégagé trois critères permettant d’identifier un tel contrat, au nombre desquels figure la rémunération. Contrat de travail et bénévolat étant par nature incompatibles, l’absence de rémunération conduit inévitablement en la requalification du contrat en contrat d’entraide (amicale, familiale, agricole, associative)⁶¹⁹. Le débat quant à la nature du salaire s’avère complexe, malgré la prescription de l’article L. 3241-1 du Code du travail : « le salaire est payé en espèces ou par chèque barré ou par virement à un compte bancaire ou postal ». Le contrat de travail nécessite donc un prix en argent à peine de validité. La monnaie est donc encore une fois un critère de distinction efficace.

Cependant se pose la question des avantages et du salaire en nature, laquelle est d’autant plus complexe par un manque de rigueur sémantique. Il convient en effet de distinguer le « salaire de base », contrepartie du travail réalisé par le salarié, des autres avantages perçus par celui-ci, comme les primes, gratifications, pourboires, indemnités et salaires en nature⁶²⁰. Le salaire associé à tout cela forme la « rémunération »⁶²¹. Les avantages en nature font donc partie de la rémunération et sont pris en considération dans le calcul de nombreuses indemnités (congrés payés, préavis, licenciement), mais aussi au regard du fisc et de la sécurité sociale.

Le salaire étant par essence alimentaire, il fallut à tout prix éviter que les salariés ne soient rémunérés uniquement en nature. Le paiement en nature doit rester partiel⁶²². Une loi du 25 mars 1910 a donc introduit la disposition qui devait postérieurement engendrer l’article L. 3241-1 du Code du travail tel que connu aujourd’hui. Il est donc impossible de faire descendre le salaire en numéraire en-deçà du SMIC en raison de la prise en compte des avantages en nature, venant ainsi imposer un « salaire minimum en espèces »⁶²³. L’existence de ce dernier confirme donc, malgré la possibilité d’un paiement partiel en nature, la nature monétaire du prix dans le contrat de travail. A l’exception du travail au pair⁶²⁴, le salaire doit donc être payé « en monnaie métallique ou fiduciaire »⁶²⁵.

⁶¹⁹ F. FAVENNEC-HERY et P.Y. VERKINDT, *Droit du travail*, LGDJ, coll. Manuel, 2018, n° 539, p. 421.

⁶²⁰ La rémunération en nature peut consister en la mise à disposition d’un logement ou d’un véhicule, la fourniture de tickets-restaurant, l’attribution de matériel informatique à usage privé, etc. Cette forme de rémunération particulière trouve son origine dans un modèle d’économie principalement agricole et artisanale où le salarié partageait l’existence du patron (v. G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKES, *Droit du travail*, 32^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2018, n° 980, p. 1161).

⁶²¹ Or, il n’est pas rare que les auteurs emploient un mot pour l’autre.

⁶²² E. PESKINE et C. WOLMARK, *Droit du travail 2020*, Dalloz, coll. Hypercours, 2019, n° 398, p. 285.

⁶²³ Article D. 3231-9 du Code du travail.

⁶²⁴ A. BARDET-BLANVILLAIN, *L’échange*, thèse Paris II, 2002, n° 118, p. 76.

⁶²⁵ F. GAUDU et R. VATINET, *Les contrats du travail. Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, coll. Traité des contrats, 2001, n° 251, p. 213.

87. Prix monétaire du contrat de prêt (intérêts). – Si la moralité et la validité du prêt à intérêt ont fait l’objet de longues discussions doctrinales, il en va autrement de celle de la nature de l’intérêt, qui n’a jamais retenu l’attention. L’article 1905 du Code civil affirme en effet qu’« il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt soit d’argent, soit de denrées ou autres choses mobilières », sans pour autant préciser la nature de ceux-ci. Toujours est-il admis que l’intérêt rémunère l’immobilisation des sommes prêtées, ainsi que la prise de risque du prêteur. En l’absence d’intérêt, le prêt reste valable, car ce n’est pas un élément de qualification : il sera simplement requalifié en prêt à usage.

À l’instar du prix, l’absence de définition légale précisant le caractère par essence monétaire de l’intérêt sème la confusion. Il semble de prime abord difficile d’envisager la validité d’intérêts non monétaires, bien que la définition de l’intérêt soit la suivante : « ce qui est économiquement utile ; rapport pécuniaire, profit, avantage patrimonial *en nature* ou en argent »⁶²⁶. Le terme relève donc globalement du champ lexical de la monnaie. Or, si l’argent peut faire des petits, il est fort envisageable qu’ils aient la même nature. Il serait malaisé d’admettre qu’un prêt en argent donne lieu à des intérêts non monétaires, ne serait-ce que pour des raisons pratiques. Par ailleurs, le mécanisme du prêt à intérêt n’est pas sans rappeler celui du contrat de bail, à la différence près que le second ne peut porter que sur un corps certain. Dès lors, puisque le bail n’admet, en principe, que les loyers par nature monétaire, peut-être faudrait-il appliquer, par analogie, cette exigence au contrat de prêt. Ainsi, le prêt d’argent à intérêt ne peut se concevoir qu’au moyen d’un prix, l’intérêt, monétaire.

Il existe toutefois une exception au principe de la nature monétaire de l’intérêt d’un prêt. En effet, le prêt de denrées ou de choses mobilières pouvant tout à fait donner lieu à des intérêts en nature, par exemple une quantité de marchandises supplémentaires à restituer⁶²⁷.

88. Nature monétaire de la prime d’assurance et de la rémunération de la caution par le débiteur. – Si le cautionnement reste conçu par la doctrine⁶²⁸ comme un acte de bienfaisance, unilatéral et à titre gratuit, la jurisprudence manque parfois de rigueur et admet l’existence de « contrat de cautionnement à titre onéreux »⁶²⁹. Cette qualification est peu opportune, dans la

⁶²⁶ V. « intérêt » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2017, p. 565.

⁶²⁷ F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 667, p. 368.

⁶²⁸ G. PIETTE, « Cautionnement », in *Répertoire de droit civil*, 2016, n° 27 – Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 5^e éd., LexisNexis, 2015, n° 55, p. 68 et 58, p. 70. V. *contra* J. FRANÇOIS, « Les sûretés personnelles », in *Droit civil*, Ch. LARROUMET (dir.), Economica, 2004, n° 27 : « si la caution est rémunérée par le débiteur, le cautionnement est alors à titre onéreux ».

⁶²⁹ La cour d’appel d’Aix-en-Provence a ainsi affirmé que « le fait que le cautionnement soit consenti à titre onéreux, étant d’ailleurs précisé que, contrairement à ce qu’ils soutiennent, la charge de cette garantie pèse sur les

mesure où la caution est en réalité rémunérée par le débiteur, et non par le créancier, sans que cela ait une incidence sur la qualification reçue par le contrat de cautionnement conclu entre la caution et le créancier⁶³⁰. Il convient de s'intéresser à la nature du contrat éventuellement conclu entre la caution et son débiteur. Est-il envisageable de « rémunérer » une caution professionnelle, compagnie d'assurance ou société de cautionnement mutuel, par un autre biais que le versement d'une somme d'argent ? Celle-ci peut en effet se rémunérer directement grâce à la perception d'une commission, dont le taux serait fonction du risque assumé. Mais il est également possible que la caution se rémunère plus indirectement, par le biais d'un intérêt personnel à l'opération principale, souvent en nature⁶³¹. *In fine*, en toute rigueur terminologique, il convient de distinguer deux types d'opérations : la convention « intéressé »⁶³², insérée dans une relation commerciale plus vaste dans laquelle la caution trouve un intérêt et la convention « à titre onéreux », nécessitant la rémunération directe de la caution, en argent. La première relève finalement du contrat innommé *facio ut facias*, alors que la seconde, inscrite dans une logique d'échange entre une prestation et une somme d'argent, ressemble finalement davantage à un contrat d'entreprise, et plus particulièrement à un contrat d'assurance⁶³³.

La question se déplace alors vers la nature de la prime perçue d'assurance. Le contrat d'assurance peut être défini comme l'opération par laquelle une partie, l'assuré, se fait promettre, moyennant une rémunération, la prime, pour lui ou pour un tiers, en cas de réalisation d'un risque, une prestation (pécuniaire) par une autre partie, l'assurance, qui prenant en charge un ensemble de risques, les compense conformément aux lois de la statistique⁶³⁴. La prime d'assurance constitue ainsi le prix à payer pour la tranquillité d'esprit de l'assuré⁶³⁵. Si l'onérosité du contrat d'assurance ne soulève pas de difficulté particulière, la question est ici celle de la nature de la prime remise par l'assuré à l'assureur. En effet, aucune exigence légale n'indique explicitement qu'elle doit porter sur une somme d'argent, si ce n'est le nom latin de ce type de contrat, *contractus trajecticiae pecuniae*. En pratique, une assurance ne pourrait

emprunteurs et non sur la banque envers laquelle elle est souscrite, ne modifie pas le caractère unilatéral du contrat » (Aix-en-Provence, 24 mai 2018, n° 17/03708). V. également Cass. req. 2 mai 1906, S 1908, 1, p. 286, Colmar, 20 févr. 2002, *JCP G* 2002, IV, 2974, CA Limoges, 23 déc. 1847, S 1848, 2, p. 124.

⁶³⁰ Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, op. cit., n° 60, p. 72.

⁶³¹ A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Les sûretés personnelles. Traité de droit civil*, Lextenso, 2010, n° 112, p. 92. Cet intérêt se retrouve ainsi dans le cadre d'une relation commerciale de longue durée (Cass. com. 14 fév. 1989, *Bull. civ.* IV, n° 62) ou parce qu'il s'agit d'un cautionnement commercial (Cass. com. 11 oct. 1978, *Bull. civ.* IV, n° 223).

⁶³² Dans son ouvrage dédié à l'étude des contrats spéciaux, M. Pascal Puig fait toutefois très justement remarquer que l'existence de la catégorie des contrats « intéressés » fait perdre de la netteté à la distinction entre l'onéreux et le gratuit (P. PUIG, *Contrats spéciaux*, op. cit., n° 807, p. 639).

⁶³³ Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, op. cit., n° 58, p. 70

⁶³⁴ V. « assurance » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2017, p. 96.

⁶³⁵ V. NICOLAS, *Droit des contrats d'assurance*, Economica, coll. Corpus droit privé, 2012, n° 217, p. 98.

fonctionner autrement qu'à l'aide de monnaie : si chacun cotisait dans une unité différente, il serait très difficile à l'assureur de procéder à l'indemnisation. Le pouvoir libérateur universel de la monnaie révèle ici tout son intérêt pratique. Les primes d'assurance sont donc par nature monétaire. Une assurance qui fonctionnerait au moyen de primes en nature constituerait alors un contrat *do ut facias*, et non une véritable assurance.

Le prix monétaire est donc le critère universel permettant d'opérer une distinction fondamentale au sein des contrats à titre onéreux : se trouvent ainsi, d'une part, les grands contrats nommés classiques et, d'autre part, l'échange et les contrats innommés à titre onéreux, *do ut facias* ou *facio ut facias* (bien contre service ou service contre service). Mais le contrat de bail brille par son absence. En effet, la contrepartie du bail peut être de nature non monétaire sans que cela porte pour autant atteinte à la qualification du contrat. Cette incohérence constitue l'un des éléments venant remettre en cause la nature monétaire du prix dans l'ensemble des contrats.

CONCLUSION DE LA SECTION I

Le prix exprime matériellement la valeur, sous la forme d'une somme d'argent et, plus particulièrement, en euro.

89. À la question de savoir comment exprimer matériellement la valeur économique d'un bien, la réponse peut sembler évidente : en argent. L'argent sert donc actuellement de monnaie de compte et de monnaie de paiement. Il n'en a en réalité pas toujours été ainsi, car les sociétés primitives recouraient fréquemment au troc et étaient dépourvues de monnaie de paiement, bien qu'elles bénéficient souvent d'une monnaie de compte. L'utilité du recours à la monnaie n'est plus à démontrer, si bien que les modèles contractuels se sont construits, dès le droit romain, autour du postulat de l'existence d'un prix en argent. L'étude de l'histoire du contrat de vente et du contrat d'échange est sur ce point particulièrement révélatrice.

Au-delà de l'exigence d'un prix monétaire, le droit exige aujourd'hui, à travers le principe du cours légal, que la valeur économique s'exprime en euro. Il existe donc une impossibilité de choisir sa monnaie, tant de paiement que de compte. La forme de la monnaie est quant à elle totalement indifférente : la valeur économique trouve aussi bien à s'exprimer par la monnaie fiduciaire, scripturale ou électronique.

90. L'analyse approfondie des principales catégories contractuelles met en lumière l'actualité du rôle joué par le prix monétaire, en tant que support d'expression de la valeur économique. Il est en effet toujours d'actualité que « hormis l'échange, les contrats à titre onéreux donnent naissance à l'obligation de payer une certaine somme d'argent »⁶³⁶. L'étude des exigences en matière de prix au sein des principales catégories de contrats nommés (vente, entreprise, mandat, travail, bail, prêt, assurance) révèle l'universalité du prix monétaire. Les contrats nommés exigent un prix en argent, lequel les différencie de l'échange et des contrats innommés.

Le critère du prix monétaire doit toutefois être reconsidéré.

⁶³⁶ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 1999, n° 273, p. 261.

SECTION II

RECONSIDERATION DE LA NATURE MONETAIRE DU PRIX

La nature monétaire du prix inquiète la doctrine de longue date. En effet, si de nombreux auteurs affirment de manière tranchée que le prix ne peut porter que sur une somme d'argent, d'autres se montrent bien plus réservés⁶³⁷ et le droit public a pour sa part opté pour la solution inverse⁶³⁸. En droit civil, M. Daniel Mainguy relève avec raison que le Code civil n'a jamais clairement énoncé le caractère intrinsèquement monétaire du prix⁶³⁹. Une lecture exégétique du Code laisse certes à penser que le prix porte sur une somme d'argent pour l'ensemble des contrats. Mais au fil des 185 références faites au prix dans le Code civil, au sein de 140 articles différents, aucune exigence d'un prix monétaire n'est expressément opérée. L'article 1582 ne fait ainsi que sous-entendre la nature monétaire du prix, sans expressément l'exiger⁶⁴⁰.

Selon ces auteurs, il serait donc possible de « payer » par un autre procédé que de la monnaie sonnante et rébuchante. Certains auteurs vont ainsi jusqu'à affirmer que « le prix comprend en droit *“tous les éléments qui profitent au vendeur et qui correspondent dans son patrimoine à la valeur de la chose vendue”* »⁶⁴¹. Le prix est habituellement une somme d'argent remise au vendeur, mais il peut aussi être acquitté par compensation (« acquitté », mais le prix reste une somme d'argent, c'est le mode de paiement qui varie ici) ou la remise d'une somme d'argent et la remise d'une chose ou un service. Selon les cas, il s'agirait d'un échange (bien contre bien, *do ut des*) ou d'un contrat innommé (bien ou service contre service, *do ut facias* ou

⁶³⁷ J.-B. RACINE, « La notion de prix en droit contemporain des contrats », *RIDE* 1999, p. 77 – P. DE FONTBRESSIN, « De l'influence de l'acceptation du concept de prix sur l'évolution du droit des contrats », *RTD civ.* 1986, p. 655 – P.-Y. GAUTIER, « La cause du transfert de propriété, dans les ventes d'entreprises en difficulté (suite) », *RTD civ.* 1994, p. 124 – F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux, op. cit.*, n° 183, p. 118.

⁶³⁸ Les marchés publics admettent en effet une définition large du prix, qui ne consiste pas nécessairement en une somme d'argent : des travaux de réfection d'un méandre d'une rivière en contrepartie de la récupération des matériaux extraits (CE, 22 févr. 1980, *SA Sablières modernes d'Aressy, Rec. CE* 1980, p. 110), concession d'endiguage dont le titulaire récupérait les terrains exondés (CE, 18 mars 1988, « Sté civile des Néo-polders », *Rec. CE* 1988, p. 128), abandon de recettes, perçues auprès de tiers en contrepartie de la réalisation de certaines prestations (CJCE, 12 juill. 2001, aff. C-399/98, *Ordine degli architetti delle Provinci di Milano e Lod, Rec. CJCE* 2001, I, p. 5409). Sur ces points, v. Ministère de l'Economie et des finances, « Le prix dans les marchés publics. Guide et recommandations. La formation et la variation des prix dans les marchés publics. Eléments juridiques et modalités pratiques », avril 2013, p. 75.

⁶³⁹ D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 11^e éd., Dalloz, 2018, n° 107, p. 119. V. également en ce sens Ph. BIHR et B. GROSS, *Contrats. Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, I, PUF, coll. Thémis droit privé, 2002, n° 181, p. 122.

⁶⁴⁰ P.-Y. GAUTIER, « Vente à un euro : les autres contreparties du transfert de propriété doivent être dûment établies », *RTD civ.* 2005, p. 157.

⁶⁴¹ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français. Tome X. Contrats civils*, n° 243, p. 264.

facio ut facias). La nature monétaire du prix serait donc un critère insuffisant dans la distinction entre d'une part, la vente et l'échange, et, d'autre part, les autres contrats à titre onéreux et la catégorie générale des contrats innommés.

Le critère du prix en argent est largement remis en cause, tant de du fait de défauts intrinsèques, imprévus du législateur, que par l'évolution des technologies (§1). Cette réflexion conduira ainsi à étudier l'abandon du critère du prix monétaire, au profit d'un nouveau système, dans le cadre du contrat de vente. Il serait ainsi possible, uniquement dans l'hypothèse du contrat de vente, de payer en remettant un bien, ce qui viendrait finalement assimiler le contrat de vente à celui d'échange (§2).

§1 – Remise en cause du principe du prix monétaire

Il convient donc de relever que cette affirmation d'un prix nécessairement monétaire est quelque peu simpliste. En effet, dès 1804, le critère dégagé était insuffisant, car présentant des défaillances intrinsèques (I.). L'évolution des technologies a également conduit à l'obsolescence du critère, de nouvelles formes de monnaies étant apparues, ainsi que de nouveaux moyens de payer (II.).

I. UN CRITERE INTRINSEQUEMENT LIMITE

L'étude plus approfondie de la nature de la contrepartie onéreuse des différents contrats spéciaux nommés révèle des incohérences : le droit ne respecte pas le critère qu'il a lui-même élaboré en autorisant l'expression de la valeur économique sous une forme autre que monétaire. En effet, une transaction, qualifiée d'échange, peut se voir accompagnée du transfert d'une somme d'argent. De même, un contrat en principe prévoyant en principe une contrepartie monétaire peut, dans certains cas, valablement stipuler une contrepartie en nature. La monnaie apparaît ici comme une modalité de l'échange, venant ainsi porter atteinte au critère du prix monétaire (A.). À l'inverse, un prix à l'origine pourtant convenu en monnaie peut être acquitté au moyen de l'exécution d'une prestation ou de la tradition d'un bien (B.).

A. L'argent, modalité de l'échange

Dans cette première hypothèse, un contrat d'échange est conclu, mais stipule une somme d'argent en guise de contrepartie partielle. La valeur économique est ainsi exprimée par un bien, accompagnée d'une somme d'argent. L'application rigoureuse du critère du prix monétaire conduirait à retenir la qualification de vente, mais telle n'est pas la lecture opérée par la jurisprudence qui préfère y voir un échange.

91. Echange avec soulte. – À la croisée des chemins⁶⁴² entre l'échange et la vente figure un contrat particulier : l'échange avec soulte. L'échange, comme la vente souvent, n'impose pas que les biens échangés soient de valeur égale⁶⁴³. Mais il peut arriver que les parties décident de compenser cette différence de valeur par une somme d'argent, une soulte⁶⁴⁴, et alors la frontière avec la vente s'amincit. Ici, l'obligation monétaire et l'obligation de *dare* sont qualitativement équivalentes. À titre d'exemple, il convient d'étudier le procédé de vente intitulé « échange standard », procédure au cours de laquelle le client d'une pièce défectueuse échange celle-ci, contre une pièce restaurée en usine, ainsi qu'un certain pourcentage du prix, le professionnel se chargeant de la réparation et de la revente. Le procédé est intéressant pour le consommateur, car il obtient une pièce fonctionnelle à un prix inférieur à celui d'une pièce neuve et n'a pas à attendre la durée des réparations. Le recours à ce procédé est ainsi très fréquent en matière automobile⁶⁴⁵. La nature juridique de l'opération est toutefois douteuse : le consommateur cède un bien contre un autre, mais verse pourtant une somme d'argent. Le schéma est bien celui de l'échange avec soulte.

Se pose la question de la qualification du contrat : est-il possible d'assimiler cette soulte à un prix et de transformer ainsi l'échange en vente ? Si une qualification mixte a été envisagée dans un premier temps⁶⁴⁶, la jurisprudence s'est finalement rabattue sur une qualification unitaire⁶⁴⁷, en application de l'adage *accessorium sequitur principale*. Le critère utilisé semble de prime abord être celui de la différence en valeur économique : si la valeur économique du bien échangé est supérieure au montant de la soulte, alors cette dernière n'a qu'un rôle d'appoint⁶⁴⁸ et le régime du contrat doit obéir à celui du « principal », la vente. Le changement quantitatif entraîne un changement qualitatif⁶⁴⁹. Ainsi, l'existence d'une soulte « ne change pas la nature du contrat à moins que la disproportion de la somme payée par l'une des parties à titre de soulte avec la valeur de la chose livrée par cette partie ne confère à l'ensemble de la

⁶⁴² J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, 9^e éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2017, n° 85, p. 89.

⁶⁴³ Metz, 8 févr. 2000, *JCP G* 2001.II.10520, note S. HOCQUET-BERG.

⁶⁴⁴ Dans cette hypothèse, le consentement des parties doit à la fois porter sur les biens échangés et le montant de la soulte (Cass. civ. 3^e, 27 nov. 1984 ; *D.* 1985, p. 76 – Cass. civ. 3^e, 20 juin 1989, *Bull. civ.* III, n° 145 ; *Defrénois* 1990, p. 499, obs. G. VERMELLE).

⁶⁴⁵ La proposition d'un échange standard par les garagistes a été rendue obligatoire par un décret n° 2016-703 du 30 mai 2016 relatif à l'utilisation de pièces de rechange automobiles issues de l'économie circulaire (*JORF* n° 0124, 31 mai 2016, texte n° 6). Néanmoins, cette mesure n'est toujours pas applicable, car les catégories en cause n'ont pour l'instant pas été définies.

⁶⁴⁶ Civ. 30 oct. 1950 ; *D.* 1950, p. 753, note R. LENOAN ; *JCP* 1951, II, 6015, note RAYNAUD.

⁶⁴⁷ Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 1962 ; *JCP G* 1962, II, 12838, note VOIRIN ; *Gaz. Pal.* 1962, 1, p. 406.

⁶⁴⁸ S. HOCQUET-BERG, « Echange ou vente lésionnaire ? », *JCP G* 2001, n° 18, p. 10520.

⁶⁴⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 803, p. 492.

convention le caractère d'une vente »⁶⁵⁰. Les juges restent toutefois libres de requalifier le contrat s'ils estiment que l'importance de la soulte permet de la considérer comme l'objet principal de l'obligation de l'une des parties⁶⁵¹. En réalité, le critère n'est pas purement mathématique, car la jurisprudence ne souhaite pas s'enfermer dans des formules trop strictes. Elle se livre finalement plus à un examen des proportions qu'à un calcul arithmétique »⁶⁵² et utilise d'autres indices comme l'intention des parties, sans s'enfermer dans un critère trop strict. C'est ici davantage l'adage *accessorium sequitur principale* qui est appliqué, plutôt que *major pars trahit ad se minorem*⁶⁵³. En effet, une application stricte de *majors pars* conduirait à qualifier d'échange un contrat « dans lequel un bien qui vaut 100 000 F est cédé moyennant un autre bien de 49 000 F et une soulte de 51 000 F »⁶⁵⁴. En effet, « si la soulte dépasse, ne serait-ce que d'un centime la moitié de la valeur du bien obtenu en contrepartie, c'est elle la *major pars* ; ce n'est plus une soulte, mais un prix, le contrat est une vente pour le tout »⁶⁵⁵.

Toujours est-il que l'existence d'une soulte, si elle en modifie tout au plus le régime, ne perturbe pas la qualification d'échange retenue. Malgré une contrepartie partiellement monétaire, le contrat peut rester un échange, la soulte n'est que l'accessoire du contrat. Le paiement de celle-ci obéit aux mêmes règles que le paiement du prix, notamment à celle de l'action résolutoire⁶⁵⁶. Cette analyse a ainsi été confirmée par le projet de réforme des contrats spéciaux, dans lequel, « afin de lever toute ambiguïté, la commission a souhaité préciser que la stipulation d'une soulte n'exclut pas la qualification d'échange »⁶⁵⁷. Il existe donc une tolérance pour ce mode de transfert de propriété particulier dans lequel une somme d'argent parfois très importante change de main, en contrepartie d'un bien, sans pour autant en constituer le prix. Du reste, il devient dès lors délicat d'affirmer que la monnaie est un critère de distinction absolu

⁶⁵⁰ Civ., 10 févr. 1926 ; *DP* 1926, 1, p. 202 – Cass. req. 29 avril 1927, *JCP* 1927, p. 742 (vente d'une métairie de 91.000F contre un domaine valant 19.000 F et une « soulte » de 72.000 F).

⁶⁵¹ Cass. civ. 3^e, 26 juin 1973, n° 72-12.489, *Bull. civ.* III, n° 436, p. 317 ; *RTD civ.* 1974. 145, obs. Y. LOUSSOUARN – Cass. civ. 3^e, 27 nov. 1984, *D.* 1985. J. 76 – Cass. civ. 3^e, 15 mars 1977, *Bull. civ.* III, n° 120, *Rev. Loyers* 1977, p. 328.

⁶⁵² F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2014, n° 102, p. 100.

⁶⁵³ G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé : étude sur la maxime "Accessorium sequitur principale"*, LGDJ, 1969, n° 340, p. 467 – J. GHESTIN et B. DESCHE, *La vente*, LGDJ, 1990, n° 40, p. 38.

⁶⁵⁴ F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, *op. cit.*, n° 102, p. 100.

⁶⁵⁵ G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé : étude sur la maxime "Accessorium sequitur principale"*, *op. cit.*, n° 340, p. 467.

⁶⁵⁶ J. HUET, G. DECOQ, C. GRIMALDI, H. LECUYER et J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd. LGDJ, 2012, n° 12003, p. 597.

⁶⁵⁷ Association Henri Capitant, *Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux*, 26 juin 2017. Le titre IV du Code civil serait désormais intitulé « De l'échange » et comporterait deux articles. L'article 51 de l'avant-projet énonce, en son second alinéa, que « la stipulation d'une soulte n'exclut pas la qualification d'échange ».

entre la vente et l'échange, la présence d'une somme d'argent, parfois conséquente, étant ici insuffisante à emporter la qualification de vente.

92. « Fausse »⁶⁵⁸ dation en paiement. – La doctrine nomme « fausse » dation en paiement la stipulation de la dation dès la conclusion du contrat, car il n'y a alors plus de substitution d'un mode de paiement anormal à un autre, contrairement au mécanisme originel. L'hypothèse la plus fréquente est celle de la vente de terrain contre promesse de remise de locaux à construire⁶⁵⁹. L'acquéreur, souvent un promoteur immobilier, s'engage, en plus de verser un prix, à construire des immeubles sur le terrain et à en remettre des lots au vendeur. Le vendeur, créancier, reçoit donc un prix, et un immeuble. La jurisprudence semble éprouver des difficultés à trancher quant à la nature particulière de ce contrat. Ainsi, dans un arrêt, publié au Bulletin, du 9 septembre 1989, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a opté pour la qualification de vente, estimant que « la vente d'une chose peut être réalisée moyennant une contrepartie autre qu'une somme d'argent »⁶⁶⁰. Les parties avaient conventionnellement prévu que le « prix » de la vente serait la délivrance des immeubles. La libération n'avait ici rien d'anormal, car prévu *ab initio*, faisant obstacle à la qualification de dation en paiement. Il est en revanche difficile d'y percevoir une vente pour autant, en l'absence de prix monétaire. La qualification de vente retenue par la Cour de cassation a été maintenue dans un arrêt postérieur de 1998⁶⁶¹. Cette solution, jugée discutable, ne fait pas l'unanimité de la doctrine qui préfère y voir un échange entre un terrain présent et un immeuble futur⁶⁶² ou de contrat *sui generis*⁶⁶³. En 2010⁶⁶⁴ toutefois, la troisième Chambre civile a qualifié de dation en paiement une situation similaire, à la différence près que dans l'arrêt de 1989, les modalités de paiement étaient fixées

⁶⁵⁸ V. J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 88, p. 90 – Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 71, p. 60 – J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LECUYER et J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 11121, p. 72 – J. GHESTIN et B. DESCHE, *La vente*, *op. cit.*, n° 55, p. 50.

⁶⁵⁹ B. STEMMER, « À propos des cessions de terrains contre remise de locaux à construire », *JCP N* 1975.I.2677 – M. DAGOT, « La cession de terrain moyennant la remise de locaux à construire », *JCP N* 1976.I.2749 – C. GRIMALDI et M. LUCHE, « Cession de terrain contre remise de locaux à construire », *Deffrénois* 2017, p. 175.

⁶⁶⁰ Cass. civ. 3^e, 9 déc. 1986, n° 85-13.373, *Bull. civ.* III, n° 177, p. 139 ; *JCP G* 1987, IV, 63 ; *Deffrénois* 1987, art. 34056, n° 84, p. 1187, note G. VERMELLE.

⁶⁶¹ Cass. civ. 3^e, 7 oct. 1998, n° 97-11.448, *D. Aff.* 1998.1950.

⁶⁶² Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 71, p. 60 – J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LECUYER et J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 11121, p. 74 – P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 7^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2017, n° 81, p. 87. V. *contra* F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2019, n° 133, p. 150 : ces auteurs estiment qu'à défaut de stipulation d'un prix en argent, la convention constitue malgré tout un échange, « la propriété de la construction s'acquerra par accession ».

⁶⁶³ J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 89, p. 91 – F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 133, p. 150.

⁶⁶⁴ Cass. civ. 3^e, 22 sept. 2010, n° 09-15.781 ; *RDC* 2011, p. 472, obs. R. LIBCHABER.

dès la conclusion du contrat, alors que dans l'arrêt de 2010, le prix avait été d'emblée stipulé partie en nature, partie en argent, puis totalement converti *a posteriori* en une obligation de faire. Si la qualification d'échange ne soulève aucune difficulté lorsque la convention n'aura stipulé aucun prix, elle s'avère en revanche plus critiquable lorsqu'une telle précision a été apportée par les parties⁶⁶⁵.

93. Le change de devises : l'argent, objet même du service. – Le contrat de change de monnaie est une opération juridiquement particulière, l'argent y constituant l'objet du service⁶⁶⁶. Il convient de distinguer le change intermonétaire du change intramonétaire. Le premier consiste, en théorie, à l'échange une somme d'argent d'une monnaie A en son équivalent en monnaie B, en fonction d'un taux de change. L'objectif est ici d'obtenir des unités de paiement étrangères⁶⁶⁷. Le change manuel est ainsi défini comme « un échange immédiat de billets ou monnaie libellés en devises différentes » par l'article L. 520-1 du Code monétaire et financier. Il ne s'agit toutefois pas de l'échange de n'importe quelle devise contre n'importe quelle devise : le changeur doit changer une monnaie générique, contre une monnaie spécifique⁶⁶⁸. Il existe donc un léger déséquilibre dans ce contrat, permettant d'identifier l'objet de celui-ci : la monnaie spécifique. L'autre monnaie, générique, constitue donc le prix, faisant de la transaction une vente⁶⁶⁹. En pratique, les banques ou les opérateurs de change font par ailleurs payer une commission, parfois exorbitante, sur l'opération, celle-ci pouvant être

⁶⁶⁵ MM. Jacques Raynard et Jean-Baptiste Seube préfèrent y voir une vente croisée : « le contrat peut encore prévoir la vente de certains millièmes indivis de terrain, le propriétaire-vendeur conservant le solde et devenant propriétaire d'une partie du local construit par voie d'accession : c'est encore une vente (de millièmes, pourvu que le prix ait été stipulé), le jeu de l'accession assurant la contrepartie (...) ». Ce montage complexe et discutable illustre bien la faille que soulève la vente de terrain contre promesse de remise de locaux à construire dès lors que le prix a été partiellement stipulé en numéraire (J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 88, p. 90).

⁶⁶⁶ Ne sera pas étudiée ici l'hypothèse de change de francs contre des euros, car le contentieux ne semble plus d'actualité.

⁶⁶⁷ R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 225, 1992, n° 141, p. 112. V. *contra* A. BARDET-BLANVILLAIN, *L'échange*, thèse Paris II, 2002, n° 33, p. 24. Au soutien de ses prétentions, l'auteur invoque un arrêt isolé et particulièrement ancien dans lequel la Chambre criminelle de la Cour de cassation a qualifié ce type d'opération d'échange, dans le cadre d'une affaire traitant de l'abus de confiance (Crim. 5 mars 1897 ; *DP* 1898, I, 27).

⁶⁶⁸ Sur la distinction entre la monnaie générique, abstraite et sans aucune précision quant à son mode de répartition, et la monnaie spécifique, définie par un certain nombre de caractéristiques et qui ne vaut que comme prix d'achat de la monnaie spécifique recherchée, v. J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens: monnaie, immeubles, meubles*, 19^e éd., PUF, 2000, n° 30, p. 54.

⁶⁶⁹ R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, *op. cit.*, n° 142, p. 113. L'auteur relève par ailleurs que, en droit français, la monnaie française est toujours considérée comme étant la monnaie générique, constituant ainsi le prix du contrat en application de l'article 1343-3 du Code civil, et la monnaie étrangère la monnaie spécifique, marchandise et objet du contrat.

assimilée au prix de la prestation de change. Les opérateurs parlent d'ailleurs eux-mêmes « d'achat » et de « vente ».

Doit également être envisagée l'opération de change interne de monnaie, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de « faire de la monnaie » (A donne un billet de 10 euros à B qui lui rend dix pièces de 1 euro). La nature juridique de cette opération, bien que ne faisant pas l'objet d'un contentieux majeur, est discutée par la doctrine, qui retient aussi bien l'échange⁶⁷⁰ que la vente⁶⁷¹.

Dans toutes ces hypothèses, une somme d'argent a accompagné un échange, sans pour autant que le versement de la somme d'argent ne perturbe la qualification accordée au contrat. Ce faisant, l'efficacité du critère du prix en numéraire est nécessairement amoindrie. À l'inverse, il arrive qu'une prestation s'accompagne du versement d'un prix et obtienne la qualification de « vente » ou de « contrat d'entreprise ».

B. Le paiement en nature, modalité de paiement du prix

« L'argent comptant et pesant n'est pas toujours la contrepartie à laquelle on doit s'attendre, dans une vente », ⁶⁷² soutient M. Pierre-Yves Gauthier. Cette affirmation va en réalité au-delà du seul cadre de la vente et l'étude approfondie de l'ensemble des contrats spéciaux révèle rapidement de nombreux contre-exemples. En effet, la valeur économique d'un bien peut trouver à s'exprimer sous une forme autre que monétaire, par le biais de l'exécution d'une prestation ou de la remise d'un bien.

94. Prix en principe monétaire dans le contrat de bail (loyer). – La nature monétaire des loyers du bail n'est pas absolue. En matière de louage de chose, si l'article 1709 érige le prix en condition de validité du contrat, il n'apporte aucune précision quant à la nature de celui-ci. À propos du louage de chose tout d'abord, il semblerait qu'en matière de bail, le principe soit

⁶⁷⁰ B. SOUSI-ROUBI, « Le contrat d'échange », *RTD civ.* 1978, p. 257. Pour Mme Blanche Sousi-Roubi, la monnaie est réduite, dans cette opération, à l'état de bien, ce qui expliquerait que l'opération s'apparente davantage à l'échange qu'à la vente.

⁶⁷¹ M.-P. SIGOGNE, *La théorie juridique de la petite monnaie*, thèse Paris, 1942, p. 84. – R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, *op. cit.*, n° 140, p. 112. Pour M. Rémy Libchaber, la prestation est ici légèrement déséquilibrée, dans la mesure où la partie à l'origine de la transaction recherche « une certaine répartition monétaire, précisément identifiée, qui devient la chose objet du contrat de vente ». Cet impératif de répartition est si fort que l'acquéreur peut bien payer un prix plus élevé pour obtenir la pièce précisément recherchée, pour téléphoner par exemple.

⁶⁷² P.-Y. GAUTIER, « La cause du transfert de propriété, dans les ventes d'entreprises en difficulté (suite) », *RTD civ.* 1994, p. 124.

celui de la nature monétaire de la prestation⁶⁷³. L'article 3 de la loi du 6 juillet 1989⁶⁷⁴ précise ainsi que le contrat de bail doit, à peine de validité, mentionner le montant du prix. La troisième Chambre civile de la Cour de cassation a ainsi estimé dans un arrêt de 2013 que ne pouvait recevoir la qualification de « bail à ferme », le contrat dans lequel la jouissance des terres avait pour contrepartie « la valorisation patrimoniale des terres par l'exploitant qui perçoit les droits à paiement unique qui lui sont concédés par le propriétaire, et la préservation desdits droits au bénéfice de celui-ci »⁶⁷⁵. La convention litigieuse, dépourvue de prestation à titre onéreux, ne pouvait recevoir la qualification de bail et devait à ce titre être requalifiée en commodat ou en prêt à usage. Ne constitue également pas un bail, l'apport en jouissance de corps certain lors de la formation d'une société (article 1243-3 du Code civil), bien qu'il place l'associé dans la même position qu'un preneur.

Il existe toutefois des exceptions, la plus notable étant celle que constitue le métayage dans lequel un bien rural est donné à bail à un preneur qui s'engage à le cultiver sous la condition d'en partager les produits avec le bailleur (article L. 417-3 du Code rural et de la pêche maritime). La nature particulière de ce type de bail justifie une exception légale au principe du prix en argent. Une même exception réside dans l'article 6 de la loi du 6 juillet 1989. En revanche, ne constitue pas une exception au principe de la nature monétaire du loyer, la convention dite de « bail à nourriture »⁶⁷⁶. Le bail à nourriture suppose qu'une partie s'engage à nourrir, loger, entretenir l'autre partie sa vie durant, en l'échange d'une contrepartie et n'a donc qu'une parenté sémantique avec le bail. Il s'agit finalement davantage d'une convention *do ut facias*.

La jurisprudence est venue occasionnellement qualifier de bail des contrats dans lesquels le loyer avait pourtant été payé « en nature » : quelques heures d'entretien et de jardinage⁶⁷⁷, travaux de remise en état du logement incombant au propriétaire⁶⁷⁸, six heures de travail par semaine⁶⁷⁹, la réalisation de tâches ménagères⁶⁸⁰, la réhabilitation d'un logement

⁶⁷³ V. en ce sens P. PUIG, *Contrats spéciaux*, op. cit., n° 584, p. 506 – F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2^e, op. cit., n° 477, p. 282 – H. KENFACK et S. RINGLER, *Droit des contrats spéciaux*, op. cit., n° 268, p. 157.

⁶⁷⁴ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, *JORF*, 8 juil. 1989, p. 8541.

⁶⁷⁵ Cass. civ. 3^e, 24 avril 2013, n° 12-12.677, *Bull. civ. III* 2013, 54 ; D. 2013, p. 1133.

⁶⁷⁶ Ph. BIHR et B. GROSS, *Contrats. Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, op. cit., n° 428, p. 309.

⁶⁷⁷ Bordeaux, 15 oct. 1991, n° 049631.

⁶⁷⁸ Soc. 6 fév. 1985, *Bull. civ. V*, n° 89, p. 66.

⁶⁷⁹ Cass. civ. 3^e, 17 mars 1975, n° 74-20.031, *Bull. civ. III*, n° 103, p. 107. V. également en ce sens : CA Paris, 16 nov. 1993, *Loyers et copr.* 1994, n° 188 – Cass. civ. 3^e, 11 mai 1993, *Loyers et copr.* 1993, n° 255.

⁶⁸⁰ Cass. civ. 3^e, 31 mai 1978, n° 76-15.166, *Bull. civ. III*, n° 228.

insalubre⁶⁸¹. A également été admis le paiement d'un loyer partiellement en nature⁶⁸². Ces décisions sont isolées, anciennes, mais également fortement casuistiques⁶⁸³. Par ailleurs, dans aucune de ces affaires n'était directement contestée la qualification du contrat de bail, par opposition à l'arrêt du 24 avril 2013 évoqué précédemment où la qualification de bail a été explicitement refusée au contrat dans laquelle la contrepartie était en nature. Il s'agissait ici, au contraire, de faire jouer différents mécanismes comme le versement d'une allocation conditionnée à l'existence d'un loyer, ou la déchéance du droit au maintien dans les lieux en cas de sous-location irrégulière. Un jugement de 2009 doit toutefois retenir l'attention⁶⁸⁴ : dans cette affaire, deux contrats de prêt à usage portant sur des appartements avaient été simultanément conclus. La cour d'appel en a déduit qu'il s'agissait d'un unique de contrat de bail, le preneur « payant » son loyer par la mise à disposition de son appartement à l'égard du bailleur. La qualification du contrat était en jeu dans cette affaire et la cour a délibérément opté pour celle de bail, au détriment du prêt à usage.

95. Prix monétaire et prix symbolique dans la vente⁶⁸⁵. – Le prix symbolique va au-delà du prix illusoire ou dérisoire, l'unité monétaire étant ici réduite, comme le nom l'indique, à l'état de symbole⁶⁸⁶ et la chose vendue trouve sa contrepartie dans autre chose que l'unique euro⁶⁸⁷, dans une obligation de faire ou de donner⁶⁸⁸. Le prix symbolique constitue finalement « une sorte de sacrifice à la tradition du paiement d'un prix en numéraire. Mais le véritable prix, la cause du transfert de propriété, c'est autre chose, une obligation distincte souscrite par l'acheteur »⁶⁸⁹. En revanche, si la modicité du prix n'a été guidée que par l'intention libérale du cédant, l'opération sera alors requalifiée en donation déguisée⁶⁹⁰. L'hypothèse dérogatoire du prix symbolique n'est pas réservée à la vente, car il est également retrouvé dans le crédit-bail :

⁶⁸¹ Paris, 13 fév. 2014, RG n° 11/22094.

⁶⁸² Cass. civ. 3^e, 4 juill. 1979,

⁶⁸³ J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 289, p. 272.

⁶⁸⁴ Rennes, 2 oct. 2009, n° 08/08851.

⁶⁸⁵ Il est ici uniquement question des ventes à prix symbolique dont la chose, objet du contrat, n'est pas sans valeur. Si la cession est conclue à prix symbolique porte, à titre d'exemple, sur une entreprise en difficultés, la logique est davantage celle du prix négatif (cf. *supra* n°s 14 et s.).

⁶⁸⁶ C. FREYRIA, « Le prix de vente symbolique », *D.* 1997, p. 51.

⁶⁸⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 215, p. 165.

⁶⁸⁸ Bien que l'utilisation de ces termes soit obsolète depuis la réforme de 2016, celle-ci sera conservée au sein au de cet ouvrage dans un souci de clarté.

⁶⁸⁹ P.-Y. GAUTIER, « Une superbe combinaison du retrait litigieux avec la vente à 1 F », *RTD civ.* 1998, p. 694. Dans un souci de sécurité juridique, M. Pierre-Yves Gautier conseille aux rédacteurs d'actes d'indiquer explicitement « l'ensemble des obligations substantielles assumées par l'acquéreur ».

⁶⁹⁰ Cass. civ. 1^{re}, 6 janv. 1969, n° 67-10.401, *Bull. civ.* I, n° 8 – Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 1980, n° 79-11378, *Bull. civ.* I, n° 164 ; *D.* 1981, p. 273, note I. NAJJAR ; *RTD civ.* 1981, p. 422, obs. J. PATARIN.

le prix final peut être extrêmement faible, étant amorti par les loyers antérieurs⁶⁹¹. Les juges⁶⁹² vont ici souverainement apprécier « toute “l'économie du contrat”, sans se contenter de s'arrêter de façon en quelque sorte littérale à la somme en numéraire consignée dans la rubrique “prix” »⁶⁹³.

Avec le prix symbolique, chacune des parties obtient une contrepartie réelle. L'une d'elles est considérée comme un « prix sérieux », alors qu'elle n'est pourtant constituée que d'un euro et d'une prestation en nature, et justifie la qualification de « contrat de vente » alors qu'il s'agit en réalité d'une convention *do ut facias*. Pourtant, en application de la règle *major pars*, celui-ci devrait être annulé, car la contrepartie réelle est en majorité de nature non monétaire et n'a en vérité rien de symbolique. Ainsi, « sauf à ce que la valeur de la chose soit nulle ou insignifiante, le recours à la notion de prix telle que l'entend le droit de la vente est nécessairement artificiel, car la contrepartie au transfert de propriété est ailleurs »⁶⁹⁴. Si le critère du prix monétaire était strictement appliqué, cette opération juridique ne pourrait échapper de la nullité pour prix non sérieux, et donc pour absence de prix⁶⁹⁵. Le prix symbolique, et plus particulièrement l'objet de l'obligation de l'acquéreur, constitue une atteinte notable au principe du prix numéraire, si bien que la qualification de « vente » à prix symbolique peut être remise en cause.

Si le prix symbolique est une pratique connue, il n'en reste pas moins qu'il n'est pas reçu directement par le droit, l'exigence d'un prix sérieux en matière de vente étant d'origine jurisprudentielle et rien ne s'opposant formellement à la validité d'une vente conclue à prix négatif. La réponse de la jurisprudence à l'éventualité d'un prix négatif paraît fluctuante, si ce

⁶⁹¹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, op. cit., n° 215, p. 165.

⁶⁹² Tant les juges civils qu'administratifs sont concernés, car le prix symbolique est également connu du droit public : les articles R. 111-14 et R. 315-29, 1 du Code de l'urbanisme autorisent la cession gratuite ou la vente à prix symbolique de terrains au profit de la collectivité à l'occasion de l'octroi d'un permis de construire ou d'une autorisation de lotir (v. Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, op. cit., n° 215, p. 165). Pareillement, le Conseil d'État a admis la validité de la cession d'un terrain « moyennant le versement d'un franc symbolique et l'engagement de créer cinq emplois dans un délai de trois ans » (CE, 3 nov. 1997, n° 169473, *Commune de Fougerolles*, D. 1998. 131, note J.-F. DAVIGNON ; *AJDA* 1997. 1010, obs. L. RICHER ; *RDI* 1998. 227, obs. J.-B. AUBY et C. MAUGÛE ; *RFDA* 1998. 12, concl. L. TOUVET ; *RTD com.* 1998. 334, obs. G. ORSONI).

⁶⁹³ P.-Y. GAUTIER, « Vente à un euro : les autres contreparties du transfert de propriété doivent être dûment établies », *RTD civ.* 1995. P. 157.

⁶⁹⁴ J. MOURY, « Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente », *D.* 2014, p. 1950.

⁶⁹⁵ Cass. civ. 3^e, 23 mai 2007, n° 06-13.629, *Bull. civ.* III, n° 90, *RDI* 2008. 87, obs. O. TOURNAFOND : annulation pour absence de prix de la vente de 97 hectares moyennant le prix d'un franc, car le contrat ne stipulait aucune autre contrepartie réelle en faveur de l'acquéreur.

n'est « convulsive »⁶⁹⁶. Celle-ci admet en effet la possibilité de conclure de ventes à prix symbolique dans toute une série d'arrêts⁶⁹⁷, avant de la refuser dans une autre⁶⁹⁸, sans qu'il soit impossible de dégager précisément une tendance temporelle, ou par formation de jugement. Il convient toutefois de relever que la Cour n'a jamais été directement interrogée quant à la nature de l'opération juridique, les affaires portant sur le caractère sérieux du prix. La réponse apportée par la Cour de cassation serait peut-être aujourd'hui tout autre, dans la mesure où il est désormais possible de rattacher le prix symbolique au nouvel article 1169 du Code civil, sanctionnant de nullité le contrat dont la contrepartie, *a fortiori* le prix, serait « illusoire ou dérisoire ».

Le peu d'auteurs s'étant inquiétés de la nature juridique ambiguë de la cession à prix symbolique n'est pas parvenu à un consensus⁶⁹⁹. Tous s'accordent en revanche pour constater

⁶⁹⁶ P.-Y. GAUTIER, « Vente à un euro : les autres contreparties du transfert de propriété doivent être dûment établies », *op. cit.*

⁶⁹⁷ Ont été validées des ventes à prix symbolique dont la contrepartie été constituée par l'apurement du passif du cédant (Cass. civ. 1^{re}, 17 févr. 1981, *Gaz. Pal.* 1981, 2, Pan p. 244 et 245 – Cass. com., 7 déc. 1976, n° 75-12.464, *Bull. civ.* IV, n° 311), le paiement d'une rente viagère au cédant et l'engagement de payer le passif social (Cass. com. 7 déc. 1976, n° 75-12.464, *Bull. civ.* IV, n° 311 ; Civ. 1^{re}, 12 déc. 1984, *Gaz. Pal.* 1985. 2. Pan. 144 ; Cass. com. 13 févr. 2001, n° 97-20.741), l'engagement de construire un bâtiment sur une partie restée propriété du cédant (Cass. civ. 3^e, 9 déc. 1986, n° 85-13.373, *Bull. civ.* III, n° 177, p. 139 ; *JCP G* 1987, IV, 63 ; *Deffrénois* 1987, art. 34056, n° 84, p. 1187, note G. VERMELLE), la reprise des dettes d'un tiers (Cass. civ. 3^e, 3 mars 1993, n° 91-15.613, *Bull. civ.* III, n° 28 ; *RTD civ.* 1994. 124, obs. P.-Y. GAUTIER ; *RTD com.* 1993. 665, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET) et l'obligation de reverser une redevance de forage et de transporter des terres (Cass. civ. 3^e, 23 mai 2007, n° 06-13.629, *Bull. civ.* III, n° 90 ; *RDI* 2008. 87, obs. F.-G. TREBULLE). Dans cette dernière affaire, la Cour de cassation a annulé la vente pour absence de prix au motif que des garanties suffisantes n'étaient pas apportées, admettant indirectement la possibilité d'un prix symbolique dès lors que des garanties suffisantes seraient constituées. Plus indirectement, ont également été validés des opérations dans lesquelles la contrepartie au prix symbolique se trouvait dans le rééquilibrage du capital.

⁶⁹⁸ Ont en revanche été annulées les cessions dans lesquelles le prix symbolique se voyait compenser par l'obligation, pour le cessionnaire, d'aménager et d'exploiter un centre équestre (Cass. civ. 3^e, 17 mars 1981, n° 79-15.388, *Bull. civ.* III, n° 56, p. 42 ; *D.* 1981 I R 442, obs. Ch. LARROUMET), réaliser de réparations (Civ. 1^{re}, 12 oct. 1967, *Bull. civ.* I, n° 292), reprendre les engagements de caution du cédant (Cass. com. 18 nov. 1986, n° 84-13.750, *Bull. civ.* IV, n° 216), reprendre les contrats de travail d'une société (Cass. com. 28 sept. 2004, n° 02-11.210, *Bull. civ.* IV, n° 167, *D.* 2005. 302, note M.-A. RAKOTOVAHINY ; *RTD civ.* 2005. 157, obs. P.-Y. GAUTIER).

⁶⁹⁹ M. Charles Freyria juge ce questionnement « inutile » et enjoint de considérer l'acte comme une vente (C. FREYRIA, « Le prix de vente symbolique », *op. cit.*). En effet, le régime de la vente est applicable dans sa globalité à la vente à prix symbolique (obligation de délivrance, garantie des vices cachés, garantie d'éviction, mais aussi fiscalité, droit de préemption urbain, formalités civiles comme le concours notarié, respect des mentions obligatoires, publicité foncière...). Mais il est peu orthodoxe de qualifier un contrat de « vente », car le régime de celle-ci lui est applicable : le régime découle de la qualification, et non l'inverse (v. sur ce point J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique: fondamentale et appliquée*, PUF, 2018, coll. Thémis droit, n°s 69 et s., p. 128 et s.). *Les obligations résultant de la vente sont applicables à la vente à prix symbolique, tout comme elles sont applicables à l'échange*. M. Pierre-Yves Gautier reconnaît pour sa part que la qualification de vente est inadaptée et que celle de contrat innommé serait plus appropriée (P.-Y. GAUTIER, « Vente à un euro : les autres contreparties du transfert de propriété doivent être dûment établies », *op. cit.*). Mme Brigitte Garrigues estime enfin que l'opération ne peut recevoir la qualification de vente car, ici, « le prix ne procède nullement d'une évaluation de l'actif cédé : il traduit seulement la double volonté de liquidation et de spéculation qui anime respectivement le vendeur et l'acquéreur » (B. GARRIGUES, « La contre-prestation du franc symbolique », *RTD civ.* 1991, p. 459). La qualification d'échange doit également être écartée car le vendeur au prix symbolique n'est pas un co-échangiste. En effet, d'une part, celui-ci ne reçoit par définition aucun prix, même d'un euro (la somme versée ne pouvant être assimilée à une

que la qualification de vente est peu adaptée. Ainsi, dans un souci de rigueur terminologique et de simplification du droit de la vente, il convient de retenir que la cession à prix symbolique ne peut constituer une vente, car la contrepartie n'est pas de nature monétaire.

96. Prix monétaire et autres modes d'extinction de l'obligation issus du régime général des obligations. – Une des confusions majeures quant à la nature monétaire du prix provient de l'usage à outrance du terme « paiement » en régime général des obligations. En effet, si dans le langage courant, le paiement désigne l'acte de verser une somme d'argent, le langage du droit en retient une définition plus large et fait du paiement « la manière de s'acquitter de toute obligation qui consiste à donner ou à faire quelque chose en donnant ou en faisant cette chose »⁷⁰⁰. Au nombre de ces mécanismes figurent la cession de créance (article 1321 du Code civil), la novation (article 1329 du Code civil), la délégation (article 1336 du Code civil), la dation en paiement (article 1342-4 du Code civil), la subrogation (articles 1346 à 1346-2 du Code civil) et la compensation (1347 du Code civil). En réalité, chacun de ces modes de paiement porte sur des obligations monétaires, de sorte que la créance monétaire originale ne sera pas « payée » par le biais d'un paiement en nature.

L'article 1347-1 du Code civil impose la fongibilité des créances à compenser, de sorte que si la première est de nature monétaire, la seconde le sera également. Il ne peut donc y avoir de compensation d'une obligation monétaire par une obligation en nature. De même, la cession de créance et la subrogation⁷⁰¹ ne conduisent qu'à un changement dans l'identité des parties, et non de la nature de l'obligation : une obligation monétaire restera monétaire.

En revanche, la novation, la délégation et la dation en paiement⁷⁰² soulèvent davantage de difficultés, car en plus d'un changement de débiteur ou de créancier pour les deux premières, un changement de la nature de l'obligation est susceptible de survenir. Il est donc possible de changer l'objet d'une obligation monétaire, le débiteur d'une somme d'argent pouvant se libérer

soulte, car « le prix symbolique n'a pas pour fonction de compenser une différence de valeur entre le droit de propriété et le droit de créance) et, d'autre part, car l'échange suppose le transfert de « deux valeurs objectives », ce qui n'est pas le cas pour le cédant au prix symbolique qui « abandonne simplement son droit réel pour un droit personnel à valoir contre son co-contractant ».

⁷⁰⁰ J.-É.-M. PORTALIS, *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil*, Firmin Didot Frères, 1838, p. 471.

⁷⁰¹ Par ailleurs, le champ lexical de la subrogation conventionnelle semble indiquer que celle-ci ne serait conçue qu'à propos de sommes d'argent. L'article 1346-2 du Code civil indique en effet que « la subrogation a lieu également lorsque le débiteur, empruntant *une somme* à l'effet de payer sa dette, subroge le prêteur dans les droits du créancier avec le concours de celui-ci ».

⁷⁰² F. BICHERON, *La dation en paiement*, éd. Panthéon-Assas, 2006.

de son obligation grâce au transfert de propriété d'un bien regardé comme équivalent⁷⁰³. Ainsi, le « paiement » de son dîner par Picasso, grâce à une signature sur la table, constitue une dation en paiement. Mais c'est oublier que la novation, la délégation et la dation en paiement ont un effet extinctif, elles éteignent l'obligation précédente, sans s'y substituer. Par ces mécanismes, le transfert de propriété d'un bien vient éteindre une obligation à l'origine monétaire. Ces derniers sont ainsi relatifs à l'exécution du contrat, il ne s'agit *in fine* que d'une modalité de paiement. Lors de la formation de la vente, le prix aura bel et bien été énoncé en argent, de sorte que c'est au temps de l'exécution, et non de la formation du contrat, que les parties s'entendent sur un « paiement » en nature⁷⁰⁴. Or, les modalités de paiement n'ont aucune influence quant à la qualification du contrat. Le recours à la délégation, la novation et la dation en paiement ne porte donc pas atteinte à la nature monétaire du prix dans les contrats à titre onéreux.

97. Sponsoring, bartering et contrat d'entreprise. – En matière de contrats d'entreprises, si de nombreux auteurs prônent la nécessité d'un prix en argent, d'autres se montrent plus mesurés⁷⁰⁵, compte tenu de l'émergence de contrats de parrainage publicitaire⁷⁰⁶, aussi appelés « *sponsoring* » ou « *bartering* ». Dans ces hypothèses, est conclue une convention *do ut facias* ou *facio ut des* : des biens ou des services, en échange d'un service. Néanmoins, après avoir exprimé ses doutes, la doctrine remet rapidement en cause la nature unitaire de ces contrats et relève leur hybridité, formant un « contrat d'entreprise à deux faces »⁷⁰⁷ et justifiant l'application distributive des règles applicables aux deux types de conventions en cause. De ce fait, « les obligations de l'entrepreneur seront celles du contrat d'entreprise tandis que celles du client seront celles du vendeur »⁷⁰⁸. D'autres parlent également d'un « échange de services »⁷⁰⁹

⁷⁰³ F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 132, p. 149.

⁷⁰⁴ D. MAINGUY, *Contrats spéciaux, op. cit.*, n° 109, p. 120.

⁷⁰⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux, op. cit.*, n° 708, p. 447 : « le contrat d'entreprise peut être onéreux, même si une somme d'argent n'est pas due par le maître » – J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Droit des contrats spéciaux, op. cit.*, n° 463, p. 391 : « l'existence d'une contrepartie financière bien que fréquente reste indifférente à la qualification » – A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 12^e éd., Lextenso, coll. Précis Domat, 2017, n° 511, p. 366 : « la nécessité d'une rémunération n'impose pas que le prix consiste obligatoirement en une somme d'argent ».

⁷⁰⁶ Le support fournit à l'annonceur sa renommée et sa capacité à attirer les foules et s'engage à exhiber la marque de celui-ci. En contrepartie, l'annonceur finance l'opération, projet ou spectacle, mais fournit également des biens et passe des contrats divers comme la location de terrains, le prêt de matériels ... (v. F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 798, p. 788). Lorsque le contrat porte sur la mise à disposition d'un espace publicitaire (à l'origine à la télévision), la pratique endosse le nom de « *bartering* », c'est-à-dire « troc » en anglais.

⁷⁰⁷ F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *ibid.*

⁷⁰⁸ A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, op. cit.*, n° 511, p. 366.

⁷⁰⁹ J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LECUYER et J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux, op. cit.*, n° 32124, p. 1214.

ou, plus simplement, d'« un contrat innommé »⁷¹⁰. Ici, la qualification de « contrat d'entreprise » est erronée, car le contrat appartient à la catégorie des contrats innommés.

Reste l'hypothèse du contrat d'entreprise dont le prix serait payé par la tradition d'un bien, formant ainsi un contrat *facio ut des*. Cette hypothèse n'est guère envisagée par la doctrine et la jurisprudence n'a jamais eu à répondre directement quant à la qualification du contrat⁷¹¹.

98. Prix partiellement monétaire dans la vente. – Il est toutefois possible que le prix soit partiellement acquitté en nature, c'est-à-dire que l'acquéreur verse une somme d'argent qu'il complète à l'aide d'un bien ou de l'exécution d'une prestation en nature. Dans cette hypothèse, les juges du fond doivent rechercher ce qui était le plus important entre le service et l'argent, en application de l'adage *accessorium sequitur principale*⁷¹².

La jurisprudence reconnaît de telles opérations lorsqu'elle opère une requalification : la qualification choisie par les parties est inapplicable, de sorte que les juges choisissent de dénaturer la catégorie de la vente, souvent pour appliquer au contrat la prohibition du vil prix et ainsi en obtenir la nullité. En témoigne ainsi un arrêt du 20 février 2008 dans lequel la Cour de cassation a requalifié en vente un bail à nourriture⁷¹³ au motif que la contrepartie prévue au transfert de propriété d'un immeuble se composait de 60.000F et de la promesse de deux promenades hebdomadaires. Si le contrat a finalement été annulé pour vileté du prix, il n'en reste pas moins que la Cour a reconnu l'existence d'une vente dont le prix n'était que partiellement monétaire⁷¹⁴.

La jurisprudence s'est également retrouvée dans l'embarras lorsqu'il a fallu distinguer la vente de la dation en paiement dans une seconde situation : la reprise d'un véhicule usagé, en diminution du prix, lors de l'acquisition d'un véhicule neuf. La Cour de cassation y a vu « un

⁷¹⁰ P. PUIG, *Contrats spéciaux, op. cit.*, n° 808, p. 641.

⁷¹¹ Cass. civ. 1^{re}, 24 nov. 1993, *Bull. civ. I*, n° 339 : dans cette affaire, la Cour de cassation a reconnu la validité d'un contrat d'entreprise portant sur la réalisation d'un ouvrage consacré aux œuvres d'un artiste et dont le « paiement » consistait en la remise de l'une d'entre elles. La Cour n'était toujours pas interrogée ici sur la qualification à donner à cette convention, mais sur la question de la détermination du prix.

⁷¹² Cf. *supra* n° 91.

⁷¹³ L'exemple du bail à nourriture, peu usité, ne constitue pas une des limites du critère du prix monétaire. En effet, l'appellation est trompeuse : il s'agit d'un contrat *do ut facias*, appartenant à la catégorie des contrats innommés, et non un véritable bail. L'appellation est trompeuse : le bail à nourriture peut être défini comme le contrat de bail par lequel une personne prend l'engagement envers une autre personne de la nourrir et entretenir de tous soins, moyennant une redevance annuelle ou toute autre prestation, souvent la vente d'un immeuble. Il ne s'agit pas de la juxtaposition d'une vente et d'un contrat de louage d'ouvrage, mais bien d'une seule et même convention, fortement *intuitu personae*. Le bail à nourriture est donc un contrat *do ut facias*, appartenant à la catégorie des contrats innommés.

⁷¹⁴ Cass. civ. 1^{re}, 20 févr. 2008, n° 06-19.977, *Bull. civ. I*, n° 56 ; *D.* 2009, 276, note L. SAENKO ; *AJDI* 2008 666, obs. V. ZALEWSKI ; *RTD com.* 2008. 842, obs. B. BOULOC.

contrat de vente d'un véhicule neuf et de dation en paiement partiel d'un véhicule usagé »⁷¹⁵. La reprise du véhicule étant le paiement partiel prévu dès l'origine. Or, le propre de la dation en paiement est justement la différence entre l'objet du contrat et celui du paiement. C'est pourquoi la doctrine estime qu'il ne pouvait s'agir que d'une vente croisée avec compensation d'une partie du prix⁷¹⁶. Il semblerait donc une nouvelle fois que le prix puisse être stipulé partie en nature, partie en argent, le juge étant libre de requalifier le contrat. Si l'hypothèse du prix partiellement monétaire ne remet pas fondamentalement en cause le critère établi selon lequel le prix porte sur une somme d'argent, il convient dès lors de nuancer le propos : le prix devant ainsi majoritairement porter sur une somme d'argent.

Les limites intrinsèques du critère du prix monétaire, accentuées par l'obsolescence de celui-ci, conduisent à sa reconsidération.

II. UN CRITERE OBSOLETE

Le critère du prix monétaire est également remis en cause aujourd'hui par l'évolution de la notion de monnaie en elle-même. De nouvelles formes de moyens de paiement sont aujourd'hui apparues, venant concurrencer le prix monétaire en euro et remettre en question la distinction entre l'échange et les autres contrats à titre onéreux (A.). Par ailleurs, sans pour autant constituer de véritables monnaies à part entière (ou ersatz de monnaie), le contrat d'échange est aujourd'hui en plein essor, remettant en cause la vision classique de l'économie favorisant les contrats ayant recours à la monnaie, de telle sorte que c'est la pertinence de la distinction en elle-même qui est finalement remise en cause (B.).

A. Remise en cause de l'étalon choisi par l'émergence d'unités de paiement alternatives

L'évolution des technologies a conduit à l'émergence de nouvelles formes d'unité de paiement alternatives. Sans pour autant qu'il s'agisse de monnaies au sens juridique du terme, ces unités de paiement peuvent recouvrir des valeurs économiques particulièrement importantes. Les cryptoactifs (1.) et les points issus de programmes de fidélité (2.) font ainsi concurrence à la monnaie étatique.

⁷¹⁵ Cass. com. 20 juin 1972, *D.* 1973, p. 325, note J. HEMARD.

⁷¹⁶ J. RAYNARD et J.-B. SEUBE, *Droit des contrats spéciaux*, op. cit., n° 88, p. 90 ; P. PUIG, *Contrats spéciaux*, op. cit., n° 81, p. 87 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, op. cit., n° 71, p. 60. V. en ce sens Cass. civ. 1^{re}, 27 déc. 1961, *Bull. civ.* I, n° 629 : « le contrat forme un tout (...) ; la reprise de la voiture ancienne en contrepartie de l'achat de la voiture neuve était une des conditions stipulées, supposant pour sa réalisation que la voiture à vendre serait remise ».

1. Utilisation d'unités de paiement virtuelles

L'avènement d'Internet est le témoin de la naissance de nouvelles unités de paiement, entièrement dématérialisées : les cryptoactifs. Ces unités se distinguent de la monnaie électronique et ne peuvent être assimilées à de la monnaie au sens juridique du terme. L'important recours à ces unités et les valeurs économiques parfois importantes qu'elles traduisent amènent à s'interroger sur la qualification à leur accorder.

99. Notion de cryptoactif. – Le cryptoactif peut être défini comme un « actif virtuel stocké sur un support électronique permettant à une communauté d'utilisateurs l'acceptant en paiement de réaliser des transactions sans avoir à recourir à la monnaie légale »⁷¹⁷. Si le *bitcoin* a été imaginé en 2008 par un certain Satoshi Nakamoto⁷¹⁸, les années 2010 ont été le témoin de la prolifération de plus de 1600 actifs de ce type : *ether*, *ripple* etc. À l'origine réservés à des communautés restreintes d'internautes, les cryptoactifs ont peu à peu franchi les portes de l'économie réelle et s'affirment comme une contrepartie onéreuse courante, concurrente à la monnaie légale. L'intérêt du *bitcoin* réside de fait dans son universalité : le vendeur donne de la monnaie légale, le vendeur reçoit de la monnaie légale, mais la transaction a lieu en *bitcoins*. Le cours du *bitcoin* fait quant à lui l'objet d'une bulle spéculative et connaît des fluctuations particulièrement importantes⁷¹⁹.

Les créateurs du *bitcoin* revendiquent avoir été influencés par la crise financière de 2008 et inscrivent leur démarche au sein d'une philosophie marxiste, voire anarchiste. Leur objectif était *in fine* de créer une monnaie totalement affranchie du cadre étatique, dans une logique de pensée empreinte de liberté, similaire à celle des créateurs d'Internet⁷²⁰. En effet, les cryptomonnaies ne sont pas émises par les banques centrales, mais par des « mineurs » non identifiés⁷²¹, connectés à des ordinateurs formant ainsi le réseau de la *blockchain*⁷²².

⁷¹⁷ BANQUE DE FRANCE, « L'émergence du *bitcoin* et autres crypto-actifs : enjeux, risques et perspectives », *Focus*, 2018, n° 16, [en ligne], consulté le 24/10/2019 sur <https://publications.banque-france.fr/lemergence-du-bitcoin-et-autres-crypto-actifs-enjeux-risques-et-perspectives>.

⁷¹⁸ S. NAKAMOTO, « *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System* », 2008. La première transaction n'a quant à elle été réalisée qu'en 2010 : deux pizzas ont été acquises pour le « prix » de 10.000 *bitcoins*.

⁷¹⁹ Selon la Banque de France, en 2017, la valeur du *bitcoin*, à l'origine estimée à 946 euros le 1^{er} janvier a atteint un pic de 15.992 euros le 12 décembre, avant de redescendre sous la barre des 7.000 euros le 16 mai 2018 (v. BANQUE DE FRANCE, « Le *Bitcoin* », *ABC de l'économie*, 2018, [en ligne]).

⁷²⁰ H. DE VAUPLANE, « *Bitcoin : Monnaie de singe ou monnaie légale ? L'analyse juridique* », *RB* 2013, p. 79.

⁷²¹ Sur la fabrication des *bitcoins*, v. G. MARAIN, « Le *bitcoin* à l'épreuve de la monnaie », *AJ Contrat* 2017, p. 522.

⁷²² Sur le fonctionnement de la *blockchain* et son appréhension par le droit, v. J. GOSSA, « Les blockchains et smart contracts pour les juristes », *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 393 ; Rapport du groupe de travail de France Stratégie présidé par J.Toledano « Les enjeux des blockchains », 2018 ; M. MEKKI, « Les mystères de la blockchain », 2017, *D.* p. 2160 – Y. COHEN-HADRIA, « Blockchain : révolution ou évolution ? », *Dalloz IP/IT* 2016. 537.

100. Affirmation sociologique des cryptoactifs en tant que moyen de paiement. – Les difficultés soulevées aujourd’hui par les cryptoactifs sont liées à la nature obscure de la monnaie. En effet, « une chose ne devient juridiquement une monnaie qu’à partir du moment où elle est observée non pour ce qu’elle est (une pièce métallique, un billet de papier), mais pour ce qu’elle représente (la valeur de toutes les marchandises) »⁷²³. Sociologiquement, il suffit donc qu’un groupe d’individus considère que telle unité constitue de la monnaie. Dès lors, la nature monétaire actuelle du prix n’est pas figée dans le marbre et il serait envisageable que la monnaie cesse d’être l’euro, pour devenir une monnaie en *bitcoin*. Il ne resterait alors plus au droit qu’à acter cette modification.

Cette métamorphose est en cours, le *bitcoin* ayant passé les portes de l’économie réelle : il est aujourd’hui possible, voire fréquent dans certains milieux, de prévoir un paiement dont la contrepartie onéreuse serait constituée de cryptoactifs⁷²⁴. Aujourd’hui, les acteurs économiques vont plus loin que le simple paiement et désirent souscrire à des apports en société, constituer des sûretés ou réaliser des libéralités en *bitcoin*⁷²⁵. À titre d’exemple, certains joueurs du club de football parisien, le PSG, à l’instar de Lionel Messi, sont, depuis l’été 2021, payés à l’aide de « *PSG Fan Token* »⁷²⁶. De même, une vente aux enchères en bitcoins s’est déroulée en mars 2021⁷²⁷. Par ailleurs, en juin 2019, le président de Facebook, Mark Zuckerberg, a annoncé le lancement, courant 2020, de sa propre cryptomonnaie, le « *libra* »⁷²⁸. Dès cette annonce, la crainte des politiques a été que le *libra* ne devienne une monnaie souveraine, concurrençant les monnaies étatiques⁷²⁹. Les cryptoactifs s’affirment donc comme un support moderne de la valeur économique, si bien que la pratique des affaires se retrouve confrontée à la norme

⁷²³ Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF, coll. Thémis, 2006, p. 148.

⁷²⁴ Le recours à la crypto-monnaie est désormais possible dans de nombreux domaines : ventes aux enchères *via* la *blockchain* (projet « Domraider ») de *trading*, notamment grâce à une méthode de financement originale, les *ICO* (v. D. LEGAIS, « Regards sur une opération juridique non identifiée : les ICOs », *D.* 2018, p. 113 – A.-S. CHONE-GRIMALDI, « Les contraintes du droit des obligations sur les opérations d’ICO », *D.* 2018, p. 1171).

⁷²⁵ Sur la faisabilité actuelle de ces opérations, v. M. JULIENNE, « Les crypto-monnaies : régulation et usages », *RD. banc. fin.* 2019, n° 6, étude 19.

⁷²⁶ P. SIRINELLI et S. PREVOST, « Feuilletton de l’été : tour de pass-passes », *Dalloz IP/IT* 2021, p. 421.

⁷²⁷ G. THIERRY, « Les enseignements de la première vente aux enchères de bitcoins de l’Agrasc », *Dalloz actualité*, mars 2021. Or, les opérateurs de ventes aux enchères ne sont autorisés qu’à procéder à des ventes, et non à des échanges.

⁷²⁸ Des paiements et des transferts de monnaie seraient ainsi possibles à partir des différents services de messagerie proposés par Facebook (Messenger, Instagram et What’s app). Facebook s’engage à garantir la valeur du *libra*, ce qui pallierait les difficultés de volatilité rencontrées par le *bitcoin*, en l’adossant notamment à l’euro et au dollar. Le projet présente un intérêt majeur dans les pays en voie de développement où tous les habitants n’ont pas nécessairement de compte en banque.

⁷²⁹ Compte tenu du nombre d’abonnés à Facebook, aujourd’hui 2,3 milliards d’abonnés, le succès de sa devise virtuelle concurrencerait nécessairement le système monétaire étatique (v. « *Monnaie virtuelle de Facebook : Bruno Le Maire veut des "garanties"* », *L’Express*, 18 juin 2019).

étatique. La question est ici tout d'abord de savoir dans quelle mesure les cryptoactifs peuvent être assimilés à de la monnaie. La nature juridique particulière du *bitcoin* a rapidement interpellé tant les régulateurs, que les juristes⁷³⁰. Le constat de l'étude des caractéristiques essentielles de la monnaie est sans appel : le *bitcoin* ne constitue pas de la monnaie électronique, et *a fortiori* encore moins de la monnaie,⁷³¹ et ce contrairement à ce qu'affirme abusivement la « complaisance plébéienne »⁷³².

101. Impossible assimilation des cryptoactifs à de la monnaie électronique. – Parce qu'elles représentent des valeurs économiques stockées sous forme électronique, l'assimilation avec la monnaie électronique est séduisante⁷³³, du moins pour les profanes. En réalité, les cryptoactifs ne remplissent pas les conditions énoncées à l'article L. 315-1 du Code monétaire et financier. Selon cette disposition, constitue de la monnaie électronique toute « valeur monétaire qui est stockée sous une forme électronique, y compris magnétique, représentant une créance sur l'émetteur, qui est émise contre la remise de fonds aux fins d'opérations de paiement définies à l'article L. 133-3 et qui est acceptée par une personne physique ou morale autre que l'émetteur de monnaie électronique ». Si le *bitcoin*, à l'instar de la monnaie électronique, constitue bien une valeur monétaire stockée sous forme électronique, la ressemblance s'arrête là. En effet, la monnaie électronique suppose donc un « prépaiement », alors que les cryptoactifs ne sont pas émis contre remise de fonds. Ils sont, à l'inverse, créés *ex nihilo* par des mineurs non identifiables, selon un algorithme. Il est donc juridiquement impossible d'assimiler les cryptoactifs à de la monnaie électronique.

102. Refus d'assimilation des cryptoactifs à de la monnaie légale. – À défaut de constituer de la monnaie électronique, les cryptoactifs pourraient simplement constituer une nouvelle forme de monnaie, aux côtés de la monnaie scripturale, fiduciaire et électronique. Il existe toutefois deux séries d'arguments en défaveur de la nature monétaire du *bitcoin*. Les premiers sont tout d'abord liés à la nature de ceux-ci, et ne sont donc pas d'ordre juridique, par opposition aux seconds.

⁷³⁰ M. JULIENNE, « Les crypto-monnaies : régulation et usages », *op. cit.* – M. ROUSSILLE, « Le *bitcoin* : objet juridique non identifié », *Banque & droit*, 2015, n° 159, p. 27 – H. DE VAUPLANE, « *Bitcoin* : Monnaie de singe ou monnaie légale ? L'analyse juridique », *op. cit.* – G. MARAIN, « Le *bitcoin* à l'épreuve de la monnaie », *op. cit.*

⁷³¹ M. ROUSSILLE, « Le *bitcoin* : objet juridique non identifié », *op. cit.* – H. DE VAUPLANE, « *Bitcoin* : Monnaie de singe ou monnaie légale ? L'analyse juridique », *op. cit.* – G. MARAIN, « Le *bitcoin* à l'épreuve de la monnaie », *op. cit.*

⁷³² D. R. MARTIN, « Que sont les notions devenues ? », *D.* 2014. 164.

⁷³³ H. DE VAUPLANE, « *Bitcoin* : Monnaie de singe ou monnaie légale ? L'analyse juridique », *op. cit.*

Compte tenu de leur technique d'émission, les unités de cryptoactifs constituent des corps certains, alors que la monnaie est par définition constituée d'entités fongibles. Dans son article à ce sujet, M. Maxime Julienne relève toutefois que « la monnaie classique, sous ses formes fiduciaire et scripturale peut être suivie grâce aux numéros de billets et à la chaîne des écritures comptables », avant de reconnaître la traçabilité largement supérieure du *bitcoin*. Celle-ci peut toutefois être contournée par différents moyens technologiques, précise l'auteur⁷³⁴. Par ailleurs, leur extrême volatilité s'oppose à ce que les cryptoactifs constituent une réserve de valeur efficace : l'individu qui acquiert des *bitcoins* n'est pas certain de pouvoir en conserver la richesse dans le temps. De même, cette variation en valeur s'oppose à en faire une unité de compte, car il est compliqué matériellement d'indiquer un prix, alors que l'unité de compte varie grandement et régulièrement. La stabilisation du *bitcoin* entraînerait la disparition corrélative de cette difficulté.

Les articles 1343-3 du Code civil et L. 111-1 du Code monétaire et financier s'opposent à ce que les cryptoactifs n'aient pas cours légal en France, contrairement à l'euro. *L'accipiens* est tout à fait fondé à refuser de recevoir un paiement en *bitcoin*, à moins que la dette ne porte justement sur ce type de cryptoactifs. De ce fait, les cryptoactifs n'ont, et c'est là l'obstacle majeur, pas de pouvoir libératoire universel, mais un simple pouvoir libératoire conventionnel⁷³⁵. Ce point de vue a été confirmé par la jurisprudence qui estime ainsi que ne se livre pas à une activité bancaire réglementée par la Banque de France la société d'échange de *bitcoins*⁷³⁶. Toujours est-il qu'aujourd'hui, les cryptoactifs ne peuvent pas être assimilés à de la monnaie. Du moins, pour l'instant car dès lors les difficultés techniques résolues, rien n'empêcherait le législateur de contourner l'interdit posé par les dispositions précitées.

Il convient par ailleurs de souligner les dangers soulevés par les cryptoactifs : l'anonymat, l'irréversibilité des transactions et l'absence d'autorité centrale de régulation séduisent les délinquants⁷³⁷ (blanchiment⁷³⁸, financement du crime organisé et notamment d'activités terroristes, risque de diffusion de contenu illicite et non-conformité aux dispositions

⁷³⁴ M. JULIENNE, « Les crypto-monnaies : régulation et usages », *op. cit.*

⁷³⁵ H. DE VAUPLANE, « *Bitcoin* : Monnaie de singe ou monnaie légale ? L'analyse juridique », *op. cit.*

⁷³⁶ Paris, 26 août 2011, n° 11/15269. A noter toutefois que depuis 2014, l'exercice de ce type d'activité est assimilé à la fourniture de services de paiement par la Banque de France et obéit à ce titre à la législation en vigueur à ce propos (ACPR, Position 2014-P-01, 29 janv. 2014). Cette prise de position a été suivie par la cour d'appel de Paris (v. Paris, 26 sept. 2013, n° 12/00161 ; *JCP E*, 2014, p. 1091, obs. Th. BONNEAU).

⁷³⁷ S. ALMASEANU, « Le traitement pénal du *Bitcoin* et des autres monnaies virtuelles », *Gaz. Pal.* 2014, n° 242, p. 11.

⁷³⁸ S. CLEMENT et J. LELIEUR, « La conformité anti-blanchiment face aux crypto-actifs », *RCS* 2021, p. 15.

en matière de protection des données personnelles)⁷³⁹. Afin de prévenir les risques de blanchiment, des recommandations ont été publiées par Tracfin en 2013⁷⁴⁰.

Le règlement européen « MiCA » (*Markets in Crypto-Assets*) du 24 septembre 2020⁷⁴¹ a apporté une première amorce de réponse. Lors de la délimitation de la notion de cryptoactifs, ceux-ci ne sont pas érigés au rang de monnaie, mais perçus comme des moyens d'échange. L'article 3 du règlement les définit ainsi comme la « représentation numérique d'une valeur ». Le 12^e point de cet article vient ensuite préciser qu'il est possible de recourir à un « échange de crypto-actifs contre de la monnaie fiat »⁷⁴². Il ne s'agirait donc que de biens meubles, bénéficiant d'un prix⁷⁴³. L'opération constituerait alors un échange, et non une vente.

Si les autorités financières refusent ainsi d'assimiler le *bitcoin* à toute forme de monnaie légale, aucune réponse n'est pour l'instant apportée quant à la nature juridique de celui-ci. Le droit ne peut plus continuer de concevoir les cryptoactifs comme des « objets juridiques non identifiés »⁷⁴⁴. Bien qu'il soit aujourd'hui légal de conclure des transactions à l'aide de cryptomonnaies, celles-ci relèvent de l'échange, du « troc »⁷⁴⁵, et de non de la vente. La question n'est donc pas celle de la validité des transactions réalisées, mais davantage celle de leur sécurité et de leur fiscalité. Du fait de l'usage massif qui est fait de ce type de « monnaie » virtuelle, la nature monétaire du prix est ainsi remise en cause. À une moindre échelle, le phénomène est similaire à propos de l'utilisation des points issus d'un programme de fidélité.

2. Utilisation de points issus de programmes de fidélisation

Sans pour autant qu'il s'agisse d'une forme revendiquée de « monnaie », il est aujourd'hui possible d'obtenir des biens et des services en l'échange d'unités de mesure propres à un système d'échange relativement réduit, grâce aux programmes de fidélisation. Formidables outils marketing, ces derniers soulèvent toutefois de grandes difficultés juridiques. À noter toutefois que le contentieux se porte davantage sur les cagnottes qui révèlent des enjeux

⁷³⁹ Rapport Assemblée nationale, n° 1092 et Sénat, n° 584, sur les enjeux technologiques des blockchains (chaînes de blocs), V. FAURE-MUNTIAN, C. DE GANAY et R. LE GLEUT, p. 93. Ce rapport souligne notamment le poids négligeable de la cryptomonnaie par rapport aux revenus annuels du crime organisé.

⁷⁴⁰ Tracfin, « L'encadrement des monnaies virtuelles », juin 2014 (v. égal. le rapport d'activité 2011, spéc. p. 21).

⁷⁴¹ Commission européenne, proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur les marchés de crypto-actifs, et modifiant la directive (UE) n° 2019/1937, 24 sept. 2020, COM/2020/593 final.

⁷⁴² Plus précisément, cet échange constitue « la conclusion, avec des tiers, de contrats d'achat ou de vente de crypto-actifs en échange de monnaie fiat ayant cours légal, avec utilisation de capitaux détenus en propre ».

⁷⁴³ Le législateur européen s'est attaché à encadrer l'offre d'acquisition de cryptoactifs, notamment du point de vue du prix et de l'obligation d'information en la matière (article 5

⁷⁴⁴ M. ROUSSILLE, « Le *bitcoin* : objet juridique non identifié », *op. cit.*

⁷⁴⁵ Rapport Sénat, n° 767, sur les enjeux liés au développement du *Bitcoin* et des autres monnaies virtuelles, P. MARINI et F. MARC.

financiers considérables, que sur les points de fidélité octroyés par les grandes enseignes de la distribution. Tel est le cas, par exemple, des « Miles », les points épargnés grâce au programme de fidélité mis en place par *Flying Blue*.

Il existe très peu de jurisprudence en la matière, alors que la question de la nature tant des points issus de programmes de fidélité que des transactions réalisées avec leur aide soulève des problématiques juridiques particulièrement intéressantes.

103. Valeur économique des points de fidélité reconnue. – En théorie, les points de fidélité ne devraient pas soulever de difficultés particulières : à l’instar des chèques vacances, ils ne peuvent constituer de la monnaie, au motif notamment qu’ils ne représentent pas une valeur monétaire⁷⁴⁶. Pourtant, en pratique, certaines cagnottes, à défaut d’une valeur monétaire, bénéficient d’une valeur économique indéniable. Ainsi, les Miles, issus du programme de fidélité *Flying Blue*, peuvent permettre d’acheter des billets d’avion ou de bénéficier d’un surclassement. Ces derniers se voient tout d’abord reconnaître une valeur économique par leur propre émetteur : Air France offre aux consommateurs la possibilité d’acheter des Miles afin de compléter une transaction à l’origine réglée en argent. Or, si une chose peut être achetée, c’est bel et bien qu’elle dispose d’une valeur économique. De même, dans le milieu professionnel, les Miles ont fait l’objet d’une controverse : qui de l’employeur ou du salarié est propriétaire des Miles acquis au cours de voyages professionnels⁷⁴⁷ ? L’existence même de ce débat reconnaît en creux la valeur économique des Miles. Enfin, dans une récente affaire, le propriétaire d’une carte de crédit American Express, laquelle permet d’acquérir des Miles, s’est vu accorder un droit à réparation du préjudice subi de la perte de ses points de fidélité due au

⁷⁴⁶ Cass. com. 6 juin 2001, n° 99-18.296 ; *D.* 2001, p. 2124, obs. X. DELPECH, et 2002, p. 635, obs. D. R. MARTIN ; *RTD com.* 2001, p. 741, obs. M. CABRILLAC : « les "chèques-cadeaux" ne peuvent, pendant la durée limitée de leur validité, qu’être échangés auprès de personnes et contre des biens ou des services limitativement définis, (...) qu’ils ne sont jamais convertibles en monnaie, toute restitution d’une différence de valeur éventuelle entre le prix du bien ou du service acquis et le montant des "chèques-cadeaux" étant, notamment, interdite et qu’ils ne sont pas non plus susceptibles d’être virés ou déposés sur un compte ; qu’ayant ainsi fait ressortir que ces "chèques-cadeaux", dépourvus de tout caractère fongible et liquide, ne représentaient pas une valeur monétaire, pas même après inscription en compte pour une utilisation ultérieure de leurs montants à des fins indifférenciées ».

⁷⁴⁷ Réponse à la question écrite n° 05247 du Ministère de l’équipement, des transports, du logement, du tourisme et de la mer, publiée au JO du Sénat le 13 mars 2003, p. 883 : « les miles, dont l’attribution est un accessoire du contrat de transport, appartiennent, non à l’entreprise, mais au salarié. L’employeur, même s’il acquitte le prix de la prestation, n’assure que la représentation du salarié vis-à-vis de la compagnie et n’est pas partie au contrat ». Cette décision n’est toutefois pas unanime, d’autres pays comme l’Allemagne ou les pays scandinaves considèrent que les Miles acquis par le salarié appartiennent en réalité à l’entreprise employeuse.

retrait de sa carte bancaire⁷⁴⁸. Or, la perte d'un bien n'ayant aucune valeur économique ne peut faire l'objet d'une indemnisation.

104. Nature juridique incertaine des opérations réalisées à l'aide de points de fidélité. –

La nature d'une transaction intégralement réalisée à l'aide de points de fidélité interroge : en l'absence de prix en argent⁷⁴⁹, il ne peut s'agir que d'un échange et non d'une vente, ce dont le consommateur n'est pas averti. Les compagnies aériennes manquent de rigueur et entretiennent la confusion sémantique en employant le mot « vente » à cette occasion, allant même jusqu'à présenter une « facture » au consommateur !

Cette opération soulève également d'autres difficultés juridiques liées à la politique obscure pratiquée par Flying Blue et les différentes compagnies aériennes en la matière. En effet, Air France décide, pour chaque vol, selon chaque programme de fidélité et de manière particulièrement obscure, le nombre de Miles nécessaire à l'acquisition du billet d'avion... Un problème de détermination de l'objet du contrat⁷⁵⁰ survient donc lorsque les Miles sont directement achetés par le consommateur. De même, le mode de calcul complexe des miles empêche de réaliser une évaluation économique précise de cet avantage, tant du point de vue de la taxe sur la valeur ajoutée que de l'impôt sur le revenu.

Ainsi, l'évolution de la société et des technologies conduit à l'émergence de nouveaux étalons, concurrençant la monnaie. Si ces derniers remettent en cause le critère du prix monétaire, c'est aussi la distinction en elle-même qui peut faire l'objet de critiques.

B. Remise en cause de la pertinence de la distinction

L'émergence de ces nouveaux modes de transaction remet insidieusement en cause le critère du prix monétaire. Le critère du prix monétaire était efficace lorsque l'échange n'avait qu'une place résiduelle. Or, l'émergence de nouvelles formes de transaction fondées sur le troc porte finalement atteinte à l'intérêt de la distinction en elle-même. Compte tenu du regain d'intérêt moderne du troc pour des raisons sociologiques ainsi que de l'importance financière

⁷⁴⁸ Cass. civ. 1^{re}, 24 avril 2013, n° 12-14.929 et 12-15.323. La question de la valeur économique des points de fidélité n'était toutefois pas directement soulevée devant la première Chambre civile, qui était conduite à statuer sur la recevabilité des Conditions générales d'utilisation invoquée par la société.

⁷⁴⁹ Une difficulté supplémentaire est récemment survenue en ce que, depuis le 1^{er} janvier 2018, Flying Blue a mis en place un programme intitulé « Miles & Cash » qui permet de « compléter » en argent le « prix » de son billet, « acheté » en miles. Encore une fois, ce type de convention porte atteinte à la nature monétaire du prix préalablement affirmée. Il ne peut s'agir d'un contrat de vente au sens juridique du terme, mais bel et bien d'un contrat d'échange, le versement d'une somme d'argent étant assimilé à une soulte.

⁷⁵⁰ A.-S. CHONE-GRIMALDI, « Les contraintes du droit des obligations sur les opérations d'ICO », *op. cit.*

de la monétisation des données personnelles se pose la question de savoir s'il est toujours judicieux de recourir si restrictivement au critère du prix monétaire.

105. Regain d'intérêt moderne du troc pour des raisons sociologiques. – Le troc connaît toutefois aujourd'hui un réel regain d'intérêt. Lassée des excès consuméristes du XXI^e siècle, placée sous le double signe du crédit et de la publicité, mais aussi confrontée à des préoccupations environnementales importantes, la civilisation occidentale moderne favorise l'économie collaborative⁷⁵¹ depuis la crise monétaire de 2008. Ce modèle économique, s'affirmant comme une alternative au capitalisme⁷⁵², permet de pallier la sous-utilisation des biens en favorisant l'usage plutôt que la possession, grâce à la mise en commun de ressources⁷⁵³. D'autres formes de consommation que le titre onéreux, fondées sur des rapports verticaux, sont de ce fait encouragées, de sorte que « le covoiturage se substitue au voyage en train, la location à l'achat, l'hébergement chez l'habitant au séjour hôtelier, ou encore le bricoleur du coin au plombier diplômé »⁷⁵⁴. L'idée est finalement de partir d'échanges informels horizontaux, basés sur la confiance, et de les décupler grâce à la puissance d'Internet qui fait office d'intermédiation. Les années 2010 sont ainsi marquées par le succès de plateformes collaboratives telles qu'Uber, Autolib, BlaBlaCar, Airbnb, Le Bon Coin, Wikipédia, etc.⁷⁵⁵

Au-delà, le prêt, le don et l'échange sont également mis à l'honneur à l'intérieur de circuits de recirculation de biens⁷⁵⁶. Il est ainsi dans l'air du temps de recourir à l'échange, lequel a désormais acquis une dimension davantage sociale, conviviale et humaine : le

⁷⁵¹ V. l'ouvrage de référence en la matière : R. BOTSMAN et R. ROGERS, *What's Mine is Yours, the rise of collaborative consumption*, Harper Collins, 2010. L'économie collaborative peut être définie comme une économie organisée autour de réseaux d'individus connectés en vue d'une consommation, d'un financement ou d'un processus d'apprentissage (J.-D. LECAILLON et J.-M. LE PAGE, *Économie politique contemporaine*, 5^e éd., DeBoeck Supérieur, 2018, p. 56. V. également, concernant ce travail définitionnel délicat, S. CHASSAGNARD-PINET, « À la recherche d'une définition de l'« économie collaborative » », *JCP E, Cah. dr. Entr.* 2017, n° 3, doss. 11).

⁷⁵² S. MOREIL, « Économie collaborative : alternative au capitalisme ou ubérisation de l'économie ? », *JCP E, Cah. dr. Entr.* 2017, n° 3, p. doss. 10.

⁷⁵³ I. BUFFLIER, « Les biens mutualisés de l'économie collaborative : de la propriété à l'accès », *JCP E, Cah. dr. Entr.* 2017, n° 3, doss. 18.

⁷⁵⁴ L. JOURDAIN, M. LECLERC et A. MILLERAND, *Économie collaborative & droit: les clés pour comprendre*, FYP, coll. Innovations, 2016, p. 10.

⁷⁵⁵ En 2018, 36 % des Français auraient eu recours à une plateforme collaborative (« Le collaboratif nouvel horizon utopique », *Consommation et modes de vie*, CREDOC n°298, 2018).

⁷⁵⁶ La recirculation de biens fait partie des quatre grands types d'activités de la *sharing economy* déterminés par la sociologue américaine Juliette Schor, aux côtés de l'utilisation accrue de biens durables, l'échange de services et le partage d'actifs productifs (v. J. SCHOR, *Debating the Sharing Economy*, *Great Transition Initiative*, oct. 2014, p. 2). D'autres classifications ont été proposées, notamment par Rachel Botsman et Roo Rogers : production de services, redistribution des produits de seconde main et style de vie collaboration.

*wwofing*⁷⁵⁷, l'échange de maisons⁷⁵⁸ et le *couchsurfing* constituent par exemple de nouvelles manières de voyager. Cette influence grandissante a ainsi contraint le législateur à adopter en 2016 un nouvel article L. 224-70 du Code civil, en vertu duquel l'échange est défini comme « un contrat à titre onéreux par lequel un consommateur accède à un système d'échange qui lui permet, en contrepartie de son contrat d'utilisation de biens à temps partagé ou de son contrat de produit de vacances à long terme, d'accéder à la jouissance d'un autre bien ou à un autre hébergement ou à d'autres services ».

106. Cession de données personnelles et de droits d'auteur en contrepartie de l'accès à un service en ligne. – Si le développement d'Internet a ainsi encouragé l'émergence de nouveaux modes de transaction, il a également joué un rôle majeur dans l'essor d'une forme particulière d'échange : la cession de données personnelles en contrepartie de l'accès à un service numérique. En effet, afin d'accéder à certains services en ligne et notamment les réseaux sociaux, les internautes sont conduits à céder – souvent sans même s'en rendre compte, n'ayant pas lu les conditions écrites au sein de conditions générales d'utilisation d'une longueur rebutante, lesquelles doivent par ailleurs nécessairement être acceptées afin d'accéder au service en ligne – leurs droits sur leurs informations personnelles, ainsi que, très souvent, des droits de propriété intellectuelle sur des photos. Et comme tout don, celui-ci est irrévocable. Les données seront alors revendues à un tiers, un publicitaire, lequel les utilisera afin de mieux cibler le consommateur.

Invoquer la gratuité au soutien de ces transactions est ici inenvisageable. Dans le langage courant, la gratuité est définie comme le caractère d'un bien qui est fait ou donné sans qu'il n'en coûte rien, dont on jouit sans payer⁷⁵⁹. Elle correspondrait ainsi à l'hypothèse dans laquelle une prestation est fournie à un individu « sans qu'en retour soit exigé un prix représentant un échange ou un paiement »⁷⁶⁰, il s'agirait finalement de tout ce qui est « non payant »⁷⁶¹. Le droit s'est très largement approprié l'hypothèse de la gratuité par le recours aux actes gratuits. Dans ces derniers, l'*animus donandi* est nettement caractérisé : le donateur accepte de s'appauvrir en

⁷⁵⁷ Le woofing « propose un troc entre des hôtes qui offrent l'hébergement et le couvert contre une assistance volontaire en maraîchage, jardinage ou tout autre travail normalement en lien avec le bio ou l'écoconstruction » (N. FABRY, « Les particuliers, nouveaux acteurs du tourisme », *Juris tourism*, 2016, n° 189, p. 35).

⁷⁵⁸ Le site Trocmaison.com, version française de Homexchange a ainsi réuni jusqu'à 39 000 membres en 2011 (v. W. HEINZER, « Trocmaison.com et la consommation collaborative : ça change tout ! », *Juris tourisme*, 2011, n° 130, p. 17).

⁷⁵⁹ V. « gratuit » in *Le Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2017, p. 1182.

⁷⁶⁰ J. SALOMON, *L'égalité de tous les individus devant le service public*, thèse Grenoble, 1954, p. 292.

⁷⁶¹ V. « gratuit » in G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13 éd., PUF, coll. Quadriga, 2020, p. 494.

l'absence de toute contrepartie⁷⁶². Il s'agit bien de l'hypothèse de la gratuité au sens courant du terme, « pure », laquelle n'appelle aucune difficulté particulière, à l'exception de la question de l'intégrité du consentement de celui qui s'appauvrit. En réalité, les données personnelles collectées sont par la suite monétisées par un professionnel : la gratuité n'est donc qu'un mythe⁷⁶³, voire un mensonge⁷⁶⁴.

La gratuité sur Internet est en effet chimérique, car financée (« *there is no free lunch* »⁷⁶⁵) : si gratuité il y a, celui qui fournit une prestation « pour rien » trouve le moyen parallèle de s'enrichir malgré tout⁷⁶⁶.

Chacun y trouve son compte : l'internaute se dessaisit de ce qui a peu de valeur à ses yeux en échange d'un service, ce dernier étant fourni par un professionnel qui sera rémunéré lors du « rachat » des données personnelles⁷⁶⁷. Pareillement, l'utilisateur accepte également que le contenu publié puisse être réutilisé – et donc monétisé – par le professionnel, sans aucune contrepartie⁷⁶⁸. Ici, point de charité ni de bienfaisance dans le comportement du professionnel :

⁷⁶² Juridiquement importe seule ici l'intention libérale de ce dernier, et non pas ses motivations, comme la charité ou l'espoir de s'enrichir ultérieurement. En revanche, sociologiquement et anthropologiquement, la gratuité est considérée comme appelant de fait un lien de dépendance incarné par un sentiment, un besoin de réciprocité postérieur au don initial, le contre-don, dont se sent investi le bénéficiaire. Le paradigme obéit à un triptyque moral : donner-recevoir-rendre (v. en ce sens M. MAUSS et F. WEBER, *Essai sur le don : forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, PUF, coll. Quadrige Grands Textes, 2012, p. 145 et A. MERGEY, « La gratuité à travers les frontières du temps. Quelques jalons », in *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit*, M. MARTIAL-BRAZ et C. ZOLYNSKI (dir.), LGDJ, 2013, p. 41).

⁷⁶³ S. CANEVET, « Gratuité et nouvelles technologies de l'information et de la communication », in *La gratuité, une question de droit ?*, G. KOUBI et G. GUGLIELMI (dir.), L'Harmattan, 2003, p. 167.

⁷⁶⁴ H. BOUTHINON-DUMAS, « A la recherche d'un concept socio-économique de gratuité », in *La gratuité, un concept aux frontières de l'économie et du droit, op. cit.*, p. 15.

⁷⁶⁵ Expression selon laquelle la gratuité n'existe pas, utilisée par R. HEINLEIN dans son roman *Révolte sur la Lune* (*The Moon is a Harsh Mistress*, G. P. Putnam's Sons, 1966) puis popularisée par le prix Nobel d'économie M. FRIEDMAN, avant d'entrer dans le vocabulaire des économistes.

⁷⁶⁶ P.-J BENGHOZI, « Culture et gratuité ou économie des gratuités ? », in *Le prix et la culture. La gratuité au prisme du droit et de l'économie*, P. MBONGO (dir.), Mare et Martin, 2005, p. 183. Cf. *supra* n° 13 concernant la gratuité financée.

⁷⁶⁷ Ce « rachat » n'est parfois qu'indirect. Ainsi, la deuxième section des CGU de Facebook intitulée « Comment nos services sont financés » indique : « au lieu de payer pour l'utilisation de Facebook et des autres produits et services que nous offrons, en utilisant les Produits Facebook inclus dans les présentes Conditions, vous acceptez que nous vous montrions les publicités payées par les entreprises et organisations pour que nous les promouvions sur les Produits des entités Facebook et en dehors. Nous utilisons vos données personnelles, telles que les informations concernant votre activité et vos intérêts, afin de vous montrer des publicités plus pertinentes pour vous. (...) Cela signifie que nous pouvons vous montrer des publicités pertinentes et utiles sans informer les annonceurs sur votre identité. Nous ne vendons pas vos données personnelles. Nous autorisons les annonceurs à nous donner des informations, telles que leur objectif commercial et le type d'audience à qui ils souhaitent montrer leurs publicités (par exemple, les personnes âgées de 18 à 35 ans qui aiment le vélo). Puis, nous montrons leur publicité aux personnes susceptibles d'être intéressées » (<https://www.facebook.com/terms>, consulté le 04/11/2019). Facebook se positionne certes en tant qu'intermédiaire, mais reconnaît ouvertement monétiser les données personnelles de ses utilisateurs.

⁷⁶⁸ A l'égard des droits de propriété intellectuelle, la section 3 « Vos engagements envers Facebook et notre communauté », sous-section 3 « Les autorisations que vous nous accordez » des CGU de Facebook est rédigée de

l'un de ses buts est bien de s'enrichir grâce à la vente des données personnelles, le « pétrole du numérique »⁷⁶⁹. La situation est radicalement différente des hypothèses où le patient bénéficiait de soins gracieusement financés par le tiers payant sans déboursier un centime et où le voyageur lisait gratuitement un journal financé par la publicité : ici, l'internaute s'appauvrit volontairement, en se dessaisissant de données, dont il ne mesure pas pleinement la valeur économique⁷⁷⁰.

107. Nature onéreuse des contrats imposant la cession des données personnelles et des droits d'auteur de l'utilisateur. – Il semble alors légitime de s'interroger quant à la nature de la relation entre l'internaute et le cessionnaire des données personnelles. Le contre-don opéré par le bénéficiaire de la gratuité – la cession de ses données personnelles – semble bien rentrer dans le champ d'application de l'article 1107 du Code civil, puisque l'auteur du don recherche un avantage dans son geste⁷⁷¹. Le contrat d'utilisation d'un réseau social serait ainsi un contrat à titre onéreux. Telle aura été l'analyse retenue par la Commission des Clauses Abusives⁷⁷², la cour d'appel⁷⁷³ et le tribunal de grande instance de Paris⁷⁷⁴. Le caractère onéreux du contrat, sous une apparence de gratuité, conduira par ailleurs la jurisprudence à considérer qu'il

manière particulièrement trompeuse. Ainsi, s'il est tout d'abord annoncé que « vous possédez les droits de propriété intellectuelle (tels que les droits d'auteur et les marques déposées) de tout le contenu que vous créez et partagez », le paragraphe suivant prévoit pourtant une cession de droit d'auteur « vous nous accordez une licence non exclusive, transférable, sous-licenciable, gratuite et mondiale pour héberger, utiliser, distribuer, modifier, exécuter, copier, représenter publiquement ou afficher publiquement, traduire et créer des œuvres dérivées de votre contenu ». La cession de droit d'auteur à titre gratuit est valable, car l'absence de rémunération est expressément stipulée, conformément à l'article L. 131-2 du Code de la propriété intellectuelle. En revanche, Facebook ne précise aucunement que l'utilisation postérieure par ses soins sera réalisée à titre onéreux !

⁷⁶⁹ I. FALQUE-PIERROTIN, « Les données personnelles représentent le pétrole du numérique », *Expertises* 2012/2, p. 49.

⁷⁷⁰ A noter toutefois que la valeur des données personnelles d'un individu n'a que peu d'intérêt, seule la somme des données personnelles de nombreux individus intéressent les professionnels et présentent une réelle valeur économique.

⁷⁷¹ R. HERTZOG, *Recherches sur la gratuité et la non-gratuité des services publics*, thèse Strasbourg, 1972, p. 23.

⁷⁷² CCA, Recommandation n° 2014-02, Contrats de fournitures de services de réseaux sociaux, 7 nov. 2014, § 14 : « Considérant que de nombreux contrats de fourniture de service de réseautage social prévoient des clauses affirmant que les services proposés sont gratuits ; que ces clauses laissent croire à l'utilisateur consommateur ou non-professionnel que le service est dépourvu de toute contrepartie de sa part, alors que, si toute contrepartie monétaire à sa charge est exclue, les données, informations et contenus qu'il dépose, consciemment ou non, à l'occasion de l'utilisation du réseau social, constituent une contrepartie qui s'analyse en une rémunération ou un prix, potentiellement valorisable par le professionnel ».

⁷⁷³ Paris, 12 fév. 2016, n° 2016-58 ; *D. IP/IT* 2016, p. 214, note S. ANDRE et C. LALLEMAND ; *D. actualité*, 19 fév. 2016, note F. MELIN ; *D. IP/IT* 2016, p. 263 obs. D. FOREST ; *JCP G* 2016, n° 13, p. 386, obs. O. FLIPO. « Si le service proposé est gratuit pour l'utilisateur, la société Facebook Inc retire des bénéfices importants de l'exploitation de son activité, via notamment les applications payantes, les ressources publicitaires et autres, de sorte que sa qualité de professionnel ne saurait être sérieusement contestée ».

⁷⁷⁴ TGI Paris, 7 août 2018, n° 14/07300 ; *JCP E*, 2018, n° 41, p. 1046, obs. G. RAYMOND. « La société TWITTER collectait et commercialisait de la donnée déposée gratuitement par ses utilisateurs, ont considéré que le contrat liant TWITTER à ses utilisateurs était un contrat à titre onéreux afin de leur appliquer le droit de la consommation ».

s'agissait d'un contrat de consommation, conclu à distance, lequel obéit à une réglementation particulièrement sévère en matière de protection de la partie faible.

La monétisation des données personnelles soulève également des difficultés liées au consentement du cédant. Celui-ci n'a pas conscience ni de la nature onéreuse de l'opération, ni de l'ampleur de la cession réalisée. En effet, le « prix » payé ou l'objet de l'échange est en plus d'être occulte, aussi indéterminé et non négocié, et cela en totale contradiction avec les grands principes du droit des contrats. Par ailleurs, l'ignorance du cédant-consommateur instaure un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. La Commission des clauses abusives⁷⁷⁵ relève très justement qu'il serait possible au consommateur de se prévaloir de ce déséquilibre, car si l'examen est en principe prohibé à propos de « l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu », l'article L. 132-1 du Code de la consommation, interprété *a contrario*, l'autorise dès lors que les clauses ne sont pas rédigées de façon claire et compréhensible, ce qui est le cas en l'espèce. Céder ses données personnelles et ses droits d'auteur revient à donner un accès gratuit à l'intégralité de sa vie privée, ce qui est assurément cher payé pour profiter de Facebook ...

Dans un souci de rigueur juridique, le raisonnement doit également être approfondi afin de déterminer la nature précise de cette convention. En effet, si l'onérosité de ce type de contrat est désormais établie, reste à déterminer s'il s'agit d'un contrat nommé ou, au contraire, d'un contrat innommé. En application du critère du prix monétaire dégagé précédemment, il ne pourrait s'agir que d'un contrat innommé *do ut facias*. Pourtant, compte tenu de la prolifération de ce type de contrat, peut-être serait-il envisageable de considérer que la cession de données personnelles constitue le prix à payer pour le gratuit⁷⁷⁶. Il ne s'agirait pas ici d'assimiler les données personnelles à une nouvelle forme de monnaie, mais d'élargir la définition du prix à des prestations en nature : la distinction entre le nommé et l'innommé s'efface.

108. Affirmation d'un prix en nature au sein de l'ordonnance du 29 septembre 2021. – Les problématiques liées à la nature monétaire du prix pourraient avoir été tranchées par l'ordonnance du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques⁷⁷⁷. Un article L. 112-4-1 a ainsi été ajouté au Code de la consommation, énonçant que, dans le silence du contrat quant au paiement du

⁷⁷⁵ CCA, Recommandation n° 2014-02, Contrats de fournitures de services de réseaux sociaux, 7 nov. 2014, § 14.

⁷⁷⁶ A. STROWEL, *Quand Google défie le droit*, De Boeck et Larcier, 2011, p. 22.

⁷⁷⁷ Ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021, relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques, *JORF* n° 0228 du 30 septembre 2021, <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/jo/2021/09/30/0228> texte n° 9.

prix, « le professionnel précise la nature de l'avantage procuré par le consommateur », partie à un contrat de vente (article L. 217-1) ou de fourniture de contenu numérique et de service numérique (article L. 224-52-1).

Ce type de contrat fait ainsi l'objet d'une définition nouvelle, selon laquelle « un professionnel, ou toute personne se présentant ou se comportant comme tel, fournit un contenu numérique et un service numérique au consommateur, et ce dernier s'acquitte d'un prix ou procure tout autre avantage au lieu ou en complément du paiement d'un prix ». L'obligation du débiteur serait alors de verser un prix ou un avantage « au lieu du paiement d'un prix ». La frontière entre le prix « monétaire » et le prix « en nature » s'en amoindrit, témoignant ainsi de l'obsolescence du critère du prix monétaire.

L'obsolescence du critère du prix monétaire dégagée est ainsi la conséquence de l'émergence de nouveaux étalons monétaires, mais aussi de nouvelles formes de transactions fondées sur le troc, remettant en cause la distinction entre l'échange et les contrats onéreux nommés. La conjugaison de ces éléments aux défauts intrinsèques du critère du prix monétaire conduit à s'interroger quant à la pertinence du maintien de celui-ci.

§2 – Abandon partiel du principe du prix monétaire

L'étude de la nature de la contrepartie onéreuse des contrats nommés amène au constat suivant : le prix semble pouvoir exprimer la valeur économique par d'autres biais que de l'argent. La remise en cause de la nature monétaire du prix conduit à des situations juridiquement incohérentes, dénaturant les qualifications existantes et posant un évident problème de sécurité juridique. Il s'agit ici de composer entre des solutions plus ou moins radicales, les incohérences du droit positif et le respect des catégories juridiques préexistantes afin de proposer une nouvelle définition, quelque peu élargie, du prix et résoudre les difficultés soulevées par ces qualifications hybrides.

D'une manière radicale, il serait tout d'abord possible d'envisager de ne plus recourir à l'argent et de généraliser ainsi le troc. Économiquement, l'argent est en effet instable, alors que le paiement en nature conserve sa valeur dans le temps. L'argent peut également faire l'objet de fraude, et la monnaie être altérée, la détention d'argent pouvant, de plus, s'avérer dangereuse, alors que l'objet obtenu au cours d'un échange, du fait de son absence de pouvoir libératoire, attirera moins la convoitise de son prochain. Ce pouvoir libératoire universel conduit également à une forme de nivellement par le bas, en ce que les individus ne se demandent plus ce que les

choses valent, mais combien elles valent. La nature humaine dénote de plus une certaine prédisposition à adopter des comportements douteux et peu éthiques en matière d'argent. Enfin, psychologiquement, l'argent permet de tout acheter et peut conduire à une vacuité de l'existence et à une désagrégation de la substance⁷⁷⁸, lorsque l'accumulation de l'argent devient une fin en soi. L'argent est enfin impersonnel et anonyme, ce qui mène à une perte des relations d'homme à homme, alors que le troc favorise au contraire le renforcement du lien social et garantit l'individualité des êtres⁷⁷⁹.

Mais cette perspective draconienne ne sera pas retenue. En effet, la généralisation du troc reviendrait *in fine* à considérer que la monnaie est une marchandise comme les autres, ce qui est contraire aux perspectives actuelles et notamment aux travaux de MM. Jean Carbonnier, Rémy Libchaber et Thomas Le Gueut⁷⁸⁰. Par ailleurs, l'anthropologue Marcel Mauss a démontré dans son ouvrage que le troc est caractéristique des sociétés archaïques, la monnaie constituant à l'inverse le signe d'une évolution de la civilisation⁷⁸¹. Un retour trop important au troc constituerait ainsi un pas en arrière dans la voie du progrès anthropologique. Néanmoins, force est de constater que la société contemporaine a spontanément de plus en plus recours au troc, sans que cela paraisse antiprogressiste pour autant.

Afin d'adopter une solution plus mesurée, trois approches sont susceptibles d'être envisagées : séparer les éléments de natures opposées pour appliquer à chacun de manière distributive le régime propre à la catégorie à laquelle il appartient, consacrer une universalité juridique dotée d'un régime propre ou déformer l'une des catégories par certains aspects de la catégorie opposée⁷⁸². Afin de résoudre la majeure partie des difficultés évoquées précédemment, les deux dernières méthodes seront adoptées, alternativement, renouvelant la notion de prix, en tant que support de l'expression de la valeur économique. Le critère du prix

⁷⁷⁸ G. SIMMEL, *L'argent dans la culture moderne et autres essais sur l'économie de la vie*, éd. Hermann, coll. « PUL », 2018, p. 29.

⁷⁷⁹ G. SIMMEL, *L'argent dans la culture moderne et autres essais sur l'économie de la vie*, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁸⁰ Ces auteurs s'accordent, pour des motivations certes différentes, à accorder à la monnaie un statut particulier, distinct de l'ensemble des autres meubles corporels. Ainsi, M. Jean Carbonnier estime que « la monnaie tirant son être de la volonté du souverain, la propriété privée ne peut avoir sur les instruments monétaires la même force, ni le même sens que sur un meuble quelconque » (J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens*, III, 19^e éd., PUF, coll. Thémis, 2004, n^o 34, p. 59). M. Rémy Libchaber considère quant à lui que « la monnaie entre bien mal dans les cadres étroits du droit des biens » et que l'Etat serait en réalité un discret propriétaire des pièces et des billets mis en circulation. (R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, *op. cit.*, n^{os} 176 et s., p. 140 et s.). Enfin, M. Thomas Le Gueut classe la monnaie dans la catégorie des « objets de propriété particuliers » (Th. LE GUEUT, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2016, n^o 255, p. 175).

⁷⁸¹ M. MAUSS et F. WEBER, *Essai sur le don : forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, *op. cit.*

⁷⁸² J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique : fondamentale et appliquée*, PUF, 2018, coll. Thémis droit, n^o 73, p. 133.

monétaire doit en effet être abandonné, mais dans un cadre limité, car un abandon total n'est pas raisonnable.

Il sera ainsi proposé de maintenir l'application du critère du prix monétaire dans deux hypothèses distinctes : lorsque le contrat comporte une obligation de faire et lorsque la contrepartie est composée de cryptoactifs. Le choix de la déformation de la catégorie juridique préexistante s'avérant impossible pour des raisons tant juridiques que politiques, la consécration d'une universalité juridique dotée d'un régime propre devra s'imposer pour ces conventions (I.). En revanche, le critère du prix monétaire pourra être abandonné en présence d'une double obligation de donner, ou lorsque la dation d'un bien trouve sa contrepartie dans la mise à disposition d'un autre bien. La catégorie juridique de la vente en sortira ainsi déformée (II.).

I. CREATION DE NOUVELLES CATEGORIES JURIDIQUES

Lorsque l'application du critère du prix monétaire conduit à des incohérences trop importantes, l'une des réponses possibles est l'adoption d'une universalité juridique propre. Les hypothèses non satisfaisantes bénéficieront ainsi d'un régime juridique adapté (A.), à l'exclusion des cryptoactifs (B.).

A. *Maintien du critère du prix monétaire dans les contrats contenant une obligation de facere*

Bien qu'une partie de la doctrine appelle de ses vœux l'admission généralisée des paiements en nature, le critère du prix monétaire doit être maintenu dans les contrats supposant une obligation de *facere*, et ce en raison des difficultés à estimer la valeur économique de ceux-ci. Mais ce maintien engendre toutefois une profonde incohérence : les contrats *do ut facias* ou *facio ut facias* sont aujourd'hui très nombreux et ne disposent pas d'un régime juridique propre.

109. Arguments au soutien de l'abandon du critère du prix monétaire dans l'ensemble des catégories contractuelles. – Par opposition à l'échange, la possibilité de payer une obligation de faire par la remise d'un bien ou l'exécution d'une prestation ne suscite que peu d'intérêt en doctrine. M. Alain Bénabent admet tout au plus la qualification mixte vente/entreprise pour le cas où « la rémunération ne consisterait pas en une somme d'argent »⁷⁸³ : obligation de donner d'une part, obligation de faire de l'autre, le contrat est donc

⁷⁸³ A. BENABENT, *Droit civil : les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 5^e éd., Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2001, n° 8, p. 5. Il peut toutefois paraître incohérent de qualifier de contrat mixte « vente/entreprise » un contrat dans lequel la contrepartie à l'obligation de faire et une obligation de donner, et non une obligation de

innommé. M. Pascal Puig admet, quant à lui, la validité d'un contrat d'entreprise dont la contrepartie ne serait pas monétaire, affirmant tant l'indifférence de l'existence d'une contrepartie, que de la nature de celle-ci⁷⁸⁴.

En revanche, dans sa thèse dédiée à l'étude de l'échange, Mme Aurélie Bardet-Blanvillain propose une définition moderne de l'échange « qui retient que les parties s'obligent réciproquement à donner une chose autre que de l'argent et/ou à faire quelque chose »⁷⁸⁵. L'admission de cette nouvelle définition permettrait ainsi de contourner le refus de l'admission des ventes de service et serait plus adaptée aux échanges de choses futures⁷⁸⁶. Cette opinion reste toutefois très largement isolée.

110. Application du critère du prix monétaire aux conventions *do ut facias*. – Dans la première, un bien a pour contrepartie l'obligation pour « l'acquéreur » de rembourser une dette ou exécuter une prestation. De même, dans la seconde, l'utilisateur cède un bien, ses données, contre le droit d'exploiter un service. Ces deux conventions présentent le point commun de constituer un échange entre un bien et une prestation, et constituent par conséquent des obligations *do ut facias*, contrats jusqu'ici innommés. L'abandon du critère du prix monétaire présenterait le mérite de la simplicité théorique, en ce qu'il balayerait les difficultés relevées précédemment en la matière. Mais si la finalité est louable, l'abandon général du critère du prix monétaire engendrerait d'importantes complications en termes de qualification et de régime, de nature à faire regretter les anciennes imperfections.

Les conventions *do ut facias*, hybrides entre la vente et la prestation de service, soulèveraient un évident problème de qualification, cette dernière variant selon l'identité des contractants : celui qui remet le bien se percevrait comme un vendeur, alors que celui qui exécute la prestation se considérerait comme un prestataire. S'agit-il d'une vente, d'un contrat d'entreprise ou d'un contrat mixte ? L'abandon du critère du prix monétaire dans l'ensemble des catégories contractuelles reviendrait à admettre *in fine* l'existence des ventes de service, ce à quoi la rigueur nécessite de s'opposer.

L'étude du régime de ces contrats semble pouvoir éclairer cette zone d'ombre. Vente et prestation de services comportent d'importantes distinctions, notamment en matière d'estimation de la valeur économique. S'il est aisé de concevoir une vente dont la contrepartie

payer une somme d'argent (v. sur ce point A. BARDET-BLANVILLAIN, *L'échange*, thèse Paris II, 2002, n° 116, p. 75).

⁷⁸⁴ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 808, p. 641.

⁷⁸⁵ A. BARDET-BLANVILLAIN, *op. cit.*, n° 89, p. 58.

⁷⁸⁶ A. BARDET-BLANVILLAIN, *L'échange*, *op. cit.*, n° 99, p. 64.

porterait sur un bien, il est plus délicat d'envisager qu'un prix puisse être payé au moyen de l'exécution d'une prestation. En effet, la prestation soulève une difficulté d'estimation *a priori* : s'il est aisé de réaliser une estimation de la valeur économique d'un bien, il est plus délicat de déterminer la valeur exacte d'une prestation avant que celle-ci ne soit réalisée, et ce tout particulièrement si le travail est d'ordre intellectuel. De plus, le prix doit être fixé lors de la conclusion du contrat dans la vente, alors qu'il peut être fixé unilatéralement *a posteriori* par le prestataire. Comment admettre qu'une prestation dont la valeur économique n'est pas estimée puisse en éteindre une seconde, dont la valeur n'est elle-même pas encore déterminée ? Si la prestation a mal été estimée *a priori*, il sera aisé d'en payer la différence à l'aide d'argent. En revanche, il est plus délicat de fournir un bien supplémentaire, notamment s'il s'agit d'un corps certain. L'admission des paiements en nature est ainsi réservée aux catégories contractuelles dans lesquelles les parties peuvent aisément réaliser une appréciation économique de l'objet du contrat. Si beaucoup d'autres règles peuvent s'appliquer de manière distributive, celles en matière de prix semblent cristalliser les difficultés, car elles s'avèrent impossibles à articuler. La qualification mixte envisagée par M. Pascal Puig est donc inenvisageable : il n'est pas possible de « payer » une vente par l'exécution d'une prestation de service. De même, le choix de « vente » ou de « prestation de service » serait regrettable, car cet « affadissement de la qualification (...) n'est pas compatible avec la rigueur indispensable à un raisonnement juridique qui procède, fondamentalement, par catégories, susceptible d'entraîner une hypertrophie condamnable de la catégorie juridique de la vente en cas d'abandon du critère du prix monétaire »⁷⁸⁷. Il serait ainsi plus pertinent de prévoir un régime *sui generis* pour ce type de convention.

L'élargissement généralisé du critère du prix monétaire soulèverait également des difficultés au sein de certains types de contrats spéciaux supposant une obligation de faire, alors que ceux-ci n'ont jamais rencontré les difficultés qu'ont dû affronter le contrat d'entreprise ou la vente. Ainsi, dans le contrat de prêt à intérêt ou de travail, il n'a jamais été envisagé que le paiement puisse avoir lieu autrement que sous la forme d'une somme d'argent. En voulant mettre fin à des controverses liées à certains types de contrats, le débat serait finalement déplacé sur d'autres points.

111. Exclusion des conventions *facio ut facias*. – Lorsqu'une obligation de faire est exécutée en contrepartie d'une autre obligation de faire, il s'agit de l'hypothèse du *sponsoring*,

⁷⁸⁷ J. MOURY, « Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente », *op. cit.*

ou plus classiquement celle d'un contrat d'entreprise dans lequel le paiement serait prévu sous forme de l'exécution d'une prestation de service. Il pourrait être tentant d'assimiler ces opérations à un contrat de prestation de service, l'exécution de l'une des prestations étant alors qualifiée de « prix ». Mais les difficultés d'estimation de la valeur économique liée aux obligations de faire sont ici deux fois plus importantes que dans l'hypothèse des obligations *do ut facias*. La valeur économique d'une prestation ne peut s'exprimer par l'exécution d'une seconde prestation : deux parties exécutent leur prestation sans en connaître la valeur économique exacte. C'est multiplier d'autant le risque de contestation postérieure. Les risques de mauvaise estimation de la valeur économique, propre aux obligations de faire, sont donc multipliés par deux lorsque la contrepartie est également une obligation de faire. La stabilité de la catégorie des contrats de prestation de service, déjà quelque peu mise à mal par l'admission de l'indétermination du prix, nécessite de refuser le paiement d'un prix par l'exécution d'une obligation de faire. La dénaturation de la catégorie des prestations de service est impossible. Une application distributive des obligations est également inenvisageable, car celles-ci sont de même nature. Ne reste donc plus que la possibilité d'une qualification *sui generis*.

112. Qualification *sui generis* des conventions *do ut facias* et *facio ut facias*. – Il s'avère urgent d'accorder un statut juridique à ces opérations finalement courantes que constituent la vente à prix symbolique⁷⁸⁸, la cession de données personnelles et le *sponsoring*, lesquelles relèvent pour l'instant des contrats innommés. Enfin, dans le *sponsoring*, un service est échangé contre un autre service. Une qualification hybride et une application distributive des obligations s'avérant impossible à réaliser, la seule solution envisageable est la création d'une catégorie juridique *sui generis*, obéissant à des règles propres et, *a contrario*, réfractaire aux règles générales régissant le prix.

À l'instar des conventions *do ut facias*, la création d'une seconde catégorie *sui generis* semble toutefois inéluctable, car le recours à ce type de convention est grandissant. La création d'une catégorie contractuelle adaptée à ce type de convention permettrait une évolution rigoureuse du droit positif.

⁷⁸⁸ Pour Mme Brigitte Garrigues, proposer de qualifier le contrat à prix symbolique de « contrat innomé qui organise un transfert de propriété à titre onéreux » et préconise de lui appliquer le régime de l'échange, et non celui de la vente, car toutes les obligations de la vente relative à l'obligation monétaire lui sont inapplicables (rescision du prix pour lésion, nullité pour absence de prix), à l'instar de l'échange (B. GARRIGUES, « La contre-prestation du franc symbolique », *op. cit.*). De même, M. Jacques Moury est également opposé à la qualification de « vente » pour ce type d'opération : il s'agit à ses yeux d'une « convention translative à titre onéreux dans laquelle la contrepartie du transfert de propriété réside dans une prestation tout autre que le versement, entre les mains de l'aliénateur, d'une somme d'argent » (J. MOURY, « Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente », *op. cit.*).

Finalement, la voie retenue ne modifie que modérément l'ancien système. Sont ainsi qualifiées de « prix » les obligations monétaires ou, dans le seul cadre de la vente, les obligations de transférer la propriété. Le régime du prix est donc applicable à ces opérations. En revanche, les obligations comportant une obligation non translatrice de propriété ne constituent jamais un prix, qu'elles soient la contrepartie d'une obligation translatrice de propriété ou d'une seconde obligation non translatrice de propriété. Cette solution, bien qu'en demi-teinte, permet ainsi de résoudre les difficultés majeures en la matière, tout en respectant les catégories juridiques existantes.

B. Refus des paiements réalisés à l'aide de cryptoactifs

Jusqu'ici, les opérations réalisées à l'aide de cryptoactifs étaient qualifiées « d'échanges » dans les cas où ces derniers constituaient la contrepartie d'un bien, et de « contrat innommé », dans les cas où ils constituaient la contrepartie de la fourniture d'un service. Le statut et l'essor des cryptoactifs doivent aujourd'hui faire l'objet d'une régulation pointilleuse, ces derniers ne pouvant demeurer un « objet juridique non identifié »⁷⁸⁹. S'il peut sembler séduisant d'admettre la validité des paiements réalisés à l'aide de ce type d'unité, ces transactions ne peuvent pourtant pas constituer un paiement au sens juridique du terme. Pour des raisons économiques et politiques, ce contrat demeurera – pour l'instant – innommé.

113. Admission spontanée de nouveaux instruments de paiement par le droit. – La monnaie n'est, depuis longtemps, plus faite de métaux précieux. La valeur lui étant attribuée à une origine extrinsèque⁷⁹⁰ et n'a finalement de sens que « dans et par le consensus d'un groupe »⁷⁹¹. La valeur de la monnaie, son pouvoir d'achat, est donc une pure création sociologique. Ainsi, selon Carbonnier, la monnaie est « reçue dans les paiements non pas pour ce qu'elle représente matériellement, mais en tant qu'équivalent, fraction ou multiple d'une unité idéale »⁷⁹². Il est finalement possible d'affirmer qu'« une chose ne devient juridiquement une monnaie qu'à partir du moment où elle est observée non pour ce qu'elle est (une pièce métallique, un billet de papier), mais pour ce qu'elle représente (la valeur de toutes les

⁷⁸⁹ M. ROUSSILLE, « Le bitcoin : objet juridique non identifié », *op. cit.*

⁷⁹⁰ Cf. *supra* n° 4.

⁷⁹¹ R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, *op. cit.*, n° 22, p. 22.

⁷⁹² J. CARBONNIER, *Les biens : monnaie, immeubles, meubles*, PUF, coll. Droit civil, 2000, n° 14, p. 21.

marchandises) »⁷⁹³. Cette particularité explique ainsi l'apparition de phénomènes monétaires spontanés⁷⁹⁴.

La notion de monnaie a évolué au fil du temps et chaque nouvelle forme de commerce a finalement apporté une nouvelle génération d'instruments de paiement : les foires du Moyen-âge ont permis l'apparition de la lettre de change, tout comme la grande distribution a favorisé le développement des cartes de paiements⁷⁹⁵ et la naissance d'Internet a permis le développement de la monnaie électronique. La ratification étatique de ces instruments de paiement leur confère une autorité nouvelle, tirée non pas de leur popularité commerciale, mais de leur origine régaliennne. Loin d'un épiphénomène, les cryptoactifs pourraient constituer, au contraire, l'instrument de paiement caractéristique du XXI^e siècle, et ce d'autant plus que ses créateurs et utilisateurs ne se préoccupent guère de l'autorité de la norme juridique et continueront de recourir à ce moyen d'échange. Cette dissonance appelle une réaction du législateur : il faut lutter de manière répressive contre la réalité émergente ou au contraire modifier la norme juridique, afin que la réalité économique recouvre la réalité juridique⁷⁹⁶.

114. Intérêts de l'admission des paiements en cryptoactifs. – Le premier avantage à l'assimilation des opérations réalisées à l'aide de cryptoactifs à de véritables paiements permet de résoudre toutes les difficultés de qualification évoquées précédemment. De contrats innommés, ces conventions deviendraient des ventes ou de prestations de services. Au-delà, d'un point de vue davantage pragmatique, l'assimilation des cryptoactifs à une nouvelle forme de monnaie présenterait certains intérêts. La simplicité de ces derniers est souvent invoquée, puisqu'il est désormais aisé de transférer des valeurs, en toute sécurité, jusqu'au bout du monde. Hors du seul contexte français, le recours aux cryptoactifs est également présenté comme favorisant l'essor de paiements sécurisés au sein des pays en voie de développement, puisqu'il suffit de posséder un téléphone portable pour commercer avec le monde entier. Enfin, le recours aux cryptoactifs permet de réaliser des transactions sécurisées, tout en bénéficiant de

⁷⁹³ Y. STRICKLER, *Les biens*, PUF, 2006, p. 148.

⁷⁹⁴ G. MARAIN, « *Le bitcoin à l'épreuve de la monnaie* », *op. cit.* M. Gaëtan Marain propose une analogie pertinente entre l'apparition spontanée de nouvelles formes de monnaie et le pluralisme juridique : « Tôt ou tard, les normes "tout comme la monnaie" issues d'une institution sont amenées à rencontrer la puissance souveraine de l'État. Certaines d'entre elles seront alors intégrées au corpus normatif étatique, tandis que d'autres seront condamnées à rester dans les limbes du non-droit ».

⁷⁹⁵ X. LACAZE et C. LUCAS DE LEYSSAC, « Le paiement en ligne », *JCP G* 2001, n° 10, doct. 302. Sur ce point, v. également B. COURBIS, « Comment l'État confère la qualité monétaire à un avoir ? De la notion de pouvoir libératoire légal », in *Histoire de la monnaie. États et espace monétaire transnational*, P. KAHN (dir.), Litec, 1998, p. 33.

⁷⁹⁶ H. CAUSSE, « La monnaie, discret mais pressant sujet de droit bancaire et financier », *Lexbase hebdo éditions affaires*, 2014, n° 394.

l'anonymat traditionnellement dévolu à la monnaie fiduciaire. L'admission des cryptoactifs au rang de monnaie permettrait, enfin, de dénouer des difficultés d'ordre fiscales, soumettant ces derniers à la TVA, l'impôt sur le revenu et l'impôt sur les sociétés. Jusqu'ici, seules les plus-values réalisées lors de la vente de cryptoactifs faisaient l'objet d'une imposition, par un prélèvement forfaitaire unique de 30 %.

115. Exclusion des cryptoactifs au rang de monnaie. – Cette épineuse décision appartient au législateur : il doit choisir entre continuer d'ignorer les cryptoactifs, les ériger au rang de monnaie, ou, au contraire, trouver une solution intermédiaire satisfaisante. Juridiquement, la solution de facilité serait d'admettre les cryptoactifs au rang de monnaie, aux côtés de la monnaie fiduciaire, la monnaie scripturale et la monnaie électronique. L'admission de la réalisation de ventes à l'aide de cryptoactifs contournerait finalement l'interdiction de principe édictée aux articles 1343-3 du Code civil et L.111-1 du Code monétaire et financier. Seul le critère de la monnaie serait modifié, ce qui permettrait de résoudre toutes les incohérences de la distinction liées à l'apparition des cryptoactifs. Les catégories juridiques existantes ne seraient donc pas affectées par cette évolution. Il n'existe *in fine* aucun véritable argument juridique en défaveur de l'admission des cryptoactifs au rang de monnaie, le droit ayant toujours été enclin à admettre des moyens de paiement spontanés. En réalité, les justifications apportées par les détracteurs des cryptoactifs sont extrajuridiques. Au premier rang figurent ainsi des considérations d'ordre pratique. Il est en effet plus difficile de se procurer des *bitcoins* que des euros, notamment pour certaines tranches d'âge peu familières avec l'informatique. Par ailleurs, la philosophie particulière des cryptoactifs n'est pas partagée de tous et il semblerait indélicat d'imposer une nouvelle forme de monnaie à des individus non consentants.

Politiquement tout d'abord, les cryptoactifs portent atteinte à la souveraineté d'un état⁷⁹⁷. Or, la monnaie nationale est un repère politique en ce qu'elle permet l'établissement d'un espace géographique national. La monnaie constitue à ce titre un symbole de puissance nationale, auquel l'émergence des cryptoactifs porte nécessairement atteinte. À l'échelle nationale, la monnaie constitue de plus un instrument de pouvoir économique. La régulation régaliennne de la masse monétaire permet d'influencer les différents acteurs économiques, si bien que l'apparition des cryptoactifs vient perturber cet équilibre parfois précaire.

Économiquement, les cryptoactifs souffrent pour l'instant d'un problème d'instabilité. En effet, pour constituer une unité de compte et de change efficace, le support de la monnaie

⁷⁹⁷ Cette atteinte à la souveraineté nationale est volontaire : les créateurs de cryptomonnaie avaient pour ambition de créer précisément un système monétaire indépendant de l'appareil étatique.

doit être une réserve de valeur acceptable afin de garantir un certain pouvoir d'achat. Or, depuis sa création, le *bitcoin*, pour ne citer que lui, a connu de grandes variations de valeur. Par ailleurs, toujours dans une perspective économique, les cryptoactifs constitueraient l'instrument de prédilection des organisations terroristes et de celles pratiquant le blanchiment d'argent. En effet, étant hors du circuit bancaire traditionnel et garantissant un grand anonymat, la circulation des cryptoactifs ne fait l'objet que d'un contrôle informatique au sein de la *blockchain*⁷⁹⁸. Le recours à ce vecteur de valeur risquerait également d'offrir de nouvelles possibilités de fraude, ainsi que des risques accrus au regard de la protection des données.

Ainsi, la prise de décision en elle-même, quant au statut à accorder aux cryptoactifs, ne relève pas de considérations juridiques. Elle appartient aux économistes et aux politiques, plus alertes en la matière. Les réponses adoptées à l'international sont tout à fait variables. L'Allemagne, pionnière en la matière, a fait du *bitcoin* une *Rechnungseinheiten* depuis 2013⁷⁹⁹, c'est-à-dire une forme de monnaie privée et non de monnaie légale. La Thaïlande a, en revanche, emprunté une voie opposée puisqu'elle a déclaré les bitcoins illégaux dès 2013⁸⁰⁰.

Bien que les motivations soient très différentes, les contrats supposant une obligation de *facere* et les contrats dont la contrepartie porte sur des cryptoactifs doivent rester soumis au critère du prix monétaire. En revanche, ce dernier doit être abandonné dans deux hypothèses : les contrats supposant une obligation de *dare* ou de *praestare*.

II. DEFORMATION DE CATEGORIES JURIDIQUES PREEXISTANTES

Le critère du prix monétaire doit être abandonné lorsque la contrepartie peut aisément être appréciée économiquement. Ainsi, la dation (A.) ou la mise à disposition d'un bien (B.) peuvent tout à fait constituer un mode de paiement satisfaisant. Ce faisant, les catégories juridiques préexistantes en ressortiront nécessairement déformées.

A. Déformation des obligations translatives de propriété

Afin de résoudre des situations douteuses remettant en cause la pertinence du critère monétaire et nuisant à la cohérence de la distinction, la voie retenue ici sera celle d'un abandon

⁷⁹⁸ Il serait en réalité possible, en pratique, de remonter le flux des cryptomonnaies. La principale différence avec le circuit bancaire traditionnel est que le contrôle y est permanent, alors que les contrôles au sein de la *blockchain* ne sont pas automatiques.

⁷⁹⁹ L'assimilation du *bitcoin* à de la monnaie a été accompagnée de l'instauration d'un régime fiscal particulier : le *bitcoin* est assimilé à un revenu du capital mobilier, taxé de manière forfaitaire jusqu'à 25 % la première année (v. S. DE CHARENTENAY, « Blockchain et Droit : Code is deeply Law », *Gaz. Pal.* 2017, n° 39, p. 15).

⁸⁰⁰ Rapport Sénat, n° 767, sur les enjeux liés au développement du *Bitcoin* et des autres monnaies virtuelles, P. MARINI et F. MARC, p. 95.

du critère du prix monétaire, attribuant de ce fait la qualification de « vente » à l'ensemble des conventions *do ut des*.

116. Intérêt de l'abandon du critère du prix monétaire en matière de vente. – L'intérêt majeur de l'abandon du critère du prix monétaire en matière de vente est la simplicité car disparaîtrait avec lui les difficultés exposées précédemment en matière de vente, notamment l'échange avec soulte, la vente avec prix partiellement monétaire, l'échange de devises, la vente d'un terrain contre construction d'un immeuble⁸⁰¹. Peu importerait dès lors que l'échange s'accompagne d'une soulte, ou que le prix de la vente soit payé par la remise d'un autre bien : le contrat serait toujours qualifié de « vente ». Cela reviendrait finalement à reprendre la conception sabinienne de la vente et assimiler la monnaie à une simple marchandise.

Cette conception radicale n'est accueillie que par une minorité de la doctrine. M. Pierre-Yves Gauthier estime ainsi que « rien n'empêche d'élargir la qualification de la vente, qui en voit bien d'autres par ailleurs (“vente” des billets de train, de football ou de spectacle, par exemple) »⁸⁰². MM. Jérôme Huet, Georges Decocq, Cyril Grimaldi et Hervé Lécuyer se montrent également favorables à une telle assimilation entre la vente et l'échange, l'opération ne constituant à leurs yeux qu'une « double vente »⁸⁰³. Les auteurs relèvent tout d'abord que la formation des deux contrats est semblable : consensualisme, onérosité, commutativité. De même, les différences en matière de régime sont « marginales et ont toutes trait à l'absence de prix. En termes de régime, cette solution ne soulèverait pas de difficulté majeure dans la mesure où les règles de l'échange font déjà référence aux règles applicables à la vente ». Finalement, ces auteurs n'exigent qu'un simple « sacrifice économique »⁸⁰⁴ de la part du vendeur, et non un véritable prix en argent.

⁸⁰¹ Ici, l'acquéreur, souvent un promoteur immobilier, s'engage, en plus de verser un prix, à construire des immeubles sur le terrain et à en remettre des lots au vendeur. Il s'agit donc davantage d'une obligation de donner que de faire, puisque l'acquéreur doit opérer un transfert de propriété des lots à son vendeur.

⁸⁰² P.-Y. GAUTIER, « Vente à un euro : les autres contreparties du transfert de propriété doivent être dûment établies », *RTD civ.* 2005 p. 157.

⁸⁰³ J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LECUYER et J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux, op. cit.*, n° 12002, p. 595. V. également en ce sens l'article de M. Guiget-Schiele, plus affirmé, selon lequel « un amalgame est récurrent : entre « l'absence de prix libellé en monnaie » et « l'absence de prix », il n'y a qu'un pas que doctrine et jurisprudence franchissent bien trop souvent (...). Il semble donc qu'une définition pertinente du prix suppose la conjonction d'une nature et d'une fonction : par nature, le prix est une valeur ; sa fonction est de réaliser un paiement par transfert de cette valeur. Celle-ci peut indifféremment consister en un bien, une somme d'argent, un service, ou tout autre acte ou fait qui produit de la valeur aux yeux de celui à qui elle est destinée. En somme, le prix ne se définit pas par la forme qu'il revêt, mais par la valeur qu'il représente et la fonction qu'il remplit » (Q. GUIGUET-SCHIELE, « Repenser l'échange », *RTD civ.* 2013, p. 539).

⁸⁰⁴ J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LECUYER et J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les principaux contrats spéciaux, op. cit.*, n° 11189, p. 144.

Au contraire, l'admission d'une vente *do ut des* permettrait de résoudre de nombreuses incohérences liées à l'application du critère du prix monétaire (échange avec soulte, prix symbolique). Par ailleurs, l'assimilation des deux catégories contractuelles permettrait aux échangeistes de se prévaloir de la lésion, ces derniers étant jusqu'ici privés de recours lorsqu'ils échangeaient un bien immobilier d'une valeur très inférieure au bien qu'il a lui-même cédé⁸⁰⁵.

117. Arguments en défaveur de la déformation de la catégorie juridique de la vente. – Si l'assimilation de l'échange à la vente peut paraître séduisante compte tenu des incohérences évoquées précédemment, celle-ci ne serait pas non plus sans encombre. Cette assimilation affronterait comme premier obstacle des difficultés liées à l'identité des parties lorsque les prestations « échangées » seraient de nature identique (« vente » *do ut des* et « entreprise » *facio ut facias*). Les régimes de ces deux contrats ne sont pas parfaitement identiques et si beaucoup de règles s'appliquent réciproquement, d'autres sont liées à la personne du vendeur ou de l'acquéreur, notamment en matière de capacité et ont donc une application unilatérale. De même, l'article 1608 du Code civil n'a pas vocation à s'appliquer : comment mettre les frais de port à la charge du vendeur, lorsque les parties sont à la fois vendeur et acquéreur ? Se pose dès lors la question de savoir qui supportera en pratique les frais de livraison. Par ailleurs, le vendeur est tenu, par l'article 1645 du Code civil, d'expliquer « ce à quoi il s'oblige ». Enfin, la garantie légale de conformité issue du Code de la consommation (article 271-4 du Code de la consommation) est applicable uniquement entre professionnel et consommateur, ce dernier étant l'acquéreur. L'application de cette garantie dans le cadre d'un échange doit donc être adaptée aux particularités de ce contrat.

118. Déformation de la catégorie juridique de la vente pour admettre les paiements *do ut des*. – Dans le schéma classique de la vente, une estimation de la valeur économique est réalisée, puis exprimée, en argent. Désormais, deux voies seraient ouvertes aux parties : s'accorder sur une somme d'argent, ou sur un équivalent en nature. Il faut désormais admettre que la valeur économique se traduise aussi bien par de la monnaie que par la remise d'un autre bien. Le prix en sort ainsi élargi : s'il n'était à l'origine constitué que d'une somme d'argent, il peut désormais consister en la remise d'un bien. En revanche, seule la remise d'un bien est admise : un prix ne peut pas porter sur l'exécution d'une prestation de faire.

⁸⁰⁵ Sur ce point, voir B. SOUSI-ROUBI, « Le contrat d'échange », *op. cit.* et Q. GUIGUET-SCHIELE, « Repenser l'échange », *op. cit.* La cour d'appel de Metz a ainsi refusé d'appliquer la lésion à un contrat d'échange alors que la qualification du contrat était douteuse, constituant une excellente application de cette sévérité excessive (Metz, 8 févr. 2000, *JCP G* 2001.II.10520, note S. HOCQUET-BERG).

L'assimilation de la vente à l'échange ne présentera pas de difficulté pratique particulière, compte tenu de leur grande proximité de régime. La qualification de « vente » sera conservée pour cette ancienne catégorie contractuelle, dans la mesure où la majeure partie des opérations réalisées relèveront de ce type de convention. La catégorie serait ainsi « hypertrophiée »⁸⁰⁶. Le choix de la qualification de vente est ici à rapprocher de la logique de la dation en paiement, dans laquelle les parties prévoient *a posteriori* de la conclusion du contrat que le paiement sera réalisé non pas par le versement d'une somme d'argent, mais par la remise d'un bien. Cette assimilation permettra finalement de résoudre les incohérences majeures soulevées par l'échange avec soult et de la vente avec un prix en nature. Peu importe qu'une somme d'argent transite, l'échange de deux biens obéira alors au régime de la vente. Il conviendra toutefois d'établir un corps de règles particulier pour ce type de convention.

M. Jacques Moury soutient toutefois que l'abandon du critère du prix monétaire et l'assimilation de l'échange à la vente constitueraient un « affadissement de la qualification qui n'est pas compatible avec la rigueur indispensable à un raisonnement juridique qui procède, fondamentalement, par catégories »⁸⁰⁷. Considérer cette assimilation comme un affaiblissement de la qualification juridique de « vente » est réducteur. Il est indéniable que la vente connaîtrait une importante évolution, mais celle-ci permettrait de résoudre des incohérences graves engendrées par la rigidité de sa définition. De plus, l'évolution de la société et des technologies nécessite d'adapter des catégories juridiques issues du droit romain.

119. Émergence du critère de la double obligation translatrice de propriété. – Cet élargissement du critère du prix monétaire conduit *in fine* à assimiler les catégories de la vente et de l'échange. Le choix de la qualification pour ce nouveau type de contrat n'emporte que peu de difficulté : la terminologie de « vente » s'impose aisément. Finalement, dans la vente, le prix ne serait plus conçu comme une somme d'argent, mais comme un simple transfert de propriété, d'une somme d'argent ou d'un bien. *In fine*, tous les contrats supposant une double obligation de transférer la propriété, seront désormais qualifiés de « vente ». La catégorie « échange » n'a plus lieu d'être. Cette nouvelle perspective confirme que l'obligation de transférer la propriété est bien l'obligation réellement caractéristique du contrat de vente : peu importe la nature de la contrepartie attendue, le contrat constituera une vente. Ce n'est donc pas

⁸⁰⁶ Cette expression est empruntée à M. Jacques Moury (J. MOURY, « Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente », *op. cit.*), lequel, il convient de le préciser dès à présent, n'est pas favorable à une telle assimilation.

⁸⁰⁷ J. MOURY, « Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente », *op. cit.*

l'existence du prix et sa nature qui permettent de qualifier une convention de « vente », mais l'existence d'une obligation translatrice de propriété.

La vente n'est pas l'unique catégorie de contrat à souffrir d'une déformation au vu de l'évolution du critère du prix monétaire. Les obligations de mise à disposition doivent faire l'objet d'une modification.

B. Déformation des obligations de mise à disposition

Ce travail de reconsidération de la nature monétaire du prix offre la possibilité d'exploiter l'obligation de *praestare*, jusqu'ici regrettamment oubliée⁸⁰⁸. Il s'agira de déformer la catégorie des obligations de mise à disposition afin d'accepter les paiements réalisés à l'aide de la tradition d'un bien, ou d'une seconde mise à disposition.

120. Notion d'obligation de *praestare*. – Le Code civil de 1804 a consacré la célèbre *summa divisio* des obligations selon leur objet : donner, faire et ne pas faire, à partir de la traduction de Pothier⁸⁰⁹ d'une distinction opérée par Paul (« *ad dandum, vel faciendum, vel praestandum* »⁸¹⁰) et Gaius⁸¹¹. Or, si le sens de « *praestare* » reste obscur⁸¹², il semble toutefois plus proche de « procurer, fournir, mettre à disposition » que de « ne pas faire », si bien que la distinction tripartite proposée par Pothier serait donc une version dévoyée⁸¹³ de celle réalisée par les Romains.

⁸⁰⁸ M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85.

⁸⁰⁹ Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Livre premier, titre I, sect. I, IV : l'auteur remanie légèrement la division en remarquant que « *facio ut des* » et « *do ut facias* » ne constituent qu'une même catégorie, et propose d'en prévoir une quatrième dans laquelle le « *do* » ou le « *facio* » est sans contrepartie, ce qui couvre la donation ou le service gratuit. Plus généralement, v. J. HUET, « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », in *Etudes J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 425.

⁸¹⁰ PAUL, Dig. 2, 3. V. également PAUL, Dig. 44, 7, 3 : « *obligationum substantia non in eo constitit, ut aliquid corpus nostrum vel aliquam servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* » (« la substance des obligations ne consiste pas à nous rendre propriétaire d'une chose ou titulaire d'une servitude, mais à astreindre une autre personne envers nous soit à transférer la propriété, soit à faire, soit à fournir quelque chose »).

⁸¹¹ GAIUS, Cass. com. 4 §2 « *in personam actio est, quotiens cum aliquo agimus, qui nobis vel ex contractu, vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus, dare, facere, praestare oportere* » (« il y a action personnelle, chaque fois que nous agissons avec autrui, qui est obligé envers nous soit à la suite d'un contrat, soit à la suite d'un délit, à donner, à faire ou à fournir »).

⁸¹² P.-F. GIFFARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Rousseau, 1918, p. 452, note 1, qui confesse que le sens du mot « *praestare* » est obscur, tout en considérant qu'il s'agit vraisemblablement d'une subdivision du « faire ». V. aussi, sur la notion de mise à disposition, Ph. SIMLER, « Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *J.-Cl. civ.*, Art. 1136 à 1145, 2004. Le verbe *praestare* signifie étymologiquement se tenir en avant (v. P. LEGENDRE, *Leçons III, Dieu au miroir, Etude sur l'institution des images*, Fayard, 1994, p. 227), mais a ensuite reçu diverses acceptions. Au sens qui nous intéresse ici, *praestare* se traduit par « mettre à la disposition, procurer, fournir » (v. « *praesto, praestare* » in *Dictionnaire illustré latin-français*, F. GAFFIOT (dir.), Hachette, 1934).

⁸¹³ J. HUET, « Des distinctions entre les obligations », *RDC* 2006, n° 1, p. 89.

Si l'ensemble des controverses a porté sur l'existence de l'obligation de *dare*, quelques rares auteurs se sont toutefois intéressés à l'obligation de *praestare*⁸¹⁴. La définition contemporaine de l'obligation de *praestare* rejoint celles des romanistes : elle « s'identifie à l'obligation caractéristique des contrats qui organisent le transfert d'usage d'une chose »⁸¹⁵, pouvant finalement « se traduire par mettre à disposition »⁸¹⁶. La mise à disposition peut être définie comme l'opération qui pèse sur une personne de transférer l'usage d'une chose vers une autre afin que cette dernière l'utilise à son profit⁸¹⁷. se retrouvant dans tous les contrats de mise à disposition tels que le louage de chose, le bail et le crédit-bail.

Certains auteurs estiment que l'obligation de *praestare* n'a aucune autonomie au regard de l'obligation de *facere*⁸¹⁸ ou de *dare*⁸¹⁹. D'autres reconnaissent au contraire l'indépendance de l'obligation de *praestare*, au motif que celle-ci « ne se retrouverait pas aussi systématiquement dans toutes les définitions romaines si elle n'avait vraiment nulle spécificité »⁸²⁰, de sorte qu'elle formerait ainsi une catégorie juridique à part entière⁸²¹. Compte tenu des modifications terminologiques apportées par la réforme de 2016 à propos de la classification des obligations, l'autonomie de l'obligation de *praestare* ne sera pas discutée ici. L'obligation de *praestare* sera toutefois utilisée de manière à distinguer les obligations non translatives de propriété qui supposent l'exécution d'une prestation (les « véritables » obligations de faire), de celles qui n'impliquent qu'une mise à disposition, peu importe que ces dernières constituent, ou non, une subtilité des premières.

⁸¹⁴ Sur ce point, v. N. DECOOPMAN, « La notion de mise à disposition », *RTD civ.* 1981, p. 300.

⁸¹⁵ G. PIGNARRE, « A la redécouverte de l'obligation de *praestare* », *RTD civ.* 2001, p. 41. Sur ce travail définitionnel, v. également la définition de M. Beudant selon laquelle l'obligation de *praestare* consiste « à livrer la chose, autrement dit à en conférer ou à en restituer soit la possession, soit même la simple détention, comme il arrive, par exemple, dans le louage » (Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, 2^e éd., t. VIII, Rousseau & Cie, 1936, n° 166, p. 114). De même, M. Gazzaniga définit l'obligation de *praestare* comme celle de « livrer une chose corporelle au créancier sans lui transférer la propriété » (J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, coll. Droit fondamental, 1992, n° 7, p. 19).

⁸¹⁶ A. SERIAUX, *Droit civil. Contrats civils*, PUF, droit fondamental, 2001, n° 5 et *adde infra* n° 7.

⁸¹⁷ C. VIGNEAU, « L'institutionnalisation du travail intérimaire en Europe », Institut universitaire européen de Florence, 1997, n° 150.

⁸¹⁸ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, *op. cit.*, p. 472 – F.-C. DE SAVIGNY, *Traité de droit romain*, Firmin Didot, 1846, t. 5, appendice XIV, XXVIII, p. 584.

⁸¹⁹ C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Auguste Durand et L. Hachette et Cie, 1868, n° 303, p. 281.

⁸²⁰ J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, *op. cit.*, n° 7, p. 19.

⁸²¹ En ce sens v. G. PIGNARRE, « A la redécouverte de l'obligation de *praestare* », *RTD civ.* 2001, p. 41. Mais v. *contra* : M. Alibert selon lequel la mise à disposition traduit un état de fait et non un état de droit (B. ALIBERT, « Le contrat de travail temporaire », *Dr. soc.* 1974, p. 14) et MM. Antoine Lyon-Caen et Jacques de Maillard pour qui la mise à disposition relève davantage de la description que de la qualification juridique (A. LYON-CAEN et J. DE MAILLARD, « La mise à disposition de personnel », *Dr. soc.* 1981, p. 320).

121. Confrontation de l'obligation de *praestare* à la nature monétaire du prix. –

L'obligation de *praestare* se distingue de l'obligation de *facere* au sens strict en ce qu'elle porte sur un corps certain, qui existe au moment de la conclusion du contrat. Dans ces conditions, il est aisé de réaliser une estimation de la valeur économique de l'objet du contrat et, *a fortiori*, de la mise à disposition de celui-ci. L'obligation de *praestare* doit, sur ce point, être rapprochée de l'obligation de *dare*. Dès lors que la valeur économique de l'objet du contrat est aisée à estimer, le prix n'a pas nécessairement à être monétaire. En revanche, le prix doit être déterminé lors de la conclusion du contrat.

Les conventions « *praesto ut praestes* » ou « *do ut praestes* » ne doivent plus être soumises au critère du prix monétaire. La première catégorie n'emporte aucune difficulté particulière. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle un bien est mis à disposition en échange d'un autre bien, à l'instar de la location d'un bail contre un autre bail⁸²². Sans aucune difficulté, les obligations étant similaires, le contrat sera qualifié de bail. Les conventions *do ut praestes* posent en revanche un problème de qualification, dans la mesure où, selon le point de vue adopté, il s'agira à la fois d'une vente et d'une mise à disposition. Le « vendeur » cède un bien, contre l'usage à durée déterminée d'un autre, le « disposant » met son bien à disposition, contre la propriété d'un autre. Il serait ici logique de favoriser la qualification découlant de l'obligation de *praestare*, dans la mesure où le contrat relève davantage de la philosophie de la mise à disposition que de la vente.

La catégorie des obligations supposant une mise à disposition sera nécessairement déformée par cette opération, tout comme celles de vente et d'échange. Si pénible que soit cette modification, elle s'avère toutefois nécessaire, car plus conforme à la réalité du monde des affaires contemporain.

⁸²² Rennes, 2 oct. 2009, n° 08/08851.

CONCLUSION DE LA SECTION II

Le critère du prix monétaire est remis en cause par la pratique et doit être partiellement abandonné, au profit d'une distinction entre d'une part les obligations de transférer la propriété et de mettre à disposition et, d'autre part, les obligations d'exécuter une prestation.

122. L'application du critère du prix monétaire, en ce qu'il distingue les contrats nommés de l'échange et des contrats innommés, se révèle parfois, si ce n'est souvent, très incohérente en pratique. En effet, le critère est en lui-même défaillant et se révèle inapplicable à de nombreuses situations hybrides. L'argent peut tout d'abord devenir une modalité de l'échange, comme dans l'échange avec soulte, qualifié « d'échange », alors même qu'une somme d'argent circule. À l'inverse, certains « paiements » sont réalisés à l'aide d'une somme d'argent, en témoignent ainsi les ventes à prix symboliques. La prestation devient alors une modalité de paiement.

Mais le critère du prix monétaire peut également sembler désuet, voire obsolète, du fait des évolutions sociologiques et technologiques. C'est ainsi le critère en lui-même qui est parfois remis en cause, car de nouvelles formes de monnaie apparaissent et se popularisent : l'exemple le plus pertinent est celui des cryptoactifs, bien qu'à moindre échelle, la question se pose également à propos des paiements réalisés à l'aide de points issus d'un programme de fidélité. C'est également parfois la distinction en elle-même qui est remise en cause : la cession de ses données personnelles et de ses droits de propriété intellectuelle par l'utilisateur d'un service en ligne pourrait ainsi constituer la contrepartie onéreuse à l'utilisation de ce service.

123. Tous ces éléments et incohérences conduisent naturellement à questionner la pertinence du maintien du critère du prix monétaire en droit positif. Le juriste ne se satisfaisant pas des situations peu rigoureuses, plusieurs options s'offrent alors à lui : élargir le critère ou l'abandonner, de manière restrictive dans le seul contrat de vente, ou plus généralement, dans l'ensemble des contrats, chacune de ces voies offrant leur lot d'avantages et des inconvénients.

Sera retenue ici une solution en demi-teinte, conduisant à l'abandon partiel du critère du prix monétaire et déformant certaines catégories juridiques. La vente sera ainsi assimilée à l'échange, compte tenu de la facilité des parties à estimer la valeur économique des biens dans le cadre de ces contrats. Pour les mêmes raisons, les obligations impliquant la mise à disposition d'un bien ne se verront également plus appliquer le critère du prix monétaire. En revanche, les conventions comportant une autre obligation devront demeurer exclues de cet élargissement, pour des questions de faisabilité de l'estimation économique réalisée. L'usage de monnaies

alternatives ne peut, pareillement, constituer un prix, bien que les motivations soient cette fois-ci d'ordre économique, et surtout politique.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

S'il est largement admis que le prix exprime la valeur économique, la question du support de celle-ci renouvelle le débat et conduit à admettre une nouvelle définition de celui-ci.

124. La nature monétaire du prix, en tant qu'unité de mesure de la valeur économique, a longtemps été affirmée : le prix exprime la valeur économique à travers une somme d'argent, et plus particulièrement en euro.

Appliqué au droit des contrats, il ressort d'une étude comparative des différents contrats spéciaux nommés que ceux-ci n'envisagent qu'un prix en argent, venant ainsi confirmer l'expression économique de la valeur à travers un prix monétaire. La nature monétaire du prix conduit finalement à une distinction aisée : le prix permet, entre autres, de distinguer la vente de l'échange, tout comme il permet la distinction entre les contrats spéciaux nommés et leur jumeau innommé.

125. La nature monétaire du prix doit cependant être discutée, et ce tout d'abord parce qu'il existe des incohérences dans le système conçu par le droit positif, mais également parce que l'évolution des technologies a rendu le critère du prix monétaire obsolète. C'est ainsi tantôt l'étalon en lui-même qui est remis en cause, par l'émergence de nouvelles formes de monnaies, tantôt la distinction qui semble désuète.

Le prix doit faire l'objet d'une nouvelle définition permettant de résoudre les incohérences du système précédent, mais la réponse apportée à l'ensemble de ces perturbations reste modérée. La voie retenue sera celle de la reconsidération partielle du critère, conduisant à une nouvelle définition du prix, dans le seul cadre du contrat de vente. Le terme de « prix »

désigne ainsi désormais une somme d'argent ou, dans le cadre de la vente ou des contrats de mise à disposition, le bien constituant la contrepartie d'une obligation translatrice de propriété, ou de mise à disposition. Positivement, la valeur économique s'exprime désormais, dans ce type de conventions, à travers un prix qui peut porter sur une obligation monétaire ou sur une obligation de transférer la propriété (échange) ou de mise à disposition (obligation de *praestare*). Une exclusion doit toutefois être formulée : ne peut constituer une vente les transactions dans laquelle une obligation translatrice de propriété a pour contrepartie une monnaie alternative, notamment des cryptoactifs, car cela contreviendrait, pour l'instant, au cours légal de la monnaie étatique. Négativement, l'exécution d'une obligation de faire, en contrepartie de la remise d'un bien ou d'une prestation de service, ne peut être qualifiée de « prix » au sens du droit des obligations, bien qu'elle exprime une valeur économique. Sont ainsi exclues de cette nouvelle définition les obligations *do ut facias* et *facio ut facias*, lesquelles doivent connaître un régime particulier, *sui generis*, qu'il est nécessaire de créer.

Conclusion du titre I

Les liens existant entre le prix juridique et la valeur économique sont bien réels, le premier exprimant tant intellectuellement que matériellement la seconde.

126. La relation entre le prix et la valeur s'avère à sens unique, en ce que le prix exprime juridiquement la valeur. Celle-ci constituant une notion abstraite doit nécessairement faire l'objet d'une traduction dont le prix constitue le support, à travers la mise en œuvre du mécanisme estimatoire. Ce dernier aboutit à un résultat nécessairement imparfait, objet de l'accord des volontés subjectives des parties. L'appréhension de la valeur économique par le droit se révèle complète. Si l'accueil réservé à la valeur d'usage se révèle disparate, la valeur d'échange est précisément règlementée à travers le régime du prix.

127. La relation entre le prix juridique et la valeur économique n'est pas simplement d'ordre intellectuel. En effet, l'efficacité du commerce a imposé un consensus quant à l'unité de mesure utilisée. Les grands modèles contractuels se sont alors construits autour du principe de la nature monétaire du prix : pour être qualifié de « prix » au sens juridique du terme, la valeur économique devait ainsi être exprimée sous la forme d'une somme d'argent. Mais l'évolution de la vie des affaires a conduit à reconsidérer la nature monétaire du prix, si bien qu'aujourd'hui il semble nécessaire d'accorder la qualification de « prix » à toutes les obligations de transférer la propriété, dans le cadre de la vente, et de mise à disposition. En revanche, les « ventes de service » et toutes les conventions impliquant une obligation de faire resteront soumises au

principe de la nature monétaire du prix, tout comme les obligations impliquant des monnaies virtuelles.

L'expression du prix étant acquise, il convient désormais de s'intéresser à l'opération suivante à laquelle sont confrontées les parties : l'estimation de la valeur économique.

Titre II

Expression convenue de la valeur par le prix

Lorsque Portalis énonce qu'« on appelle prix la portion ou la somme d'argent qui, comparée à cette valeur, *est réputée* lui être équivalente »⁸²³, il prend bien soin de ne pas affirmer catégoriquement que le prix est l'équivalent de la valeur.

La prohibition de la lésion à l'article 1168 du Code civil illustre la volonté du droit de consacrer l'expression conventionnelle de la valeur par le prix. Est ainsi distingué le juste prix, du prix convenu par les parties. Si le prix exprime certes la valeur, il n'exprime celle-ci qu'aux yeux des parties, et non de manière absolue. Le prix est donc hautement subjectif, alors que la valeur se révèle finalement objective.

Lorsqu'il énonce que « dans la mesure où l'on ne sait pas dire si un prix est juste ou pas, on préfère s'intéresser à la façon dont est déterminé le prix »⁸²⁴, M. Gérard Denis toutefois commet une erreur partielle d'interprétation. S'il est en effet certain que la question de la titularité de la détermination du prix a retenu l'attention des juristes depuis les années 1980, ainsi que celle du législateur en 2016 (chapitre I), la justesse des prix ne demeure pas en reste. L'analyse des textes révèle en effet le souci du législateur de prévenir l'apparition de déséquilibre économique lors de la formation du contrat (chapitre II).

⁸²³ J.-É.-M. PORTALIS, *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil*, Firmin Didot Frères, 1838, p. 598.

⁸²⁴ G. DENIS, « Quelques anomalies en matière de prix », in *Les exigences en matière de prix*, F. FERRIER (dir.), *JCP E, Cah. et dr. Entr.*, 1997, n° 4/5, p. 23.

CHAPITRE I

TITULARITE DE L'ESTIMATION

Si « notre droit postule que le prix doit être défini par les parties »⁸²⁵, il n'existe, à l'exception de l'article 1591 du Code civil, aucune trace d'une exigence légale d'une quelconque obligation conjointe de détermination du prix. Les textes afférant à la validité des différents contrats spéciaux ne formulent en effet pas d'exigence de bilatéralité quant à la formation de la convention⁸²⁶. Tout au plus, les articles 1101 et 1102 du Code civil énoncent-ils respectivement que « le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes » et que « chacun est libre (...) de déterminer le contenu (...) dans les limites fixées par la loi ». La règle serait issue d'une interprétation de l'ancien article 1129 du Code civil : « puisque la détermination initiale de la chose est convenue par les parties, la détermination ultérieure ne saurait être unilatérale »⁸²⁷. Il serait également possible d'affirmer que les règles de droit commun en matière de contenu du contrat se situent dans la partie du code relative à la

⁸²⁵ A. BRUNET et A. GHOZI, « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », *D.* 1998, p. 1.

⁸²⁶ En matière de bail, l'article 3 de la loi du 6 juillet 1989 impose simplement que le prix soit déterminé lors de la conclusion du contrat. Il en va de même, l'article L. 112-4 du Code des assurances, l'article 1907 du Code civil pour les intérêts, l'article 6 de la loi du 2 janvier 1970 concernant les contrats de mandat ou de courtage conclus entre les agents immobiliers et leurs clients et l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971 en matière de fixation d'honoraires d'avocat. L'ensemble de ces articles ne formule qu'une simple exigence temporelle (le prix doit être déterminé lors de la conclusion du contrat), et ne donne aucune indication quant à l'identité du maître du prix.

⁸²⁷ Th. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet du contrat », *in L'unilatéralisme et le droit des obligations* Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *Economica*, 1999, p. 31.

formation de celui-ci, signifiant que « cet élément doit entrer dans l'accord des volontés entre les deux parties »⁸²⁸. Une telle justification paraît peu convaincante au regard de l'importance de la question soulevée, puisque « la détermination unilatérale du prix remet en cause le postulat de l'égalité des parties qui sert de fondement à la théorie de l'autonomie de la volonté »⁸²⁹.

Il n'existe finalement aucune disposition formelle contraignant les parties à une détermination conjointe du prix, seule une lecture exégétique du droit commun permettant d'aboutir à une telle conclusion⁸³⁰. En l'absence d'une règle civiliste absolue quant à l'identité de celui ou ceux sur qui repose la charge de l'estimation de la valeur, rien ne s'oppose à la survenue d'hypothèses de fixation unilatérale du prix. Cette liberté d'apparence aura permis l'émergence d'opportunités de fixation bilatérale du prix, aujourd'hui consacrée aux articles 1164 et 1165 du Code civil, issus de l'ordonnance du 10 février 2016. En effet, « le droit civil a considérablement évolué en ce qui concerne la validité d'un prix déterminable, la volonté de l'une des parties ne devant plus être écartée »⁸³¹. La transformation de la vie des affaires et les nécessités de la pratique ont ainsi conduit à l'émergence de situations dans lesquelles il est traditionnellement admis que le prix ne soit fixé que par l'une des parties, tant dans les contrats-cadres⁸³², que dans les contrats d'entreprise et de mandat⁸³³. La question de l'identité du maître du prix est ainsi souvent étudiée de pair avec celle du moment de la fixation du prix, la problématique étant alors résumée sous le nom « d'indétermination du prix ». Bien que le problème soit précisément celui de la potestativité dans la fixation du prix, ce choix sémantique s'explique par l'assimilation entre un prix indéterminé et un prix unilatéralement fixé.

⁸²⁸ L. LEVENEUR, « La détermination du prix dans les contrats », in *Mélanges Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 1057.

⁸²⁹ J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, II, 3^e éd., LGDJ, 1993, n^o 134, p. 114.

⁸³⁰ Une telle remarque a déjà été faite à propos de la nature monétaire du prix (cf. *supra* n^o 122 et 123).

⁸³¹ Ch. LARROUMET, *Les obligations. Le contrat*, III, 5^e éd. Economica, coll. Droit civil, 2003, note ss n^o 395, p. 371.

⁸³² L'indétermination du prix au sein des contrats cadre est un outil de lutte contre l'imprévision, tant au regard d'une éventuelle dépréciation de la monnaie que d'une évolution du prix des produits concernés. En effet, « tenter de déterminer dans la convention "cadre" le prix d'un produit ou d'un service futur, c'est évidemment prendre le risque de se tromper et de nuire à la bonne exécution du contrat en même temps qu'au fonctionnement normal du marché, si les critères de détermination ne sont pas bien choisis » (M. JEOL et J. GHESTIN, « Revirement de jurisprudence en matière de nullité pour indétermination du prix », *JCP G* 1996.II.22565). La jurisprudence s'est alors engagée sur une voie « aussi sinueuse qu'incertaine », refusant l'admission de la fixation unilatérale du prix, jusqu'à la série d'arrêts de 1995 (J. MOURY, « La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre », *AJ Contrat* 2016, p. 123).

⁸³³ Il est de longue date admis que les contrats d'entreprise et de mandat sont valables à défaut d'accord des parties sur le prix lors de la formation de celui-ci (Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1973 : « un accord préalable sur le montant exact de la rémunération due, à l'occasion d'un contrat de louage d'ouvrage n'est pas un élément essentiel à la validité d'un contrat de cette nature »). Cette souplesse se justifie dans la mesure où il est fréquent que les parties ne puissent pas, à l'avance, déterminer précisément l'étendue de la prestation à réaliser.

Issus de la réforme de 2016, les articles 1163, 1164 et 1165 ont consacré l'équilibre jurisprudentiel préétabli en établissant une règle supplétive de droit commun, autorisant la fixation unilatérale du prix (section I), ainsi qu'en consacrant impérativement cette dernière au sein des contrats-cadres et de prestation de service (section II).

SECTION I

REGLE SUPPLETIVE DE DROIT COMMUN

Le droit commun ne semble pas avoir dégagé de règle impérative en matière de fixation du prix : ni la détermination ni l'indétermination ne sont consacrées (§1). La lecture des textes semble toutefois suggérer l'existence d'une règle supplétive, admettant la fixation unilatérale du prix *a posteriori*, en l'absence de prévision par les parties (§2).

§1 – Absence de règle impérative dégagée par la réforme

La réforme de 2016 n'a pas consacré de règle de droit commun consacrant un principe général de détermination (I.) ou d'indétermination du prix (II.).

I. ABSENCE DE CONSECRATION D'UN PRINCIPE GENERAL DE DETERMINATION DU PRIX

Tant le fondement de l'article 1163 du Code civil (A.), que l'interprétation, en creux, de celui-ci (B.) se révèlent insuffisant pour déduire de la réforme de 2016 un principe général de détermination du prix.

A. Absence de consécration explicite

Le recours à l'article 1163 du Code civil afin de consacrer la détermination bilatérale du prix lors de la formation du contrat révèle une lecture traditionnelle des relations contractuelles (1.). Celle-ci s'avère pourtant erronée, tant d'un point de vue formel, que contextuel (2.).

1. Lecture traditionnelle de la détermination du prix

Selon cette première interprétation, l'article 1163 du Code civil poserait un principe de détermination du prix, dont les articles 1164 et 1165 constitueraient les exceptions.

128. Principe de détermination du prix posé par l'article 1163 du Code civil. – De nombreux auteurs, qu'ils soient anciennement favorables à la détermination ou à l'indétermination du prix, ont interprété l'article 1163 du Code civil en faveur d'une fixation conjointe⁸³⁴. Cette disposition énonce en effet que « l'obligation a pour objet une prestation

⁸³⁴ A. BENABENT, *Droit des obligations*, 16^e éd., LGDJ-Lextenso, coll. Précis Domat, 2017, p. 135, n° 163 – J.-S. BORGHETTI, « Fixation et révision du prix », *RDC* 2018, n° hors série, p. 25 – Y. BUFFELAN-LANORE et L. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil: les obligations*, Sirey, 2018, n°s 1312 et s., p. 443 et s. – M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., PUF, coll. Thémis droit, 2016, n°s 397 et s., p. 428 et s. – B. FAGES, *Droit des obligations*, 8^e éd., LGDJ, 2018, p. 165 et s., n° 178 et s. – D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, 3^e éd., Bruylant, coll. Paradigme, 2017, n°s 385 et s., p. 251 et s. – Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, *Droit des obligations*, 14^e éd., LexisNexis, 2017, n°s 266 et s., p. 243 et s. – M. PORCHY-SIMON, *Droit civil 2e année: les obligations 2019*, 11^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2018, n° 236, p. 132.

présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable ». Cette exigence rappelle très nettement celle formulée par l'article 1591 du Code civil, en vertu duquel le prix doit être « déterminé par les parties », la jurisprudence ayant assoupli cette exigence au seul prix « déterminable ». Le prix déterminé est celui sur lequel les deux parties se sont accordées. Le prix déterminable est celui pour lequel les parties se sont seulement accordées sur des éléments permettant une fixation unilatérale.

La détermination ou déterminabilité du prix constituerait ainsi une condition de validité du contrat : celui-ci encourt la nullité en l'absence d'accord des parties sur le prix ou sur des éléments permettant la fixation de celui-ci. *In fine*, le prix doit être conclu lors de la conclusion du contrat pour que le contrat soit valable, le prix constituant à la fois une exigence structurelle⁸³⁵, ainsi qu'une garantie de protection contre l'arbitraire de l'autre partie. À ce titre, « on a quelque peine à appréhender la valeur d'une "volonté de contracter" qui n'accorde aucune place à l'un des éléments essentiels du contrat »⁸³⁶. Le cheminement intellectuel paraît tout à fait naturel : qui s'engagerait sans connaître le prix ?

L'article 1163 du Code civil poserait donc un principe de fixation bilatérale *a priori* de droit commun, c'est-à-dire applicable à l'intégralité des contrats. Le prix fixé unilatéralement et *a posteriori* est donc assimilé à un prix indéterminé, la potestativité s'opposant à une véritable détermination. La règle de l'article 1163 transcenderait finalement les règles applicables à chaque contrat spécial, qu'elles soient légales, ou jurisprudentielles.

Par l'article 1163 du Code civil, le législateur aurait ainsi donné sa faveur au bilatéralisme, consacrant de ce fait une vision traditionnelle des relations contractuelles. MM. François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette estiment ainsi que « le libre accord des volontés individuelles constitue, pour le plus grand nombre d'entre eux, le moins mauvais moyen de s'approcher du prix juste »⁸³⁷. De surcroît, ces auteurs jugent que la consécration d'un principe général d'indétermination du prix ne constituerait en aucun cas une forme de progrès, et que mieux vaudrait à leurs yeux « inviter les parties à résoudre elles-mêmes la question de la détermination du prix plutôt que de leur permettre de faire l'impasse sur celle-ci et de s'en décharger sur le juge ». MM. Flour, Aubert et Savaux partagent les inquiétudes de ces auteurs

⁸³⁵ J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités, op. cit.*, n° 188, p. 163.

⁸³⁶ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. L'acte juridique*, 15^e éd., 2012, n° 237-1, p. 229.

⁸³⁷ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 10^e éd., 2009, n° 291, p. 306.

et jugent la généralisation de l'indétermination du prix dangereuse, compte tenu notamment du « risque de développement excessif des contentieux ».

129. Les articles 1164 et 1165 du Code civil, exceptions au principe de détermination posé à l'article 1163. – La pratique et les errements jurisprudentiels des années 1980 et 1990 l'auront prouvé, la fixation unilatérale du prix *a posteriori* s'avère parfois nécessaire. Il peut être difficile pour les parties d'estimer à l'avance la valeur économique de la prestation à réaliser. Le plus simple est alors d'exécuter le contrat afin d'estimer une appréciation économique plus réaliste et de fixer le prix *a posteriori*. Ces possibilités doivent toutefois rester exceptionnelles « compte tenu du danger qu'il y aurait à autoriser une fixation unilatérale du prix dans tous les contrats (...) »⁸³⁸.

Le législateur aurait parfaitement intégré ces exigences et assorti l'article 1163 de deux importantes exceptions, que constituent les articles 1164 et 1165 du Code civil. M. Denis Mazeaud le souligne, si ces derniers autorisent la fixation unilatérale, c'est nécessairement par exception à l'article 1163 qui les proscri⁸³⁹. Dès lors, les contrats-cadres et les contrats de prestation de services échapperaient au dogme général de la détermination du prix et bénéficieraient de leur propre corps de règles. Les articles 1164 et 1165 autorisent expressément une fixation unilatérale du prix dans ces hypothèses. L'indétermination du prix est toutefois plus explicite dans le second de ces articles. L'article 1164 envisage simplement une fixation unilatérale, alors que l'article 1165 envisage clairement une fixation unilatérale *a posteriori*. En effet, afin de pallier l'éventuel défaut d'accord des parties avant l'exécution du contrat, le législateur a prévu une possibilité de fixation unilatérale, par définition *a posteriori* de l'exécution contractuelle.

Bien qu'il soit tenu compte des particularités des contrats de prestation de services et des contrats-cadres, cette vision de l'articulation entre les articles 1163, 1164 et 1165 se révèle simpliste et repose sur une lecture erronée de l'article 1163 du Code civil.

⁸³⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 février 2016 texte n° 25. Cette citation est en réalité partiellement inexacte, en ce qu'elle énonce par la suite que « le champ de ce texte a été limité aux contrats cadre ». Or, une seconde hypothèse de fixation unilatérale du prix a été prévue par la réforme au sein des contrats de prestation de services.

⁸³⁹ D. MAZEAUD, « Propos conclusifs », in *Le juge et le prix après la réforme*, *RDC* 2017, n° 3, p. 577.

2. Lecture erronée de la détermination du prix

En réalité, l'article 1163 ne peut poser de principe de détermination du prix, car cette disposition n'est, tout simplement, pas formellement applicable au prix, et ce pour deux raisons. La première est que celui-ci vise la prestation, et non la contrepartie monétaire. La seconde est qu'aucune précision n'est apportée quant à une éventuelle potestativité, ce qui est surprenant compte tenu de l'ampleur et de l'importance du contentieux sur ce point.

130. Distinction entre le prix et la prestation. – Le premier argument à opposer à l'application de l'article 1163 du Code civil au prix est relatif à l'usage du terme « prestation ». Cette disposition vise en effet la déterminabilité de la prestation. La règle n'est pas nouvelle : il n'y a aucun doute sur le fait que le vendeur et l'acheteur doivent s'accorder sur l'objet de la vente, quand bien même il serait futur, ou l'avocat et son client sur la prise en charge de son dossier par le professionnel, dans l'espoir d'une issue favorable.

Sémantiquement, la règle ne peut pourtant pas être appliquée à la contrepartie financière que constitue le prix. L'article 1163 du Code civil est clair sur ce point : « obligation a pour objet une prestation ». L'obligation du créancier ne soulève pas de difficulté, il s'agit d'exécuter une prestation, quelle qu'elle soit. La notion est alors très largement entendue et ne doit pas être limitée aux prestations de services. En revanche, l'objet de l'obligation du débiteur mérite d'être précisé : il s'agit de procéder au paiement, c'est-à-dire de verser les fonds exigés par le créancier. Le débiteur a donc un rôle actif. Le montant prix en lui-même ne constitue ainsi pas une prestation à part entière, mais un élément de la prestation du débiteur⁸⁴⁰. Le prix n'est ni une catégorie de prestation ni d'objet, au sens de l'ancien article 1108 du Code civil. La preuve en est : les manuels de droit des obligations consacrent systématiquement une sous-partie à part au prix, lorsqu'est abordée la question du contenu du contrat. Au soutien de cette prétention, le rapport au Président de la République se montre également révélateur, lorsque, après avoir détaillé l'article 1163 du Code civil, il énonce que « les dispositions suivantes s'intéressent plus particulièrement au prix »⁸⁴¹.

⁸⁴⁰ V. *contra* M. Denis Mazeaud qui ne voit aucune opposition à l'application de l'article 1163 au prix au motif que « d'une part, si la loi est restée muette, c'est parce qu'à l'évidence le prix constitue une prestation. D'autre part, et surtout, l'article 1163 formule son exigence en termes généraux. Or, là où la loi ne distingue pas, l'interprète ne peut pas distinguer et, en l'occurrence, réduire son champ d'application. L'article 1163 a vocation à s'appliquer à toutes les prestations, qu'elles soient non monétaires ou monétaires » (D. MAZEAUD, « Propos conclusifs », *op. cit.*)

⁸⁴¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25.

La règle se révèle également contraire à l'esprit du texte. En affirmant sa volonté de « tenir compte de l'évolution de la pratique et de la jurisprudence développée depuis quatre arrêts d'assemblée plénière du 1er décembre 1995 »⁸⁴², le législateur fait donc de l'article 1163 du Code civil une refonte assumée de l'ancien article 1129. Si la Cour de cassation a refusé d'appliquer l'article 1129 au prix en 1995⁸⁴³, ce n'est donc pas pour que celui-ci soit assimilé à une prestation en 2016.

Par ailleurs, lorsque le législateur vient à désigner la prestation monétaire, la référence est explicite : le mot « prix » figure 185 fois dans le Code civil, au sein de 140 dispositions différentes. La pudeur du législateur trouve difficilement à s'expliquer, d'autant qu'il n'hésite pas à se référer, le cas échéant, à la « valeur de la prestation » (articles 1112-1, 1136 et 1139 du Code civil) ou au « montant de la contrepartie » (article 1166 du Code civil). En toute logique, le prix ne peut constituer à la fois la contrepartie, et la valeur de celle-ci. Le législateur vise par ailleurs directement le prix dans les articles 1164 et 1165 du Code civil : il semble donc difficile d'envisager que ces trois articles doivent faire l'objet d'une articulation conjointe, alors que le même champ lexical n'est pas retenu.

131. Absence de précision quant à la potestativité. – M. Denis Mazeaud, défenseur d'un principe de détermination général du prix, énonce que « en vertu de l'article 1163, il n'est plus possible, en principe, de conclure un contrat sans fixer le prix ou sans arrêter, dès sa conclusion, les modalités ultérieures de sa fixation. Autrement dit, désormais, le prix doit être soit déterminé *ab initio*, soit déterminable, en fonction d'une clause qui permette de le fixer ultérieurement, sans qu'un nouvel accord de volontés des contractants soit nécessaire et, *a fortiori*, sans qu'il soit possible à un contractant de le fixer unilatéralement ultérieurement⁸⁴⁴ ». Si ces deux premières possibilités ont été reprises par l'article 1163 du Code civil (clause de déterminabilité du prix, absence d'accord des parties), M. Denis Mazeaud exclut peut-être trop rapidement l'éventuelle potestativité⁸⁴⁵, c'est-à-dire une fixation dépendant entièrement de la volonté du

⁸⁴² Cass. ass. plén., 1. 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.578, *Bull. A.P.*, n° 7, p. 13, *Compagnie du téléphone* ; *JCP G* 1996, II, 22565, concl. M. JEOL, note J. GHESTIN ; *D.* 1996, jurispr. p. 13, concl. M. JEOL, note L. AYNES ; *JCP E* 1996, 776, note L. LEVENEUR ; *JCP N* 1996, n° 13, p. 493, étude D. BOULANGER ; *LPA* 27 déc. 1995, p. 11, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS – Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688, *Bull. A.P.*, n° 9, p. 16, *Société Le Montparnasse* – Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.999, *Bull. AP* n° 7, p. 13, dit *Cofratel*.

⁸⁴³ Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688, *Bull. A.P.*, n° 9, p. 16, *Société Le Montparnasse*.

⁸⁴⁴ D. MAZEAUD, « Propos conclusifs », *op. cit.*

⁸⁴⁵ En toute rigueur, l'emploi du terme « potestativité » à propos de la fixation unilatérale du prix est critiquable. L'analogie entre la fixation unilatérale du prix et la condition potestative est inopportune. L'article 1304-2 du Code civil énonce en effet qu'est « nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur ». La condition étant définie à l'article 1304 comme un événement futur et incertain et peut être suspensive ou résolutoire. Si la détermination du montant du prix constitue bien un événement futur et

créancier⁸⁴⁶. La définition donnée de la déterminabilité par l'article 1163 n'exclut en aucun cas l'influence de la volonté de l'une des parties sur le contenu du contrat, bien au contraire.

Si l'article 1163 du Code civil avait réellement vocation à s'appliquer au prix, il est certain qu'une précision aurait été apportée en ce sens, compte tenu notamment de l'importance du contentieux en la matière. À l'inverse, l'article 1121-4 du projet Catala énonçait « l'obligation doit avoir pour objet une chose déterminée ou déterminable, à la condition que, dans ce dernier cas, l'étendue de l'engagement ne soit pas laissée à la seule volonté de l'une des parties ». La lecture de l'article 1163 du Code civil laisse pourtant à penser que la fixation unilatérale du prix pourrait être « déduite du contrat », car conventionnellement prévue, ou résulter d'un usage, venant ainsi tordre « alors utilement le cou à la définition du prix déterminable donné par la Cour de cassation depuis 1925 <https://www.lextenso.fr/projet/lextenso/rootdir/sites/lextenso/libraries/htmltodocx> »⁸⁴⁷.

Une telle formulation de la déterminabilité manque de rigueur et crée une faille dans laquelle les partisans de l'indétermination du prix n'hésiteront pas à s'insérer⁸⁴⁸. Conscient de l'importance du contentieux en la matière, il est difficile d'imaginer que le législateur ait pu commettre une telle maladresse.

L'inapplication de l'article 1163 du Code civil au prix peut revêtir plusieurs significations. Il est tout d'abord possible de n'en tirer aucune conséquence particulière à propos de la problématique de la détermination du prix : l'article 1163 est inapplicable, ce qui ne condamne pas pour autant la fixation bilatérale *a priori*. Telle sera la perspective retenue ici. En revanche, de nombreux auteurs ont opéré des déductions particulièrement extensives : l'inapplication de l'article 1163, ainsi que sa juxtaposition aux articles 1164 et 1165, traduirait la consécration d'un principe général d'indétermination du prix. Cette thèse mérite d'être analysée afin de révéler les limites du raisonnement⁸⁴⁹. Mais une troisième voie reste envisageable. Selon les fervents défenseurs de la détermination du prix, l'inapplicabilité de

incertain, celle-ci n'a en revanche aucun effet ni suspensif ni résolutoire, si bien qu'il est impossible d'assimiler la fixation unilatérale du prix à une condition potestative. L'idée même de potestativité, en ce qu'un événement est entièrement soumis au bon vouloir d'une des parties, innerve toutefois les deux mécanismes et justifie le recours à une terminologie identique.

⁸⁴⁶ Si la fixation unilatérale du prix à l'initiative du débiteur est notamment admise en droit américain (UCC, 2-305), cette hypothèse demeure difficile à concevoir en pratique. Selon le Doyen Carbonnier, en effet, « la proposition “tu me paieras ce que tu voudras” (...) ne fera pas un contrat » (J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, IV, 21^e éd., PUF, coll. Thémis, 1998, n° 55, p. 116).

⁸⁴⁷ C. AUBERT DE VINCELLES, « Article 1163 : la fixation unilatérale du prix », *RDC* 2015, n° 3, p. 752.

⁸⁴⁸ Cf. *infra* n° 135.

⁸⁴⁹ Cf. *infra* n° 134.

l'article 1163 du Code civil au prix ne fait toutefois pas obstacle à la consécration du principe : il suffit de recourir à un autre fondement.

B. Absence de consécration implicite

Le scénario le plus satisfaisant intellectuellement aurait été celui de la consécration d'un principe général de détermination du prix, à l'article 1163 du Code civil, assorti de deux exceptions. Bien que reconnaissant l'impossibilité d'appliquer l'article 1163 du Code civil au prix, certains auteurs continuent d'affirmer la consécration implicite, par la réforme, d'un principe de détermination général du prix⁸⁵⁰.

132. Maintien du principe et de ses exceptions. – Selon cette thèse soutenue par une minorité de la doctrine⁸⁵¹, les articles 1164 et 1165 du Code civil ne pourraient constituer que des exceptions à un principe général de détermination du prix, lequel n'aurait pas été codifié.

Cette théorie s'appuie, comme la précédente⁸⁵², sur une vision traditionaliste du contrat, faisant la part belle à la volonté des contractants et au sein de laquelle l'immixtion judiciaire doit être très limitée. La réforme irait bien en ce sens puisque la volonté des parties demeure un élément récurrent de l'élaboration du contrat⁸⁵³, et également de son exécution⁸⁵⁴. Compte tenu de la prééminence du rôle de la volonté au sein du processus contractuel, les articles 1164 et 1165 du Code civil ne peuvent constituer que des exceptions au principe général de détermination du prix. Au soutien de cette prétention, il est ainsi rappelé que « ces deux articles restent eux-mêmes sous-tendus par l'idée qu'en principe c'est l'accord des parties qui doit déterminer le prix »⁸⁵⁵. En effet, la fixation unilatérale issue de l'article 1164 est d'origine conventionnelle⁸⁵⁶. De même, l'article 1165 du Code civil n'envisage la fixation unilatérale qu'à défaut d'accord des parties.

133. Consécration implicite à écarter. – Le principe général de détermination du prix pourrait se déduire des articles 1164 et 1165 du Code civil. Puisque l'ordonnance a

⁸⁵⁰ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2e éd., Dalloz, 2018, p. 360, n° 410 et 415 – T. DOUVILLE, *La réforme du droit des contrats: commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Gualino, 2016, p. 128 – J. GHESTIN et F. LABARTHE, « Observations générales », *LPA* 2015, n° 177, p. 17 – F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – innovations – perspectives*, Dalloz, 2016, n°s 123.41 et s., p. 71 et s.

⁸⁵¹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, n°s 397 et s., p. 428 et s. – J. GHESTIN, « Observations », *LPA* 2009, n° 31, p. 5.

⁸⁵² Cf. *supra* n° 128.

⁸⁵³ En témoigne ainsi l'article 1101 du Code civil.

⁸⁵⁴ L'article 1195 du Code civil subordonne ainsi la révision judiciaire pour imprévision à un « accord commun » des parties. À défaut d'accord, le contrat pourra être résolu.

⁸⁵⁵ J. GHESTIN et F. LABARTHE, « Observations générales », *op. cit.*

⁸⁵⁶ Cf. *infra* n° 149.

expressément prévu deux situations dans lesquelles le prix est soumis à la volonté d'une partie, c'est bien que le principe demeure celui de la fixation bilatérale. Si un principe de détermination du prix devait être consacré, ce serait par déduction, implicitement. Par conséquent, afin de clarifier le débat, les partisans d'une telle lecture appellent donc de leurs vœux l'introduction d'un nouvel article, plus explicite. La formulation d'une telle demande, à peine la réforme publiée, s'avère paradoxale. Pourquoi le législateur n'aurait-il pas saisi l'opportunité soulevée par la réforme et adopté la règle ? Cette timide consécration laisse donc perplexe, d'autant que le postulat de départ sur lequel elle repose semble erroné.

Aucun principe de détermination du prix n'a donc été consacré par la réforme, tant sur le fondement de l'article 1163 du Code civil, tant sur celui, plus implicite, de la « normalité » du bilatéralisme. Il convient, par conséquent, d'analyser les arguments invoqués par la seconde moitié de la doctrine, en faveur de l'adoption d'un principe général d'indétermination du prix.

II. ABSENCE DE CONSECRATION D'UN PRINCIPE GENERAL D'INDETERMINATION DU PRIX

Peu après la publication des arrêts de 1995, les auteurs se sont interrogés quant à la validité de la clause faisant référence aux tarifs du vendeur, du fournisseur ou du prestataire dans un les contrats de vente, dite « clause-catalogue ». Si certains n'étaient pas dérangés et se justifiaient derrière les exigences de la pratique⁸⁵⁷, il convient de reconnaître qu'il existait une importante dissonance au sein du droit positif. En effet, ces clauses étaient valables au sein des contrats-cadres, mais pas dans les contrats de vente classiques. Des auteurs ont alors appelé de leurs vœux une généralisation totale de l'indétermination du prix afin d'appliquer notamment ce principe à la vente⁸⁵⁸ et invoquaient, au soutien de leurs prétentions, tant la généralité de la formule employée en 1995⁸⁵⁹ (« l'article 1129 n'est pas applicable à la détermination du prix »), que la jurisprudence postérieure. La Cour de cassation a en effet reconnu la validité d'un prix fixé unilatéralement dans des conventions autres que les contrats-cadres : contrats de location-

⁸⁵⁷ Ch. JAMIN, « La détermination du prix : les apports au droit des contrat cadre », *RTD com.* 1997, p. 19 – M. JEOL et J. GHESTIN, « Revirement de jurisprudence en matière de nullité pour indétermination du prix », *op. cit.* – Th. REVET, *La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat, in L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Economica, coll. Etudes juridiques, 1999, p. 31.

⁸⁵⁸ C. AUBERT DE VINCELLES, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *D.* 2006, p. 2629 – J. MOURY, « La détermination du prix dans le "nouveau" droit commun des contrats », *D.* 2013, p. 1116 – H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11^e éd., Dalloz, 2000, n° 151-154.

⁸⁵⁹ Cass. ass. plén, 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688, dit *Société Le Montparnasse*, *Bull. A.P.* n° 9, p. 16.

gérance de fonds de commerce⁸⁶⁰, concession exclusive⁸⁶¹, contrat de franchise⁸⁶², location de matériel⁸⁶³, dépôt-vente⁸⁶⁴, taux d'intérêt⁸⁶⁵. Dans un arrêt en date du 12 mai 2004⁸⁶⁶, la première Chambre civile a même précisé que « l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable à la détermination du prix *en toute matière* ». Cette voie n'avait toutefois pas été suivie, à l'époque, par la Cour de cassation qui a continué d'exiger que le prix soit bilatéralement fixé par les parties lors de la conclusion du contrat de vente⁸⁶⁷.

Les partisans de l'indétermination du prix ont interprété l'ambiguïté de la réforme dans un sens favorable à leur cause, en considérant, à l'inverse, que les articles 1163, 1164 et 1165 du Code civil consacraient un principe général d'indétermination du prix⁸⁶⁸. La règle serait donc inversée par rapport à l'analyse précédente : le principe serait l'indétermination du prix et les articles 1164 et 1165 en constitueraient une application particulière. Feraient alors figure d'exceptions les contrats soumis, par l'effet de la loi ou de la jurisprudence, à la détermination du prix.

Le principe d'indétermination du prix, tel qu'issu de la réforme et interprété par la doctrine manque de précision. L'interprétation de la réforme dans le sens de l'admission d'un principe général d'indétermination du prix présente deux difficultés majeures, d'un point de vue formel. La première repose sur l'absence d'assise textuelle à la reconnaissance d'un tel principe, difficulté également rencontrée par les partisans de la détermination du prix (A.). De même, si les articles 1163, 1164 et 1165 venaient à consacrer la validité du contrat en l'absence

⁸⁶⁰ Cass. com. 10 févr. 1998, n° 95-21.906.

⁸⁶¹ Cass. com. 11 juin 1996, n° 94-16.866.

⁸⁶² Cass. com. 27 janv. 1998, n° 96-11.874.

⁸⁶³ Cass. com. 17 juill. 2001, n° 99-13.553.

⁸⁶⁴ Cass. com. 25 avr. 2001, n° 98-13.101.

⁸⁶⁵ Cass. com., 9 juill. 1996, *Defrénois* 1996, p. 1363, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 1996, II, 22721, note J. STOUFFLET ; *CCC* 1996, comm. 182, obs. L. LEVENEUR. Il convient toutefois de rappeler que le droit de la consommation prohibe les taux d'intérêt variables (articles R. 311-6 à R. 331-9 du Code de la consommation), v. Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1996, *D.* 1997, 303, note I. FADLALLAH.

⁸⁶⁶ Cass. civ. 1^{re}, 12 mai 2004, n° 03-13.847, *RDC* 2004, n° 4, p. 925, obs. D. MAZEAUD, à propos d'une clause prévoyant le remboursement anticipé d'un prêt. La portée de cette décision, non publiée, doit toutefois être relativisée en ce que, en l'espèce, la contrepartie monétaire ne constituait pas un prix, ce qui révèle dès lors des risques de dérive (cf. *infra* n° 139).

⁸⁶⁷ Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1998, n° 96-13414, *Bull. civ.* I 1998, n° 81, p. 54 (à propos d'une cession d'actions, est censurée la cour d'appel qui, « en se déterminant ainsi par des éléments extérieurs à l'acte de cession [...] a procédé à une fixation judiciaire du prix ») – Cass. civ. 1^{re}, 28 nov. 2000, n° 98-10.433 ; *CCC* 2001, n° 40, obs. L. LEVENEUR – Cass. civ. 3^{ème}, 29 janv. 2003, n° 01-02.759, *Bull. civ.* III, n° 23, *RDC* 2004, n° 2, p. 340, obs. Ph. BRUN et n° 01-03.707, *Bull. civ.* III, n° 24, *RTD civ.* 2003, p. 517, obs. P.-Y. GAUTIER.

⁸⁶⁸ J. MOURY, « La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats », *op. cit.* – C. AUBERT DE VINCELLES, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *op. cit.*

d'accord des parties quant au montant du prix, une difficulté pratique surviendrait malgré tout, en ce qu'aucune précision n'est apportée concernant l'identité du maître du prix (B.).

A. Défaut de fondement légal du principe général d'indétermination du prix

La question du fondement d'un principe général d'indétermination du prix mérite d'être examinée. À l'instar de ce qui a été vu dans l'hypothèse d'un principe général de détermination du prix, aucun fondement légal invoqué ne se révèle réellement convaincant.

134. Indétermination du prix déduite de l'inapplication de l'article 1163 du Code civil à la prestation monétaire, et de la proximité formelle des articles 1164 et 1165. – L'inapplication de l'article 1163 du Code civil à la prestation monétaire est fréquemment invoquée par les partisans de l'indétermination du prix afin de conclure à l'existence d'un tel principe général⁸⁶⁹. S'il est certain que cet article ne peut s'appliquer au prix⁸⁷⁰, en déduire un principe général d'indétermination du prix est un peu hâtif et révèle un problème de logique. L'article 1163 du Code civil exige en effet que l'objet du contrat soit déterminé ou, à défaut déterminable. Or, cet article est inapplicable au prix. Déceler une consécration de l'indétermination de celui-ci dans l'article 1163 du Code civil revient à appliquer cet article *a contrario*, alors qu'il a justement été déclaré inapplicable à la contrepartie monétaire. Il n'y a aucun lien entre l'inapplication de cet article et la consécration d'un principe général d'indétermination du prix. Cela ne signifie pas que le prix n'a pas à être déterminé, mais qu'il ne peut l'être en vertu de l'article 1163 du Code civil.

La règle apparaîtrait finalement en négatif des articles 1164 et 1165 du Code civil⁸⁷¹. L'article 1163 n'est pas applicable au prix et, par ailleurs, ces articles admettent la fixation unilatérale, donc le principe serait l'indétermination. Le raisonnement paraît hâtif : ce n'est pas parce que le prix ne doit pas être déterminé dans les contrats-cadres et les contrats de prestation de services qu'il doit l'être dans tous les autres contrats. Par ailleurs, Mme Gwendoline Lardeux le souligne, la présentation de la règle surprend : « pourquoi alors ne pas avoir édicté une règle de portée générale rappelant que le prix peut, sauf disposition légale contraire, ne pas être déterminé lors de la conclusion du contrat et, à l'inverse, avoir rappelé ce principe pour seulement deux types de conventions particulières : les contrats-cadres (art. 1164) et les contrats

⁸⁶⁹ P. PUIG, « Le prix dans les contrats de prestation de services », in *Le droit spécial des contrats à l'épreuve du nouveau droit commun*, G. LARDEUX, A. SERIAUX et V. EGEE (dir.), PUAM, 2017, p. 57 – G. LARDEUX, « Le contrat de prestation de services dans les nouvelles dispositions du code civil », *D.* 2016, p. 1659.

⁸⁷⁰ Cf. *supra* n° 130.

⁸⁷¹ C. GRIMALDI, « La fixation du prix », *RDC* 2017, n° 3, p. 558 – J. MOURY, « Retour sur le prix : le champ de l'article 1163, alinéa 2, du Code civil », *D.* 2017, p. 1209.

de prestation de services (art. 1165) ? On peut y voir deux inconvénients, en effet : d'une part, cela peut faire douter de la portée de la règle de l'indéterminabilité possible du prix dans les nouvelles dispositions du Code civil dont il faut reconnaître que la lettre n'est alors pas plus claire que celle de l'article 1129 actuel - cette règle ne serait-elle pas en définitive réservée à ces deux seuls contrats ? - ; d'autre part, comme toute référence à des conventions particulières, celle-ci soulève inévitablement des problèmes de qualification »⁸⁷².

Les articles 1164 et 1165 ne constitueraient donc pas des exceptions, mais des « aménagements au régime qui, dans l'indétermination de l'article 1163, ressort en négatif de ces trois textes »⁸⁷³. Une importante incohérence est toutefois relevée par les auteurs⁸⁷⁴ : s'il découle implicitement de l'article 1163 une indétermination généralisée du prix, pourquoi l'avoir assortie des articles 1164 et 1165 du Code civil ? L'articulation de ces dispositions soulève donc un problème de logique.

135. Assimilation du prix dépendant de la volonté d'une partie à un prix déterminable.

– L'admission d'un principe général de détermination peut également découler d'une lecture particulière de l'article 1163 du Code civil : la stipulation d'une clause prévoyant la fixation unilatérale du prix, rendant celui-ci dépendant de la volonté d'une partie, constituerait un prix déterminable. Là réside finalement la grande nouveauté, car depuis 1925⁸⁷⁵ la Cour de cassation refuse, du moins en matière de vente, que le prix déterminable dépende de la volonté d'une partie⁸⁷⁶.

Cette position est défendue par Mme Aubert de Vincelles et s'appuie sur la jurisprudence *Alcatel*⁸⁷⁷ en vertu de laquelle la référence à un tarif rendait le prix déterminable. Celle-ci espère depuis de nombreuses années une nouvelle définition de la déterminabilité : « il serait donc souhaitable que soit reconnu valable, de manière générale, le procédé de fixation unilatérale du prix et que le juge abandonne sa définition du caractère déterminable du prix,

⁸⁷² G. LARDEUX, « Le contrat de prestation de services dans les nouvelles dispositions du code civil », *op. cit.*

⁸⁷³ J. MOURY, « La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats », *op. cit.*

⁸⁷⁴ C. AUBERT DE VINCELLES, « Article 1163 : la fixation unilatérale du prix », *op. cit.* – Ch. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations : le contrat*, 9^e éd., Economica, 2018, n^{os} 383 et s., p. 351 et s.

⁸⁷⁵ Cass. req. 7 janv. 1925, *DH* 1925. 57, *GAJC* n^o 260 : « si le prix d'une vente doit être déterminé et désigné par les parties, il n'est pas nécessaire que le montant en soit fixé, dans le principe, d'une manière absolue. Il suffit, pour la formation de la vente, que le prix puisse être déterminé, en vertu des clauses du contrat, par voie de relation avec des éléments qui ne dépendent plus de la volonté, ni de l'une ni de l'autre des parties ».

⁸⁷⁶ Cette prohibition de principe a toutefois été quelque peu assouplie par l'admission des clauses d'*earn out* (cf. *infra* n^o 201), ce qui accrédite, à leurs yeux, la thèse des partisans de l'indétermination du prix.

⁸⁷⁷ Cass. civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, n^o 91-21.009, *Bull. civ.* I, n^o 348, p. 251 ; *JCP G* 1995.II.22371, note L. AYNES ; *D.* 1995, p. 122, note J. GHESTIN ; *JCP E* 1995.II.62, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1995, p. 358, obs. J. MESTRE ; *RTD com.* 1995, p. 464, obs. B. BOULOC.

identique depuis 1925 en matière de vente, peu importe qu'il dépende de la volonté de l'une des parties : le prix est déterminable dès lors que les parties ont matérialisé leur accord par une clause contractuelle établissant un mode de calcul du prix clairement identifiable »⁸⁷⁸. Si l'auteure estime qu'une telle interprétation rendrait inopérants les articles 1164 et 1165⁸⁷⁹, cela n'est pas tout à fait exact dans la mesure où le procédé de détermination du prix qui y est retenu est plus contraignant. La solution de droit commun envisagée est plus souple que celle retenue aux articles 1164 et 1165, ceux-ci constituant donc bien un aménagement de la règle.

Cette hypothèse avait été expressément rejetée par l'avant-projet Catala, l'article 1121-4 indiquant que « l'obligation doit avoir pour objet une chose déterminée ou déterminable, à la condition que, dans ce dernier cas, l'étendue de l'engagement ne soit pas laissée à la seule volonté de l'une des parties ». L'imprécision de l'article 1163 du Code civil est donc surprenante, en ce qu'elle ouvre grande la voie à une indétermination généralisée du prix. Mme Françoise Labarthe, pourtant favorable à la détermination du prix, reconnaît ainsi qu'« il existe ainsi en germe au sein même de l'article 1163 un risque d'indétermination généralisée du prix. En précisant que “la prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties”, selon le sens donné aux termes “prestation” et “usages”, l'interprétation du texte est susceptible de bien des nuances »⁸⁸⁰.

Le risque serait en effet d'introduire une clause prévoyant la fixation unilatérale du prix au sein du contrat de vente.

L'existence d'un fondement légal explicite n'est pas le seul obstacle à la reconnaissance d'un principe général d'indétermination du prix au sein de la réforme. Le manque de précision quant à l'identité du maître du prix *a posteriori* constitue également un frein.

B. Imprécision quant à l'identité du maître du prix a posteriori

L'admission d'un principe général d'indétermination du prix soulève des difficultés de mise en œuvre. L'indétermination du prix permet certes au contrat d'être valable, malgré l'absence d'accord des parties quant au montant de la prestation. Mais la pratique exige qu'une fois celle-ci exécutée, le montant de sa valeur économique soit estimé afin de procéder au

⁸⁷⁸ C. AUBERT DE VINCELLES, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *op. cit.*

⁸⁷⁹ C. AUBERT DE VINCELLES, « Article 1163 : la fixation unilatérale du prix », *op. cit.*

⁸⁸⁰ F. LABARTHE, « Observations de Françoise Labarthe », *LPA* 2009, n° 31, p. 63.

paiement. La question est donc de savoir qui, du débiteur, du créancier ou des deux cocontractants, doit y procéder.

136. Mécanismes envisageables de fixation du prix *a posteriori* envisagés par M. Grimaldi⁸⁸¹. – Plusieurs modèles de détermination du prix ont été détaillés par M. Grimaldi. Parmi les cinq systèmes envisagés, trois d’entre eux ne font pas de la détermination du prix une condition de validité du contrat et se distinguent par les modalités de la fixation postérieure.

Il est en effet possible d’envisager que le prix soit fixé postérieurement « par un accord des parties et, à défaut d’accord, par un tiers. Lorsqu’il est prévu, lors de la conclusion du contrat, un mode de détermination, celui-ci ne peut dépendre de la volonté d’une des parties ». Le prix est ici indéterminé lors de la conclusion du contrat, mais la fixation postérieure est bilatérale. Il est également envisageable que, à l’inverse, « lorsqu’il est prévu, lors de la conclusion du contrat, un mode de détermination, celui-ci peut dépendre de la volonté d’une des parties ». Plus radicalement enfin, il est possible que le prix soit postérieurement fixé à l’initiative d’une partie seulement. M. Grimaldi distingue donc le prix dépendant de la volonté de l’une des parties, du prix fixé à l’initiative d’une partie. La nuance est particulièrement subtile : il semblerait que, dans le premier cas, la volonté du maître du prix ne soit pas totale, s’exprimant corrélativement avec des éléments prédéterminés. Ce modèle est à rapprocher du prix déterminable tel que défendu par Mme Carole Aubert de Vincelles⁸⁸². En revanche, dans la seconde hypothèse, le prix est intégralement fixé par le créancier, sans que sa liberté connaisse aucune entrave.

Si les articles 1164 et 1165 du Code civil sont clairement partisans d’une fixation unilatérale par l’une des parties seulement, le « droit commun de l’indétermination du prix » n’en envisage aucune. M. Grimaldi estime pour sa part que, dans le creux des textes, le système à retenir serait celui d’une fixation conventionnelle, pouvant dépendre de la volonté partielle de l’une des parties. Ce raisonnement est conforme avec la logique juridique traditionnelle. En effet, l’établissement d’un droit spécial, tel que prévu par les articles 1164 et 1165 du Code civil, a pour but de déroger à une règle générale, que celle-ci soit, ou non, plus contraignante. Puisque les articles 1164 et 1165 prévoient une liberté totale dans la fixation unilatérale du prix, « l’indétermination du prix de droit commun » relèverait donc d’un système de fixation unilatérale « partielle », nécessitant des éléments de fixation prédéterminés sur lesquels la

⁸⁸¹ C. GRIMALDI, « « La fixation du prix », *op. cit.*

⁸⁸² Cf. *supra* n° 135.

volonté du cocontractant pourrait influencer. Le mécanisme retenu, conforme à l'idée d'une « déterminabilité » influencée par la volonté d'une partie, rejoint finalement la proposition de Mme Carole Aubert de Vincelles⁸⁸³.

Le mécanisme serait donc le suivant : les parties pourraient choisir de déterminer, ou non, le prix lors de la conclusion du contrat. En cas d'absence d'accord sur le prix, la fixation aurait alors lieu bilatéralement *a posteriori*, ou serait confiée à un tiers, en cas d'un probable désaccord des parties. L'identité du tiers devra sûrement être précisée lors de la conclusion du contrat, comme c'est le cas en matière de vente à dire de tiers. Les parties pourraient également prévoir conventionnellement des éléments permettant une fixation ultérieure, lesquels dépendraient alors partiellement de la volonté d'une partie. Le pouvoir du créancier ne serait alors pas purement potestatif, mais simplement potestatif.

Il n'y a finalement aucun argument juridique s'opposant à l'admission d'un principe général d'indétermination du prix. Assimiler à un prix déterminable le prix sur lequel une des parties exerce sa volonté est donc un choix davantage politique que juridique. Au demeurant, il convient d'étudier la pertinence des arguments soulevés par les partisans de la généralisation de la détermination ou de l'indétermination du prix.

§2 – Caractère supplétif de la fixation unilatérale du prix *a posteriori*

La règle édictée par la réforme de 2016 ne reposerait pas sur la logique traditionnelle du principe et de l'exception, mais sur celle, non moins traditionnelle, de l'impérativité et de la supplétivité. Il ne s'agirait donc pas de catégoriser l'ensemble des hypothèses de détermination ou d'indétermination du prix, afin de faire prévaloir une règle sur l'autre : ce système s'avère bien trop rigide (I.). En réalité, il conviendrait d'accorder un principe de liberté aux parties et de ne voir dans l'indétermination du prix qu'une règle supplétive, en cas de défaut de prévision des parties (II.).

I. RIGIDITE DE LA GENERALISATION

Ne constituent une solution satisfaisante ni la généralisation de la détermination (A.) ni celle de l'indétermination du prix (B.)

⁸⁸³ Cf. *supra* n° 135.

A. Impossibilité d'une détermination du prix généralisée

Les années 1980 et 1990 auront démontré la nécessité d'admettre, occasionnellement, la fixation unilatérale du prix *a posteriori*. L'indétermination du prix propose des avantages tant théoriques que pratiques indiscutables, et notamment celui d'être en harmonie avec les différentes législations étrangères.

137. Bénéfices de l'indétermination du prix. – L'admission de la généralisation de l'indétermination du prix se justifie dès lors qu'elle favorise les échanges économiques, comme ce fut le cas pour le contrat d'entreprise ou le contrat-cadre. Si l'arbitraire absolu suscite des craintes justifiées, l'indétermination du prix offre également d'importants avantages pratiques. Mme Carole Aubert de Vincelles s'en fait ainsi l'avocate, en affirmant que « la fixation unilatérale d'une prestation, même par l'une des parties, est une nécessité de la vie des affaires dans bien des circonstances, ce qui explique sa large acceptation dans les droits environnants <https://www.lextenso.fr/projet/lextenso/rootdir/sites/lextenso/libraries/htmltodocx>. L'unilatéralisme n'est pas intrinsèquement néfaste <https://www.lextenso.fr/projet/lextenso/rootdir/sites/lextenso/libraries/htmltodocx>, comme en témoigne son incontestable présence dans le droit contemporain, qu'il s'agisse de la rupture unilatérale ou même des contrats d'adhésion dont le processus est similaire, et pour le contrôle duquel les règles juridiques se sont adaptées généralement par le biais de l'abus. S'agissant des prestations principales et particulièrement du prix, il est légitime de considérer qu'une régulation existe en amont, principalement par les règles concurrentielles qui veillent à assurer un marché loyal, sans compter la vigilance naturelle des parties quand sont en jeu les prestations principales. Il est donc raisonnable de penser que la fixation unilatérale du prix par la volonté d'une seule des parties, postérieurement à la conclusion du contrat, reste un phénomène marginal dans les seules relations d'affaires qui le nécessitent et qu'elle n'est pas inévitablement source d'abus. L'essentiel est de prévoir des garde-fous (...) »⁸⁸⁴. Pour résumer, « unilatéralisme ne rime pas avec arbitraire et (...) le fait qu'une seule des parties soit à l'origine du contrat, de son prix ou de l'un quelconque de ses éléments, ne devrait rien avoir de choquant dès lors qu'existe un mécanisme de contrôle »⁸⁸⁵.

138. Harmonie avec les législations étrangères. – Cette vision serait également davantage en harmonie avec les législations étrangères et européennes, le droit français paraissant isolé

⁸⁸⁴ C. AUBERT DE VINCELLES, « Article 1163 : la fixation unilatérale du prix », *op. cit.*

⁸⁸⁵ C. AUBERT DE VINCELLES, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *op. cit.*

face à ses équivalents européens. En effet, dans aucun de ces pays, la problématique de la fixation unilatérale du prix n'a trouvé un écho aussi important qu'en France et la majorité d'entre eux admet ainsi sans difficulté la fixation unilatérale du prix⁸⁸⁶.

Le cas de la Belgique est particulièrement révélateur sur ce point, dans la mesure où les articles 1129, 1591 et 1592 du Code civil belge sont identiques à ceux issus du Code civil français. Confrontée à des problématiques similaires, la cour d'appel de Bruxelles a estimé dès 1982 que le « contrat de bière » ne pouvait être assimilé à un contrat de vente, sa validité n'étant pas subordonnée à l'existence d'une clause de prix. Le droit belge n'a pas réalisé le même amalgame que le droit français et n'a jamais rattaché la question de la fixation unilatérale à celle de la détermination du prix. Les contrats litigieux ont ainsi été annulés en application de la théorie de la lésion qualifiée, pour cause de contrariété à l'ordre public du comportement visant à abuser la partie faible au contrat⁸⁸⁷. La similarité des législations belge et française est encore une fois très instructive quant à l'admission de la fixation unilatérale du prix. La formule consacrée en la matière par le droit belge est la suivante : « le prix doit être certain, c'est-à-dire déterminé, ou tout au moins déterminable. Il faut, en d'autres termes, si le prix n'est pas fixé par le contrat, qu'il existe des éléments objectifs qui permettront de le fixer. Un prix qui serait laissé à l'entière discrétion du vendeur ou de l'acheteur n'est pas un prix certain »⁸⁸⁸. Mais, sous un apparent refus de l'unilatéralisme, l'exigence d'éléments « objectifs » formulée par le droit belge a en réalité été dévoyée par le pragmatisme de la pratique, qui se montre davantage encline que le droit français à « sauver » des contrats⁸⁸⁹.

Les tentatives d'harmonisation européenne et internationale du droit des contrats ont nécessairement conduit leurs rédacteurs à s'interroger quant à la fixation du prix. La réponse

⁸⁸⁶ § 315 (1) du BGB allemand, article 1474 du Code civil italien, article 8 du Sale of Goods acts anglaise, article 2-305 (3) du Uniform Commercial Code américain. Sur le droit danois et plus généralement, v. A. PRÜM, « Les exigences de prix dans les contrats internationaux », in *Exigences en matière de prix*, F. FERRIER (dir.), *JCP E, Cah. et dr. Entr.*, 1997, n° 4/5, p. 32. V. également I. CORBISIER, « La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises. Réflexions comparatives », *RIDE* 1988, n° 4, p. 767 – I. CORBISIER, « La validité de la clause de révision unilatérale des taux d'intérêts en Europe, droits belge, luxembourgeois, néerlandais et allemand », *Rev. Aff. Eur.* 1993, n° 3, p. 35 – B. NICHOLAS, « Certainty of price » in *Comparative and private international law, Essays in honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*, Berlin, 1990, p. 247 – R. SEFTON-GREEN, « La validité de la clause de révision unilatérale des taux d'intérêts en Europe, droit anglais », *Rev. Aff. Eur.* 1993, n° 3, p. 44 – M. PEDAMON, « La détermination du prix : les apports du droit comparé : les solutions allemandes en matière de détermination du prix », *RTD com.* 1997, p. 67 – F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, n° 24-41, p. 135.

⁸⁸⁷ I. CORBISIER, « La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises. Réflexions comparatives », *op. cit.*

⁸⁸⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, 3^e éd., Bruylant, 1972, n° 36.

⁸⁸⁹ I. CORBISIER, « La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises. Réflexions comparatives », *op. cit.*

est unanime : l'intégralité des textes retient ainsi une fixation unilatérale, sans aucune difficulté. Ainsi, l'article 5.1.7 des Principes Unidroit de 1994 envisage la possibilité d'une fixation unilatérale déraisonnable (« lorsque le prix qui doit être fixé par une partie s'avère manifestement déraisonnable »). De même, l'article 14 de la Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises en 1980 envisage à demi-mot l'unilatéralisme (« une proposition est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix »). Postérieurement l'article 6:107 des Principes de droit européen des contrats de 2003 se prononce plus explicitement en faveur de l'unilatéralisme (« lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé unilatéralement par une partie »), tout comme l'article 31 des CEC de 2001 (« si la détermination du contenu du contrat est déferée à l'une des parties contractantes ou à un tiers »), l'article 9 du Cadre commun de référence et l'article 74 de la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente (« lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par une partie »).

Si l'indétermination du prix présente des avantages certains, la règle ne peut toutefois pas être généralisée à l'ensemble des contrats.

B. Impossibilité d'une indétermination du prix généralisée

Le refus d'appliquer l'article 1163 au prix ou une lecture de cette disposition en faveur de l'indétermination du prix pourrait ainsi conduire à une généralisation de celle-ci. Le droit commun serait ainsi l'indétermination du prix. Il est toutefois permis de s'interroger quant à l'opportunité d'une telle généralisation. Il était certainement nécessaire, en 1995, de reconnaître la fixation unilatérale du prix dans les contrats-cadres, car l'« indétermination du prix » découlait des exigences de la pratique. Les contrats s'exécutant sur une longue période ne peuvent être soumis à des exigences similaires de ceux à exécution instantanée. En revanche, de nombreux contrats, instantanés ou non, n'ont aucun bénéfice pratique à tirer de l'indétermination du prix (contrat de vente, contrat de travail, contrat de location), d'autant que des « dispositions légales particulières » prévoient explicitement le recours à la détermination du prix⁸⁹⁰. Il n'est, ainsi, pas certain que l'indétermination du prix présente un intérêt économique à grande échelle⁸⁹¹. Au-delà, trois difficultés s'élèvent à l'encontre de l'admission de la généralisation de l'indétermination du prix : un risque de dérive vers l'indétermination du

⁸⁹⁰ Cf. *infra* n° 141.

⁸⁹¹ F. LABARTHE, « Observations de Françoise Labarthe », *op. cit.*

contenu du contrat (1.), l'imprécision de la notion de disposition légale particulière (2.) et l'importance des contrats de consommation (3.).

1. Risque de dérive vers l'indétermination du contenu du contrat

La généralisation de l'indétermination du prix comporte un important risque de dérive, en ce que la Cour de cassation pourrait être tentée d'appliquer ce principe à des contreparties ne constituant pas des prix, qu'il s'agisse d'obligations de faire ou de sommes d'argent, accessoires à l'obligation principale du contrat. L'indétermination passerait alors du prix au contenu du contrat, hypothèse devant être condamnée.

139. Inapplication de l'indétermination du prix aux contrats innommés dépourvus de prix. – C'est finalement au regard des contrats innommés que se situe le véritable enjeu de la question d'un principe général d'indétermination du prix, d'autant que cette catégorie de contrats n'a cessé de s'étendre ces dernières années. Les contrats innommés sont, en effet, soumis au droit commun des contrats et, par conséquent, à la détermination ou l'indétermination du prix selon le choix opéré par le législateur. Pour rappel, les contrats innommés peuvent être divisés en trois catégories : *do ut des*, *do ut facias* et *facio ut facias*⁸⁹². La première catégorie, les contrats *do ut des* relèvent de la catégorie de l'échange et sont donc soumis aux règles afférentes, c'est-à-dire celles de la vente. Un échange ne peut donc se voir appliquer l'indétermination du prix. Il convient donc de s'intéresser à la détermination de la contre-prestation dans les contrats innommés restants, *do ut facias* et *facio ut facias*.

M. Jacques Moury se montre favorable à la généralisation de l'indétermination du prix au sein de ces conventions, en ce que la consécration d'un tel principe permettrait de valider les ventes à prix symbolique. Ce type de conventions *do ut facias* est quantitativement important dans le domaine de l'immobilier ou de cession de droit sociaux⁸⁹³. Au cours d'une telle cession, le cessionnaire s'engage très souvent à s'acquitter du passif du cédant, alors que l'ampleur de celui-ci n'est pas encore évaluée au jour de la vente⁸⁹⁴. La valeur économique de son obligation est finalement indéterminée lors de la conclusion du contrat. En érigeant l'indétermination du prix au rang de principe général de droit commun, la règle serait ainsi appliquée aux contrats innommés, dont relèvent les cessions à prix symbolique⁸⁹⁵, si bien qu'il ne serait donc plus permis de douter de la validité de telles opérations.

⁸⁹² Sur les différentes catégories de contrats innommés en droit romain, cf. *supra* n° 74.

⁸⁹³ J. MOURY, « La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats », *op. cit.*

⁸⁹⁴ Cf. *supra* nos 14 et 31 et *infra* n° 201 concernant les clauses de garantie de passif.

⁸⁹⁵ Sur la nature de la vente à prix symbolique, cf. *supra* n° 95.

Un tel argument, si louable soit-il, ne peut toutefois pas être retenu en soutien de la généralisation de l'indétermination du prix au sein des contrats innommés. Il convient de rappeler que les contrats *do ut facias, facio ut facias* et les cessions à prix symboliques sont dépourvues de contrepartie monétaire, l'obligation du débiteur portant sur une obligation de faire et ne constituant donc pas un prix⁸⁹⁶. Or, si l'application de l'article 1163 du Code civil au prix est tout à fait discutable, l'obligation du cessionnaire reste soumise à une telle obligation de détermination. Par conséquent, argumenter en faveur d'une généralisation de l'indétermination du prix dans l'espoir d'assainir le régime des cessions à prix symbolique est inopérant : l'article 1163 du Code civil impose une détermination du contenu du contrat. L'application de l'exigence de détermination du prix à ce type d'opération constitue un argument supplémentaire à la nécessité d'accorder un régime propre aux cessions à prix symboliques, dérogeant au droit commun et au droit spécial de la vente.

140. Inapplication de l'indétermination du prix aux sommes d'argent ne répondant pas à la définition du prix. – D'autres risques de dérives découlent d'une interprétation extensive de la notion de prix, à la lumière de la règle de 1995. La Cour de cassation a parfois refusé explicitement d'appliquer l'article 1129 du Code civil, en vertu de la jurisprudence de l'Assemblée plénière, à des contreparties qui ne sauraient pourtant constituer des prix. Ainsi dans un arrêt du 14 juin 2000⁸⁹⁷, confirmé par celui du 12 mai 2004 précédemment évoqué, était remise en cause la validité d'une clause prévoyant une indemnité financière de remboursement anticipé d'un prêt. La première Chambre civile a censuré la cour d'appel qui avait prononcé la nullité d'une telle clause, constatant que « l'exigibilité de l'indemnité dépendait exclusivement de la volonté du prêteur », permettant ainsi d'harmoniser la solution avec celle retenue en matière de contrat de prêt. Bien que cette jurisprudence ait été qualifiée d'une « manifestation contestable de l'élimination de la détermination du prix »⁸⁹⁸ par M. Eric Savaux, il s'agit surtout d'une extension déraisonnable de l'indétermination du prix⁸⁹⁹.

⁸⁹⁶ Sur l'inapplication de la qualification de prix à la contrepartie de la vente à prix symbolique, cf. *supra* n° 95.

⁸⁹⁷ V. en ce sens Cass. civ. 1^{re}, 14 juin 2000, n° 1998-11-17, *D.* 2001, som., p. 1136, obs. D. MAZEAUD, *RTD civ.* 2000, p. 830, obs. J. MESTRE et B. FAGES – Cass. civ. 1^{re}, 6 mars 2001, 98-17.057, *Defrénois* 2001, p. 696, obs. E. SAVAUX.

⁸⁹⁸ E. SAVAUX, *ibid.*

⁸⁹⁹ Le débat est toutefois davantage théorique que pratique en matière d'indemnité de remboursement anticipé de prêt. Le risque d'abus est en effet tout à fait limité, le prêteur étant soumis à des plafonds légaux en la matière (article L. 321-21 du Code de la consommation). Mais il n'en reste pas moins que « il est évident que l'emprunteur aura plus de mal à cerner la portée de son engagement et à vérifier que l'indemnité stipulée ne dépasse pas les plafonds fixés par la loi » (E. SAVAUX, *ibid.*).

Il convient de rappeler avant toute chose que toutes les contreparties financières ne constituent pas pour autant des prix, au sens juridique du terme⁹⁰⁰. Si les intérêts répondent bien à la définition posée précédemment, il en va autrement de l'indemnité de remboursement anticipé, dans la mesure où celle-ci est destinée à « compenser le préjudice résultant pour le prêteur de la privation des intérêts jusqu'au terme normal du contrat⁹⁰¹ ». Ne constituant pas un prix, l'indemnité n'est finalement qu'une stipulation accessoire, relevant du droit commun du contrat, laquelle aurait donc dû être soumise à l'article 1129 du Code civil, désormais 1163. Si une interprétation extensive de la jurisprudence de 1995 peut parfois se comprendre pour des raisons casuistiques, il est possible d'espérer que la Cour de cassation retienne une définition restreinte de la notion de prix, compte tenu des dangers de l'unilatéralisme. Comment admettre la fixation unilatérale *a posteriori* d'une indemnité d'immobilisation, d'un dédit, d'une résiliation unilatérale ou d'une clause pénale ? Une telle conception viendrait nécessairement « réduire la conscience que l'emprunteur peut avoir de la portée de son engagement »⁹⁰². L'intégralité du contrat ne saurait être laissée à la merci de l'un des contractants, et particulièrement *a posteriori* de l'exécution contractuelle⁹⁰³.

La consécration d'une règle générale d'indétermination du prix de droit commun aurait ainsi peu d'intérêts tant théorique que pratique, mais comporterait d'importants risques de dérive vers une indétermination du contenu du contrat. Au-delà, quand bien même le « principe général d'indétermination du prix » serait assorti d'exception, la détermination de celles-ci se révèle délicate.

2. Imprécision de la notion de « dispositions légales particulières »

Si l'admission de l'indétermination généralisée du prix ne se conçoit pas sans exception relevant de « dispositions légales particulières », l'analyse de celles-ci révèle la relativité du critère de distinction. Les exigences expresses de détermination du prix formulées sont parfois dévoyées par la jurisprudence, venant ainsi conférer un contour incertain au champ d'application de la détermination du prix.

141. Implicite notion d'exigence légale particulière. – Nécessitent, à peine de validité, un accord sur le prix lors de la formation du contrat, tous les contrats pour lesquels une telle

⁹⁰⁰ Sur la définition précise du prix et les exclusions, cf. *supra* n° 56 et s et 66.

⁹⁰¹ E. SAVAUX, *op. cit.*

⁹⁰² E. SAVAUX, *ibid.*

⁹⁰³ L'article 6 :105 des PDEC prévoit toutefois une possibilité d'unilatéralisme pour le prix « ou tout autre élément du contrat ».

exigence est expressément formulée par la loi. C'est ainsi le cas de la promesse de vente et du contrat de vente. L'article 1589 du Code civil exige en effet un « consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix » pour la première, et l'article 1591 que le prix de la vente soit « déterminé et désigné par les parties ». De même, l'article 1831-1 du Code civil énonce que le prix du contrat de promotion immobilière doit être « convenu ». De même, en matière de bail, l'article 1709 énonce que la conclusion de celui-ci nécessite l'accord des parties sur « un certain prix », indiquant ici que le prix doit être fixé par les parties lors de la formation du contrat. Enfin, en matière de contrat de travail, le montant du salaire doit être fixé lors de la formation de celui-ci, cette obligation découlant de la parenté historique entre le contrat de travail et le contrat de louage d'ouvrage pour lequel l'article 1710 exige un accord des parties sur le prix⁹⁰⁴. Hormis le cas du SMIC, les salaires sont déterminés par voie de négociation collectives⁹⁰⁵ et peuvent être déterminés ou déterminables (« aux pièces »).

Plus subtilement, l'obligation de détermination du prix découle parfois d'une contrainte d'ordre probatoire : pour pouvoir faire l'objet d'une stipulation contractuelle, le prix nécessite, *a fortiori*, avoir été déterminé. Une telle exigence est formulée à l'article L. 112-4 du Code des assurances à propos de l'inscription de la prime d'assurance au sein de la police. De même, la loi du 6 août 2015, modifiant l'article 10 de la loi du 31 décembre 1971, a posé une obligation de détermination du prix dans les conventions d'honoraires des avocats, mais également des huissiers, notaires et tout autre officier ministériel pour les prestations ne relevant pas de leur monopole.

Toutefois, la notion « d'exigence légale particulière » était une expression employée par la jurisprudence de 1995. La réforme ne fait état d'aucune mention particulière en ce sens. Dans la mesure où le principe d'indétermination du prix découlerait d'une lecture négative des articles 1163, 1164 et 1165, les exceptions à celui-ci sont d'autant plus implicites et ne renvoient à rien de précis. Le régime dérogatoire de la détermination du prix découlerait de l'application de l'article 1105 du Code civil : le droit commun instaurerait une exigence d'indétermination du prix, et des exceptions pourraient être prévues par chaque catégorie de contrats. Il peut donc paraître surprenant que le législateur, soucieux de l'accessibilité et de l'intelligibilité du droit, ait choisi une voie si tortueuse pour trancher le débat. Un profane qui consulterait le Code civil n'aurait aucune possibilité de comprendre que la vente connaît un régime dérogatoire au droit commun que constitue l'indétermination du prix !

⁹⁰⁴ L'obligation aura finalement été dévoyée en matière de contrat d'entreprise, cf. *infra* n° 142.

⁹⁰⁵ G. AUZÉRO, D. BAUGARD et E. DOCKES, *Droit du travail*, 35^e éd., Dalloz, coll. Précis, n° 1006, p. 1262.

142. Dévoiement de la notion d'exigence légale particulière. – La notion de « dispositions légales particulières » se révèle en réalité tout à fait relative.

Tout d'abord, la jurisprudence est parfois allée *contra legem* en appliquant l'indétermination du prix à des contrats pour lesquels des dispositions légales particulières exigent pourtant la détermination de celui-ci. L'article 1709 du Code civil énonce ainsi que « le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ». Le texte subordonne ainsi la validité du contrat de louage d'ouvrage à un accord des parties quant au prix lors de la formation du contrat. Cette exigence a toutefois été dévoyée par la jurisprudence, celle-ci estimant de longue date qu'« un accord préalable sur le montant exact de la rémunération due, à l'occasion d'un contrat de louage d'ouvrage n'est pas un élément essentiel à la validité d'un contrat de cette nature »⁹⁰⁶. La jurisprudence a ainsi délibérément dévoyé les exigences applicables au contrat d'entreprise⁹⁰⁷. Pareillement, l'article 1907 du Code civil, à propos des intérêts à taux conventionnels, a également été dévoyé. Celui-ci exige formellement que le taux soit « fixé par écrit », ce qui reviendrait *in fine* à déterminer le montant des intérêts. La jurisprudence a pourtant admis que l'inscription du taux de base de chaque banque était conforme à l'article 1907 du Code civil, alors que celui-ci est susceptible de varier selon la volonté de la banque⁹⁰⁸. De même, si la vente connaît un prix déterminé, la vente issue d'un contrat-cadre peut faire l'objet d'une fixation unilatérale. Enfin, dans le bail classique, l'article 1709 du Code civil semble exiger, à demi-mot, un accord sur le prix (« le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer »), mais la jurisprudence a pu, exceptionnellement, appliquer le régime de l'indétermination du prix à un contrat de bail⁹⁰⁹. Rien n'interdit donc à la jurisprudence de dévoyer des dispositions légales particulières, quand bien même celles-ci seraient explicites, venant ainsi attester de leur relativité.

⁹⁰⁶ Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 1973, n° 72-12.062, *Bull. civ.* I, n° 202, p. 180.

⁹⁰⁷ M. Jacques Moury justifie ce double niveau de lecture par le fait que « une chose en effet est un statut spécial prévoyant une rémunération en contrepartie de l'obligation qu'il définit, ce qui en fait un contrat à titre onéreux, tout autre chose la nécessité de la détermination du prix au moment de sa conclusion » (J. MOURY, « La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats », *op. cit.*).

⁹⁰⁸ Cass. com., 9 juill. 1996, n° 94-17.612, *Bull. civ.* IV, n° 205, p. 176, *Defrénois* 1996, p. 1363, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 1996, II, 22721, note J. STOUFFLET ; *CCC* 1996, comm. 182, obs. L. LEVENEUR. L'article L.314-5 du Code de la consommation impose toutefois que le taux effectif global doive toutefois être mentionné dans l'écrit constatant le prêt (Cass. civ. 1^{re}, 2 juill. 2014, n° 12-23.155).

⁹⁰⁹ Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 2004, n° 01-00.475, *Bull. civ.* I, n° 190 ; *D.* 2005, p. 1828, note D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2004, p. 749, obs. P.-Y. GAUTIER, et 2005, p. 126, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RDC* 2005, p. 275, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.

La notion d'exigence légale particulière est également relative en ce que la jurisprudence s'est souvent chargée de combler les lacunes issues du silence de la loi quant au mode de détermination du prix de certains contrats. Ainsi, le dépôt salarié est soumis à l'indétermination du prix par analogie avec le contrat d'entreprise. En matière de dépôt salarié, l'origine jurisprudentielle du mode de détermination du prix ne soulève toutefois aucune difficulté dans la mesure où il correspond aux prescriptions du droit commun.

Les solutions jurisprudentielles en faveur de la détermination du prix deviendraient *contra legem*, si l'indétermination du prix devait être généralisée⁹¹⁰. Ainsi, à titre d'exemple, l'exigence d'une détermination des intérêts *a priori* n'est qu'une règle de preuve dans le prêt d'argent : à défaut de stipulation écrite, seule la stipulation d'intérêt encourt la nullité, et non l'acte de prêt en lui-même⁹¹¹. L'exigence d'un écrit ne constitue ici qu'une règle de preuve. Finalement, toutes les conventions pour lesquelles l'exigence de détermination du prix ne serait formulée qu'*ad probationem* et non *ad validitatem* risqueraient de se voir appliquer l'indétermination du prix, sans que cela ne soit motivé par des obligations pratiques.

L'imprécision de la notion de « dispositions légales particulières » s'oppose ainsi à la possibilité d'une indétermination généralisée du prix. De même, l'importance des contrats de consommation soumis à la détermination du prix conduit au même constat.

3. Importance des contrats de consommation soumis à la détermination du prix

Compte tenu de l'importance revêtue par le droit de la consommation aujourd'hui, il convient de renoncer à une conception « étroitement civiliste du contrat ».

143. Obligation d'information sur les prix du droit de la consommation en faveur de la détermination du prix. – En instaurant une obligation d'information sur les prix particulièrement contraignante, la législation consumériste a exercé une influence particulièrement importante sur la règle de la détermination du prix, compte tenu du nombre important de contrats de consommation.

L'obligation d'information sur les prix, figurant à l'article L. 112-1 du Code de la consommation, a pour objectif d'informer le consommateur à l'avance du prix, lui permettant

⁹¹⁰ M. Jacques Moury relève alors que « le maintien de ces solutions se ferait par application d'une jurisprudence devenant *contra legem* dès lors que resteraient hors du champ du droit commun des contrats pour lesquels aucun texte ne dit que leur validité est conditionnée par une détermination du prix contemporaine de leur formation » (J. MOURY, « La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats », *op. cit.*).

⁹¹¹ Cass. civ. 1^{re}, 22 janv. 2002, n° 98-21.614, n° 22, p. 17 : « en matière de prêt d'argent, l'exigence d'un écrit mentionnant dans le contrat le TEG est une condition de validité de la stipulation d'intérêts ».

ainsi d'opérer des comparaisons, de faire éventuellement jouer la concurrence ainsi que de garantir une estimation de la valeur économique plus exacte. L'efficacité d'une règle de droit étant subordonnée à l'existence d'une sanction, le manquement à l'obligation d'information sur les prix par le professionnel « est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale » (article L. 131-5 du Code de la consommation)⁹¹².

Civilement, la nullité du contrat est également encourue. Dans un arrêt du 14 novembre 2018⁹¹³, la Cour de cassation a en effet prononcé la nullité d'un contrat de prestation de services entre un professionnel et un particulier, invoquant la violation « d'une disposition d'ordre public relative à l'information du consommateur ». En effet, « le feuillet recto verso produit par la société comportait en petits caractères, en bas de page, les termes “vu et accepte les conditions générales reproduites au verso et le tarif qui m'a été communiqué”, il ne définissait pas le prix de la prestation et ne suffisait pas à démontrer que la société aurait communiqué ses tarifs de manière lisible et compréhensible avant la signature du bon d'intervention litigieux ». Par conséquent, « ayant constaté la violation, faute de définition préalable des tarifs, elle a fait ainsi ressortir que le consentement de M. X... sur un élément essentiel du contrat avait nécessairement été vicié ».

⁹¹² Il convient toutefois, en toute honnêteté intellectuelle, de relativiser dès à présent la sanction de la violation de l'article L. 112-1 du Code de la consommation. En effet, « dans les affaires de consommation courante, le recours aux tribunaux est totalement inadapté. C'est au moment de l'achat que la question doit être résolue et non après. Les consommateurs, pour bénéficier du prix annoncé par erreur, doivent avant tout compter sur le sens commercial du vendeur » (J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2015, n° 323, p. 347). Par ailleurs, l'arsenal législatif omet deux hypothèses pourtant importantes en pratique, liées aux erreurs d'étiquetage, dans lesquelles le consommateur se retrouve démuné devant la mauvaise foi du professionnel. L'erreur d'affichage ou d'étiquetage est sanctionnée au titre des pratiques commerciales trompeuses (article L. 121-1 du Code de la consommation), sauf en cas de disproportion trop importante entre le prix indiqué et la valeur réelle du bien (Cass. civ. 1^{re}, 4 juil. 1995, n° 93-16198, *Bull. civ. I*, n° 303, p. 212 ; *D.* 1996, p. 11, obs. G. PAISANT ; *RTD civ.* 1995, p. 881, obs. J. MESTRE ; *CCC* 1995, n° 181, obs. L. LEVENEUR ; *D.* 1997, J. 206, note LUCIANI. Dans cette affaire, une bague a été vendue au prix affiché de 100.000F alors qu'elle en valait 460.000F. La Cour de cassation a refusé de prononcer la nullité de la vente au motif que le prix n'était pas dérisoire. *A contrario*, un prix dérisoire aurait permis l'annulation du contrat). L'article 1169 du Code civil, sanctionnant de nullité le contrat dont la contrepartie serait dérisoire, prendra alors le relais du droit de la consommation. M. Jean Calais-Auloy relève toutefois que l'efficacité de cette règle reste restreinte, en raison des difficultés procédurales vues précédemment. L'auteur relève de même que le consommateur reste soumis au bon vouloir du professionnel si deux prix différents sont indiqués pour le même article. Aucun fondement légal ne permet d'asseoir la pratique généralement admise selon laquelle le consommateur doit payer le prix le plus bas. M. Jean Calais-Auloy envisage tout au plus le recours à l'article L. 133-2 du Code de la consommation, en vertu duquel les clauses douteuses doivent être appliquées dans un sens favorable au consommateur. Une intervention du législateur sur ce point semble nécessaire, afin de pallier le vide juridique plaçant le consommateur dans une situation délicate.

⁹¹³ Cass. civ. 1^{re}, 14 nov. 2018, n° 17-21.696.

La législation consumériste semble ainsi aller dans le sens d'un principe de détermination du prix, particulièrement dans le cadre des contrats de prestation de service, en ce qu'il imposerait une obligation d'information sur les prix. En effet, si l'article 1165 autorise une fixation unilatérale *a posteriori*, l'obligation d'information semble renverser ce principe. M. Laurent Leveneur estime ainsi que « l'article 1165 du Code civil, avec le pouvoir unilatéral de fixation du prix après la conclusion du contrat qu'il prévoit au profit du créancier, ne peut pas s'appliquer aux contrats conclus entre professionnels »⁹¹⁴.

L'article L. 112-1 du Code de la consommation introduit toutefois un important changement de paradigme. D'une logique de négociation et d'estimation individuelle de la valeur économique, le consommateur doit aujourd'hui raisonner différemment, sa seule liberté résidant dans la possibilité d'accepter, ou non, le prix proposé par le professionnel. Cette évolution est d'autant plus remarquable compte tenu aujourd'hui de l'importance quantitative des contrats de consommation. La grande majorité des contrats du quotidien sont des contrats de consommation, dans lesquels les prix n'ont pas été négociés, mais imposés. Le professionnel s'affirme ainsi en maître du prix, face au consommateur. Si en droit civil l'accent était mis sur la garantie de l'égalité entre les cocontractants dans la détermination du prix, le droit de la consommation, régissant des relations par essence inégalitaires, doit au contraire veiller à l'intégrité de l'acceptation du consommateur.

Finalement, en ce que la notion fluctue selon la bonne volonté des juges du fond, ériger les « dispositions légales particulières » en tant que critère de mise en œuvre de la détermination du prix paraît bien incertain et peu garant de sécurité juridique. Ni la détermination ni l'indétermination du principe ne se dégagent nettement de la réforme de 2016. Il semblerait, dès lors, qu'aucune règle impérative de fixation du prix n'ait été établie par celle-ci.

II. SOUPLESSE DE LA SUPPLETIVITE

Plutôt que de raisonner sur le fondement du principe et de l'exception, il convient davantage de raisonner sur le fondement de l'impératif et du supplétif.

144. Repositionnement du débat. – Les arrêts de 1995 ont permis de trancher la problématique ponctuelle et isolée liée à l'exclusivité de certains contrats de distribution. La règle formulée à l'époque n'était que supplétive : lorsque les parties n'avaient rien prévu, le contrat-cadre pouvait valablement se maintenir. Peu après la publication de ces arrêts, les

⁹¹⁴ L. LEVENEUR, « La détermination du prix dans les contrats », in *Mélanges Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 1057.
- 216 -

auteurs se sont interrogés quant à la validité de la clause faisant référence aux tarifs du vendeur, du fournisseur ou du prestataire dans un les contrats de vente, dite « clause-catalogue ». Si certains s'en accommodaient et se justifiaient derrière les exigences de la pratique⁹¹⁵, il convient de reconnaître qu'il existait une importante dissonance au sein du droit positif. En effet, ces clauses étaient valables au sein des contrats-cadres, mais pas dans les contrats de vente classiques.

D'autres auteurs ont alors appelé de leurs vœux une généralisation totale de l'indétermination du prix afin d'appliquer notamment ce principe à la vente⁹¹⁶ et invoquaient, au soutien de leurs prétentions, tant la généralité de la formule employée en 1995 (« l'article 1129 n'est pas applicable à la détermination du prix »), que la jurisprudence postérieure. La Cour de cassation a en effet reconnu la validité d'un prix fixé unilatéralement dans des conventions autres que les contrats-cadres : contrats de location-gérance de fonds de commerce⁹¹⁷, concession exclusive⁹¹⁸, contrat de franchise⁹¹⁹, location de matériel⁹²⁰, dépôt-vente⁹²¹, taux d'intérêt⁹²². Dans un arrêt en date du 12 mai 2004⁹²³, la première Chambre civile a même précisé que « l'article 1129 du Code civil n'est pas applicable à la détermination du prix *en toute matière* ». Cette voie n'avait toutefois pas été suivie, à l'époque, par la Cour de cassation qui a continué d'exiger que le prix soit bilatéralement fixé par les parties lors de la conclusion du contrat de vente⁹²⁴.

La question était donc de savoir s'il convenait de généraliser l'indétermination du prix ou, au contraire, de la restreindre dans un rôle d'exception. L'interprétation doctrinale

⁹¹⁵ Ch. JAMIN, « La détermination du prix : les apports au droit des contrat cadre », *op. cit.* – M. JEOL et J. GHESTIN, « Revirement de jurisprudence en matière de nullité pour indétermination du prix », *op. cit.* – Th. REVET, *La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat*, *op. cit.*

⁹¹⁶ C. AUBERT DE VINCELLES, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *op. cit.* – J. MOURY, « La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats », *op. cit.* – H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 11^e éd., Dalloz, 2000, n° 151-154.

⁹¹⁷ Cass. com. 10 févr. 1998, n° 95-21.906.

⁹¹⁸ Cass. com. 11 juin 1996, n° 94-16.866.

⁹¹⁹ Cass. com. 27 janv. 1998, n° 96-11.874.

⁹²⁰ Cass. com. 17 juill. 2001, n° 99-13.553.

⁹²¹ Cass. com. 25 avr. 2001, n° 98-13.101.

⁹²² Cass. com., 9 juill. 1996, *Defrénois* 1996, p. 1363, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 1996, II, 22721, note J. STOUFFLET ; *CCC* 1996, comm. 182, obs. L. LEVENEUR. Il convient toutefois de rappeler que le droit de la consommation prohibe les taux d'intérêt variables (articles R. 311-6 à R. 331-9 du Code de la consommation), v. Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1996, *D.* 1997, 303, note I. FADLALLAH.

⁹²³ Cass. civ. 1^{re}, 12 mai 2004, n° 03-13.847, *RDC* 2004, n° 4, p. 925, obs. D. MAZEAUD, v. note n° 825.

⁹²⁴ Cass. civ. 1^{re}, 24 février 1998, n° 96-13414, *Bull. civ.* I 1998, n° 81, p. 54 (à propos d'une cession d'actions, est censurée la cour d'appel qui, « en se déterminant ainsi par des éléments extérieurs à l'acte de cession, [...] a procédé à une fixation judiciaire du prix ») – Cass. civ. 1^{re}, 28 nov. 2000, n° 98-10.433 ; *CCC* 2001, n° 40, obs. L. LEVENEUR – Cass. civ. 3^{ème}, 29 janv. 2003, n° 01-02.759, *Bull. civ.* III, n° 23, *RDC* 2004, n° 2, p. 340, obs. Ph. BRUN et n° 01-03.707, *Bull. civ.* III, n° 24, *RTD civ.* 2003, p. 517, obs. P.-Y. GAUTIER.

postérieure à la réforme n'a cessé d'alimenter ce débat, les auteurs s'étant interrogés sur la possibilité d'une généralisation de la détermination ou de l'indétermination du prix.

145. Conclusions quant à la réforme. – Il convient de déduire de la réforme de 2016 la volonté du législateur de maintenir une forme de *statu quo*, préexistant à la réforme. Il n'appartient pas au droit commun des contrats d'établir si le prix du contrat doit être déterminé bilatéralement avant ou unilatéralement après la formation de celui-ci. Chaque catégorie de contrat est différente et nécessite un traitement particulier. Ni la détermination ni l'indétermination ne présente d'intérêt à l'échelle du droit commun. M. Jacques Ghestin et Mme Françoise Labarthe le soulignent, « ne serait pas déraisonnable de déduire de cette diversité qu'il ne serait pas opportun de préciser le régime de droit commun de la détermination du prix »⁹²⁵. Le droit commun des contrats n'est après tout qu'un socle de règles communes, applicable à l'ensemble des catégories contractuelles, et n'a pas besoin d'entrer dans de tels détails. La question du prix est trop importante aux yeux des parties, mais aussi l'échelle plus générale de l'économie, pour faire l'objet d'un traitement unitaire par le droit commun des obligations. La perspective d'un droit commun des contrats spéciaux peut séduire⁹²⁶, mais le prix doit absolument en être exclu.

La diversité des modes de détermination du prix à travers les différents contrats spéciaux « doit absolument être préservée, car elle traduit l'importance et la complexité de cette détermination, qui doit s'adapter à chaque contrat »⁹²⁷, mais également la richesse des modèles contractuels de droit positif. Refuser d'introduire un principe général de détermination ou d'indétermination du prix permet de prévenir la survenue de nouveaux modèles contractuels qui ne sauraient répondre aux standards imposés, comme ce fut le cas dans les années 1980 avec les contrats-cadres.

L'introduction d'une règle supplétive permet de pallier la rigidité d'une règle impérative et d'éviter de bousculer les contrats pour lesquels la règle – détermination ou indétermination – n'a qu'une origine prétorienne. Les parties doivent donc obéir aux règles prévues pour les différents contrats spéciaux et, si besoin est, se prévaloir de l'indétermination du prix.

⁹²⁵ J. GHESTIN et F. LABARTHE, « Observations générales », *op. cit.*

⁹²⁶ F. COLLART DUTILLEUL, « La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », *RDC* 2006, n° 2, p. 604 – D. MAINGUY, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux ? », *RDC* n° 2, p. 615 – J.-F. BARBIERI, « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », *RDC* 2006, p. 621 – J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2003, p. 280 – P. PUIG, « Pour un droit commun spécial des contrats », in *Mélanges Foyer*, Economica, 2007, p. 825.

⁹²⁷ J. GHESTIN et F. LABARTHE, « Observations générales », *op. cit.*

L'article 1163 du Code civil n'est pas applicable au prix, car celui-ci continue d'être régi par le droit des contrats spéciaux. De même, les articles 1164 et 1165 offrent ainsi une assise légale à deux hypothèses particulières de fixation unilatérale du prix, sans pour autant généraliser un principe. Ces dispositions devraient donc relever du droit des contrats spéciaux, et non du droit commun des contrats⁹²⁸.

⁹²⁸ l'existence de l'article 1165, et, *a fortiori*, 1164, du Code civil au sein des dispositions relatives au droit commun des contrats peut surprendre, certains auteurs allant jusqu'à parler « d'anomalie » (G. LARDEUX, « Le contrat de prestation de services dans les nouvelles dispositions du code civil », *op. cit.*). L'article 1165 appartient en effet à la partie du Code relative au droit commun des contrats. Or, cet article a vocation, à l'instar de l'article 1164, de traiter d'une catégorie de contrats en particulier : les contrats de prestation de service. Comment expliquer qu'une disposition spéciale figure au sein de la partie générale du Code ? Il convient à ce titre de rappeler que les premiers projets de réforme ne visaient pas le contrat de prestation de services et que le vocable fut introduit en 2010 par le premier projet de la Chancellerie, imprégné de droit européen.

CONCLUSION DE LA SECTION I

Les règles qui gouvernent la fixation du prix sont le fruit d'une longue évolution tant jurisprudentielle que légale.

146. Aucune règle impérative de détermination ou d'indétermination du prix n'a été consacrée par la réforme du droit des contrats issue de l'ordonnance du 10 février 2016. Un principe général de détermination du prix ne saurait en effet être dégagé, tant explicitement qu'implicitement. Au-delà de l'opposition traditionnelle à déceler un principe de détermination du prix au sein de l'article 1163 du Code civil, transposition de l'ancien article 1129, une telle lecture s'avère également erronée, tant pour des motifs formels que contextuels. Par ailleurs, la déduction implicite d'un principe général de détermination du prix sur la base des quelques lacunes de l'article 1163 s'avère tout aussi insuffisante.

À l'inverse, la lecture de la réforme ne permet pas de dégager de principe général d'indétermination du prix. Cette impossibilité repose sur l'absence de fondement légal, mais également, dans l'hypothèse d'une consécration dépourvue d'assise textuelle, de l'imprécision quant à l'identité du maître du prix *a posteriori*.

147. Seule une règle supplétive semble finalement se dégager de l'ordonnance de 2016. La généralisation d'une règle comme de l'autre, indétermination ou détermination du prix, paraît, en effet, beaucoup trop rigide. Il ne convient donc pas de raisonner sur le fondement du principe et de l'exception.

Admettre une règle supplétive d'indétermination du prix, permet d'accorder davantage de souplesse aux différentes catégories contractuelles et de laisser place à la volonté des parties lorsqu'un cas de figure nouveau se présenterait, à l'instar de la problématique des contrats-cadres dans les années 1980. À défaut, il convient d'appliquer les règles issues du droit des contrats spéciaux, notamment les articles 1164 et 1165 du Code civil en matière de fixation unilatérale du prix.

Le législateur de 2016 a donc consacré deux cas légaux de fixation unilatérale du prix impérative, au sein des contrats-cadres et des contrats de prestation de service.

SECTION II

HYPOTHESES DE FIXATION UNILATERALE DU PRIX

En introduisant les articles 1164 et 1165 du Code civil, le législateur aura presque opéré une codification à droit constant, consacrant les règles jurisprudentielles largement admises de fixation unilatérale du prix par la partie dominante au contrat-cadre (§1) ainsi que par le créancier du contrat de prestation de service (§2).

§1 – Confirmation de la fixation unilatérale du prix par la partie dominante au contrat-cadre

Par l'article 1164 du Code civil, une assise légale est offerte à la fixation unilatérale du prix, admise en creux par les arrêts d'Assemblée plénière de 1995⁹²⁹. Toutefois, la formulation retenue par cette disposition diffère de la solution prétorienne, car l'unilatéralisme doit désormais être issu de la volonté des parties (A.). En plus d'autres insuffisances textuelles, ce léger changement ne semble pas avoir été identifié par le législateur, car rien n'a été prévu en cas d'absence d'accord des parties (B.).

I. UNILATERALISME SUPPLETIF A UNILATERALISME IMPERATIF

Si l'article 1164 du Code civil semble, en apparence, consacrer la solution de 1995, le législateur a toutefois retenu une position légèrement différente. La règle supplétive de 1995 est devenue une règle impérative.

148. Consécration légale de la jurisprudence d'Assemblée plénière de 1995. – L'occasion de codifier la jurisprudence de 1995 fut saisie par le législateur lors de la réforme du droit des obligations. Les différents projets de réforme⁹³⁰ prirent en considération les jurisprudences de 1991 et 1995 afin de modifier les règles de fixation du prix dans le contrat-cadre. Le progrès découlant de l'admission de l'unilatéralisme ne fut pas perdu. Ainsi, en 2005, l'article 1121-5 de l'avant-projet Catala énonçait que « dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, il peut toutefois être convenu que le prix des prestations offertes par le créancier sera déterminé

⁹²⁹ Cass. ass. plén., 1. 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.578, *Bull. A.P.*, n° 7, p. 13, *Compagnie du téléphone* ; *JCP G* 1996, II, 22565, concl. M. JEOL, note J. GHESTIN ; *D.* 1996, jurispr. p. 13, concl. M. JEOL, note L. AYNES ; *JCP E* 1996, 776, note L. LEVENEUR ; *JCP N* 1996, n° 13, p. 493, étude D. BOULANGER ; *LPA* 27 déc. 1995, p. 11, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS – Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688, *Bull. A.P.*, n° 9, p. 16, *Société Le Montparnasse* – Cass. ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.999, *Bull. A.P.* n° 7, p. 13, dit *Cofratel*.

⁹³⁰ *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, 2005 (dit « avant-projet Catala ») – *Pour une réforme du droit des contrats*, F. TERRE (dir.), Dalloz, 2009 (dit « Projet Terré ») et plus particulièrement D. HOUTCIEFF, « Le contenu du contrat », in *Pour une réforme du droit des contrats*, (dir. F. TERRE), Dalloz, 2009, p. 183.

par celui-ci lors de chaque fourniture, fût-ce par référence à ses propres tarifs ». Plus radicalement, en 2008, l'article 60 du projet Terré prévoyait que « l'objet de l'obligation peut être déterminé unilatéralement, dès lors que les modalités de détermination ont été précisément fixées par le contrat et qu'il est fait usage de cette faculté de manière raisonnable ». Le projet Terré admettait donc de manière générale la détermination unilatérale de l'objet du contrat, sans limiter cette possibilité à certaines catégories de contrats. Enfin, en 2015, l'article 1163 du projet de la Chancellerie consacrait explicitement la fixation unilatérale en énonçant que « dans les contrats cadre et les contrats à exécution successive, il peut être convenu que le prix de la prestation sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en justifier le montant en cas de contestation. ». Avant même la réforme, M. Jacques Ghestin et Mme Françoise Labarthe ont toutefois appelé de leurs vœux l'inapplication de cette disposition aux contrats à exécution successive⁹³¹, demande à laquelle le législateur a accédé en 2016.

149. Unilatéralisme d'un commun accord⁹³². – Le nouvel article 1164 se revendique comme étant inspiré « des textes actuels et des solutions dégagées par la jurisprudence »⁹³³. Il énonce ainsi *expressis verbis* que « dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera unilatéralement fixé par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation ». En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat ». Le législateur de 2016 semble bien, en apparence, avoir suivi le chemin emprunté par la Cour de cassation en 1995 en consacrant explicitement la fixation unilatérale du prix, sans jamais ne serait-ce que mentionner « l'indétermination du prix » au sein du contrat.

⁹³¹ L'introduction de la fixation unilatérale du prix dans cette catégorie de contrats aurait été source de confusion. En effet, pour nombre d'eux eux (notamment le bail et la location), « rien à l'origine n'autorise que, dans ce type de contrat, le prix ne soit pas déterminé par les parties » (v. J. GHESTIN et F. LABARTHE, « Observations générales », *LPA* 2015, n° 177, p. 17. V. également en ce sens E. SAVAUX, « Le contenu du contrat », *JCP G* 2015, p. 20). En pratique, la difficulté a pour origine la longue durée d'exécution de ces contrats. Les parties seront plus enclines à insérer des clauses de renégociation ou d'indexation, voire à recourir à la révision pour imprévision prévue à l'article 1195 du Code civil, « plutôt que d'entrer dans le mécanisme de la fixation unilatérale », lequel requiert de faire constater un abus en justice. Toutefois, afin d'éviter toute interprétation a contrario de l'article 1164, remettant en cause la jurisprudence souple en matière de fixation du prix dans les contrats d'entreprise et de mandat, il fallut donc insérer l'article 1165 du Code civil (F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, n° 24-43, p. 136).

⁹³² F. LABARTHE, « La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service. Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du code civil », *JCP G* 2016, n° 23, p. 642.

⁹³³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25.

Cette nouvelle formulation appelle toutefois une série de critiques, venant ainsi sortir de sa « douce somnolence⁹³⁴ » la problématique de la fixation du prix. Doit au préalable être écartée une maladresse de plume mineure, conduisant à une formulation « inutilement complexe⁹³⁵ » : l'identité du maître du prix. À défaut de mentionner le montant du prix, l'article 1164 exige des parties qu'elles s'accordent, dans le contrat-cadre, afin de préciser l'identité de celui qui le fixera le moment venu. Sur ce point, nul doute n'est permis, il s'agira de la partie en position de force⁹³⁶. Cette imprécision n'est pas gênante et octroie au contraire une certaine souplesse au mécanisme : si le créancier est le plus souvent la partie dominante, ce n'est pas toujours le cas. Dans un contrat de distribution, il suffira au créancier de renvoyer aux tarifs en vigueur.

Le législateur se montre plus exigeant que la jurisprudence antérieure en exigeant que la fixation unilatérale du prix soit d'origine conventionnelle. Le mécanisme était différent en 1995 : si le prix n'avait pas été fixé lors de la conclusion du contrat, alors il pouvait l'être unilatéralement *a posteriori*. À l'inverse, avec la réforme, le créancier se voit accorder un « droit formateur »⁹³⁷, potestatif. L'unilatéralisme introduit par l'article 1164 du Code civil se révèle finalement bien curieux : le mécanisme est finalement bilatéral, avant d'être unilatéral⁹³⁸. Il semblerait que la solution retenue par le législateur soit dans la lignée du système élaboré par Mme Carole Aubert de Vincelles : l'accord des parties sur une clause de fixation unilatérale du prix prévu constitue une détermination bilatérale de celui-ci⁹³⁹.

Au-delà de cette profonde modification de la solution de 1995, la formulation retenue par l'article 1164 du Code civil est également imprécise.

II. INSUFFISANCES TEXTUELLES DE L'ARTICLE 1164 DU CODE CIVIL

Deux insuffisances doivent être relevées au sein de la rédaction de l'article 1164 du Code civil. D'une part, aucune solution n'est prévue en cas d'absence de clause de fixation unilatérale du prix. D'autre part, le champ d'application de l'article 1164 est très imprécis, tant

⁹³⁴ J.-S. BORGHETTI, « Fixation et révision du prix », *RDC* 2018, n° hors série, p. 25.

⁹³⁵ E. SAVAUX, « Le contenu du contrat », *JCP G* 2015, p. 20.

⁹³⁶ F. LABARTHE, « La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service. Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du code civil », *op. cit.* – J. MOURY, « La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre », *AJ Contrat* 2016, p. 123.

⁹³⁷ J.-S. BORGHETTI, « Fixation et révision du prix », *op. cit.*

⁹³⁸ J. GHESTIN et F. LABARTHE, « Observations générales », *op. cit.*

⁹³⁹ Cf. *supra* note n° 135 et, plus généralement, v. C. AUBERT DE VINCELLES, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *D.* 2006, p. 2629.

au regard du contrat faisant l'objet de la fixation unilatérale du prix, que de la notion de contrat-cadre en elle-même.

150. Incertitude en cas d'absence de clause expresse de fixation unilatérale du prix. – Le recours au verbe « pouvoir » introduit une difficulté supplémentaire : celui-ci ne donne qu'une permission et ne pose en aucun cas une obligation. Conséquemment, il est envisageable que les parties au contrat-cadre ne profitent pas de l'opportunité leur étant offerte par le législateur et que le contrat-cadre reste silencieux quant à une éventuelle fixation unilatérale du prix. Cette interrogation n'avait pas lieu d'être entre 1995 et 2016, car la solution de l'Assemblée plénière proposait justement une règle supplétive en cas de silence des parties⁹⁴⁰.

Le cas du « contrat sans prix » a été relevé par de nombreux auteurs⁹⁴¹ : que se passe-t-il si les parties n'ont prévu aucune clause expresse de fixation unilatérale du prix ? Une telle hypothèse n'est pas un cas d'école, de nombreux contrats-cadres faisant uniquement référence aux usages en la matière ou aux tarifs en vigueur. Les auteurs ont envisagé plusieurs hypothèses : nullité du contrat, possibilité de refus du prix de la part du débiteur⁹⁴²... Selon M. Nicolas Molfessis, en revanche, « l'hésitation subsiste entre les deux autres hypothèses : soit le créancier du prix a le pouvoir d'imposer le prix, sous réserve d'un contrôle de l'abus ; soit c'est au juge de fixer le juste prix (...). Toutefois, l'esprit même de la jurisprudence de 1995 commande de permettre au créancier, c'est-à-dire au fournisseur ou au franchisé, d'imposer le prix unilatéralement (...). Il n'est en effet pas de raison d'admettre que le créancier du prix puisse se réserver dans le contrat-cadre la faculté d'imposer le prix, et de ne pas lui attribuer pareille aptitude dans le silence de la convention initiale⁹⁴³ ».

La rédaction de l'article 1164 crée finalement une lacune nouvelle, alors que la solution de 1995 était bien plus satisfaisante : en 1995, la règle jurisprudentielle était supplétive. En l'absence de détermination *ab initio* du prix, la fixation pouvait être unilatérale. Aujourd'hui, aucune règle supplétive n'est proposée par le législateur et les parties se trouveront

⁹⁴⁰ V. en ce sens M. Laurent Aynès selon lequel « lorsqu'une partie s'engage envers une autre à lui passer commande à l'avenir, il me semble que le silence du contrat sur le mode de détermination du prix doit être interprété, compte tenu des usages de la distribution, comme une référence implicite au futur tarif du fournisseur » (L. AYNES, « La question de la détermination du prix », acte du colloque *Le contrat-cadre de distribution : Enjeux et perspectives* organisé par le CREDA le 11 décembre 1996).

⁹⁴¹ F. LABARTHE, « La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service. Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du code civil », *op. cit.* – Th. REVET, « L'indétermination du prix : les apports au droit des relations de dépendance », *RTD com.* 1997, p. 37.

⁹⁴² J.-S. BORGHETTI, « Fixation et révision du prix », *op. cit.* – F. LABARTHE, « La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service. Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du code civil », *op. cit.* – G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 422, p. 367.

⁹⁴³ N. MOLFESSIS, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *LPA* 2000, n° 90, p. 41.

inéluclablement dans une impasse. Peut-être serait-il plus raisonnable de renoncer à cette exigence de fixation conventionnelle, tout à fait contraire à la réalité de la vie des affaires, et de s'inspirer de la rédaction de l'article 1165.

151. Imprécision du champ d'application. – L'article 1164 s'avère également approximatif sur un autre point, non négligeable. Alors que la jurisprudence antérieure prévoyait expressément que le prix unilatéralement fixé était celui du contrat d'application et que la nullité était encourue pour le contrat-cadre et les contrats d'application, le Code n'apporte maintenant aucune précision. Le législateur s'est en effet contenté d'énoncer que « *dans les contrats-cadres*, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties (...) », aucune mention n'étant faite du contrat d'application. C'est pourtant bien au sein de celui-ci que le prix peut faire l'objet d'une fixation unilatérale, étant établi depuis plus de vingt ans que le contrat-cadre est dépourvu de prix... La logique voudrait pourtant que « seul le prix des contrats d'application futurs, parce qu'il peut être difficile de le fixer à l'avance, [soit] concerné par le pouvoir unilatéral susceptible d'être prévu dans une clause »⁹⁴⁴.

La notion de contrat-cadre manque par ailleurs de précision en elle-même. Il est ainsi permis de s'interroger sur le point de savoir si tous les contrats-cadres sont visés par l'article 1164 du Code civil. Aucune précision n'est, en effet, apportée dans l'hypothèse où un contrat-cadre est conclu entre un professionnel et un consommateur, alors que la fixation unilatérale du prix pourrait se révéler préjudiciable. Une solution pourrait être apportée par la législation sur les clauses abusives. Serait ainsi présumée abusive la clause permettant au créancier professionnel de fixer unilatéralement un prix trop éloigné de celui du marché. Plus dissuasive que la menace de l'abus, une telle mesure accorderait tout de même une certaine marge de manœuvre au créancier dans la fixation du prix. M. Jean-Sébastien Borghetti s'interroge également quant au sort des contrats-cadres contenant des obligations d'acheter et notamment leur possible assimilation à des promesses d'acheter, permettant de leur appliquer l'article 1591 du Code civil⁹⁴⁵. L'auteur préfère y voir un contrat-cadre, au risque de priver l'article 1164 du Code civil de tout intérêt, bien qu'une telle lecture puisse conduire à un contournement des règles de détermination du prix dans la vente⁹⁴⁶.

⁹⁴⁴ L. LEVENEUR, « La détermination du prix dans les contrats », in *Mélanges Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 1057 – C. GRIMALDI, « La fixation du prix », *RDC* 2017, n° 3, p. 558.

⁹⁴⁵ J.-S. BORGHETTI, « Fixation et révision du prix », *op. cit.*

⁹⁴⁶ Les parties pourraient en effet être tentées de conclure un unique contrat-cadre, plutôt que des ventes échelonnées dans le temps, afin de s'émanciper de la règle de la détermination du prix et de profiter de la validité des clauses catalogues au sein du contrat cadre.

Après les imperfections de l'hypothèse légale de fixation unilatérale du prix au sein du contrat-cadre, doivent également être envisagées celles dans les contrats de prestation de service.

§2 – Affirmation de la fixation unilatérale du prix par le créancier du contrat de prestation de services

Les contrats d'entreprise et de mandat présentent la particularité de faire l'objet d'une détermination du prix *a posteriori* de leur formation. En effet, « il n'est souvent pas d'usage, dans un contrat de service passé avec un membre d'une profession libérale de fixer à l'avance le prix de ses services⁹⁴⁷ ». L'estimation de la valeur économique de l'obligation essentielle du contrat a donc lieu postérieurement à l'exécution de celle-ci, les contrats d'entreprise et de mandat constituant la terre d'élection de l'indétermination du prix. Ce décalage temporel entre la conclusion et l'estimation date du droit romain⁹⁴⁸, et se trouve justifié par une double incertitude, tant au regard du temps de travail que de la quantité exacte du service qui sera effectivement fourni⁹⁴⁹. En effet, « les parties ne disposent pas, dès l'origine, de l'ensemble des informations leur permettant de se décider en pleine connaissance de cause et ne peuvent, quels que soient les sacrifices qu'elles seraient prêtes à consentir, les acquérir. Elles acceptent donc, pas la force des choses, de contracter sur la base de connaissances incomplètes, en considération d'un but à atteindre dont elles fixent à l'avance, avec plus ou moins de précision, le contour »⁹⁵⁰.

⁹⁴⁷ D. TALLON (dir.), *La détermination du prix dans les contrats : étude de droit comparé*, Pedone, coll. Harmonisation du droit des affaires Nouvelle série, 1989, p. 11.

⁹⁴⁸ Le contrat d'entreprise tel que perçu par le droit romain était bien différent de celui du droit positif. Il convenait en effet de distinguer le louage de services (*locatio operarum*, ancêtre du contrat de travail, mais pour l'instant réservé aux esclaves), du louage d'ouvrage (*locatio operis faciendii*) et du mandat. Le droit romain se montrait très méprisant s'agissant du travail manuel : les prestations intellectuelles, plus nobles étaient réalisées dans le cadre d'un contrat de mandat et non d'un *locatio operis faciendii* (et encore moins d'un *locatio operarum*). Or, le régime du mandat prévoyait la gratuité de principe de ces services. Toutefois « comme il faut tout de même vivre » le *procurator*, mandataire professionnel, pourra réclamer des « honoraires » dans le cadre d'une procédure extraordinaire, la *cognitio*, au cours de laquelle « le magistrat fixe lui-même leur montant, il taxe en somme leur montant, exactement comme le fait aujourd'hui un tribunal à propos des auxiliaires de justice » (J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n° 471, p. 731 et n° 473, p. 734). Temporellement, le moment de l'exécution de la prestation était donc antérieur à celui de l'estimation, judiciaire, de la valeur économique. Plus tard, le mépris du droit romain s'atténua et les prestations intellectuelles seront qualifiées de *locatio operis faciendii* (louage d'ouvrage). Ce dernier sera enfin requalifié, dans les années 1930, en « contrat d'entreprise » (sur ce point, v. F. LABARTHE, « Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion » in *Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 489).

⁹⁴⁹ P. PUIG, « Le prix dans les contrats de prestation de services », in *Le droit spécial des contrats à l'épreuve du nouveau droit commun*, G. LARDEUX, A. SERIAUX et V. EGEA (dir.), PUAM, 2017, p. 57.

⁹⁵⁰ H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré*, PUF, 1999, p. 643.

Les contrats d'entreprises sont ainsi qualifiés d'« incomplets »⁹⁵¹ selon les économistes, car conclus dans une situation d'ignorance.

Le cas particulier du contrat d'entreprise et de mandat avait retenu toute l'attention des différents comités chargés de penser la réforme du droit des contrats. L'intégralité de ceux-ci ont admis la fixation unilatérale du prix par le créancier, à l'exception du premier projet de la Chancellerie de 2008, qui a simplement admis l'indétermination du prix au sein des « obligations de faire dont l'étendue de la prestation ne peut être précisément déterminées lors de la conclusion du contrat ». À l'inverse, l'article 1121-5 de l'avant-projet Catala admettait la fixation unilatérale du prix par le créancier « si l'étendue d'une obligation de faire n'est pas déterminée au moment du contrat ni déterminable ultérieurement selon des critères extérieurs à la volonté des parties », à charge pour lui d'en justifier le montant en cas de contestation. De même, en 2010, dans son deuxième projet, la Chancellerie modifie la formulation, mais conserve le pouvoir de fixation unilatérale du prix par les créanciers « pour les contrats de prestation de services ». Cette formulation fut ainsi reprise au sein des articles 1164 du projet de réforme de la Chancellerie de 2015, puis 1165 de la réforme de 2016. La loi de ratification de 2018 n'a apporté aucune modification sur ce point.

Finalement, l'article 1165 du Code civil retient la possibilité d'une fixation unilatérale *a posteriori* au sein des « contrats de prestation de services ». Cette catégorie de contrats, inconnue du droit civil, soulève des difficultés d'interprétation, ce qui conduit à retenir une définition restreinte des contrats de prestation de services (I.). Par ailleurs, l'article 1165 du Code innove profondément du point de vue de ses effets, car la fixation, bien qu'*a posteriori*, était jusqu'ici unilatérale dans le contrat de prestation de services (II.).

I. DEFINITION RESTREINTE DU CONTRAT DE PRESTATION DE SERVICES

L'analyse des enjeux liés à la délimitation du champ d'application de l'article 1165 du Code civil (A.) conduit à retenir une définition restreinte du contrat de prestation de services (B.).

⁹⁵¹ P. GARELLO, « Les économistes et le contrat », in *Mélanges Ch. Mouly*, I, Litec, 1998, p. 37.

A. Enjeux de la délimitation du champ d'application de l'article 1165 du Code civil

L'article 1165 du Code civil a vocation à s'appliquer aux « contrats de prestation de service⁹⁵² », dont le législateur ne livre aucune définition, lui conférant un champ d'application particulièrement incertain.

152. Absence de définition légale et unitaire de la prestation de services. – Notion plus économique que juridique⁹⁵³, le contrat de prestation de services est appréhendé par les différentes branches du droit, sans pour autant faire l'objet d'une définition unitaire. Si le droit civil⁹⁵⁴, le droit de la consommation⁹⁵⁵, le droit fiscal⁹⁵⁶ et le droit international privé⁹⁵⁷ apportent chacun des éléments de régime, aucune définition n'est établie. Tout au plus, le droit de la consommation donne-t-il une définition négative de la prestation de service, conçue en opposition avec la vente (« est interdit le fait de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service », « de proposer l'achat de produits ou la fourniture de services »...).

Le droit européen, davantage coutumier du fait, définit largement la prestation de services comme « toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération⁹⁵⁸ ». La prestation de services semble *in fine* désigner toute obligation de faire réalisée à titre onéreux et de manière indépendante. Cette conception est également retenue au sein des dictionnaires juridiques⁹⁵⁹ et par l'avant-projet de réforme du droit des contrats

⁹⁵² Par opposition à l'article 1121-5 de l'avant-projet Catala qui ne s'appliquait que lorsque « l'étendue d'une obligation de faire n'est pas déterminée au moment du contrat, ni déterminable ultérieurement selon des critères extérieurs à la volonté des parties » et à l'article 81 du projet de la Chancellerie de 2008, applicable aux « obligations de faire dont l'étendue de la prestation ne peut être précisément déterminées lors de la conclusion du contrat », l'ensemble des projets de réforme sont applicables aux contrats de prestation de service.

⁹⁵³ P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, éd. Panthéon-Assas, 2002, n° 14, p. 37.

⁹⁵⁴ Articles 1127-1, 1127-3, 1165 et 1352-8 du Code civil.

⁹⁵⁵ V. entre autres, les articles L. 121-2 et suivants du Code de la consommation.

⁹⁵⁶ Article 256 du Code général des impôts.

⁹⁵⁷ V. le Règlement Rome I, art. 4, 1 b) (P. BERLIOZ, « La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du règlement « Bruxelles I » », *JDI* 2008, n° 3, doctr. 6).

⁹⁵⁸ Article 4 de la directive n° 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, dite « services ».

⁹⁵⁹ La prestation de services est ainsi définie comme le « terme générique qui désigne toute activité déployée à titre onéreux ne correspondant pas à la fourniture d'un bien ; le service peut être matériel (hôtellerie, transport), intellectuel (conseil juridique, soins médicaux) ou financier (assurance, crédit) et relève de figures contractuelles très variées : mandat, entreprise, contrat de travail, bail, prêt » (v. « prestation de services » *in Lexique des termes juridiques*, 27^e éd., Dalloz, 2019, p. 834), ou bien comme le « terme générique englobant, à l'exception de la fourniture de produits (en pleine propriété), celle de tout avantage appréciable en argent (ouvrage, travaux, gestion, conseil, etc.), en vertu des contrats les plus divers (mandat, entreprise, contrat de travail, bail, assurance, prêt à usage, etc.) » (v. « prestation de services » *in* G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 13^e éd., PUF, coll. Quadrige, 2020, p. 792).

spéciaux⁹⁶⁰. Publié en 2018, ce dernier a nécessairement été rédigé en considération du droit positif et, par conséquent, du nouvel article 1165 du Code civil.

L'alignement du droit civil interne sur le droit européen et la retenue d'une définition large de la prestation de service, caractérisée par l'obligation de faire, modifierait les catégories contractuelles connues. En retenant une définition extensive de la prestation de services, celle-ci constituerait alors une catégorie de contrats autonome, caractérisée par l'exécution d'une obligation de faire⁹⁶¹. Le contrat d'entreprise ne serait alors plus qu'une espèce, parmi un genre bien plus vaste de contrats, les prestations de service. Une telle perspective mettrait ainsi « fin à l'ambiguïté consistant à concevoir le contrat d'entreprise tout à la fois comme un contrat spécial et comme une famille de contrats »⁹⁶². Les catégories de contrats spéciaux deviendraient alors binaires, avec d'un côté les contrats translatifs de propriété avec la vente en figure de proue, et, d'autre part, les prestations de service au titre desquels figureraient le mandat, l'entreprise, le dépôt, le bail, le prêt à usage, l'assurance, le contrat de travail, la constitution d'un usufruit...

À l'inverse, il demeure envisageable de retenir une définition plus restrictive de la prestation de service, l'appellation n'étant alors que le nouveau nom des contrats d'entreprise et de mandat.

153. Conséquences de l'absence de définition légale de la prestation de services. – Les contours flous du champ d'application de l'article 1165 soulèvent des difficultés pratiques.

Une lecture extensive de la notion de prestation de services conduirait, tout d'abord, à appliquer l'indétermination du prix à des contrats qui, jusqu'à 2016, étaient soumis à la détermination du prix. La réforme conduirait ainsi à un bris de jurisprudence en matière de contrat de prêt et de bail. La question de l'extension de la définition de la prestation de services aux contrats-cadres de prestation de service doit également être relevée. Ces contrats seraient susceptibles de relever indifféremment des articles 1164 et 1165 du Code civil. Si le débat peut ne sembler que théorique compte tenu de la grande similarité entre ces dispositions, notamment du point de vue de la sanction, la définition de l'abus retenue par chacune d'entre

⁹⁶⁰ L'article 69 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux définit ainsi le contrat de prestation de services comme « celui par lequel le prestataire doit accomplir un travail de manière indépendante au profit du client ».

⁹⁶¹ L'ordonnance de 2016 a pourtant fait disparaître toute référence expresse à l'obligation de faire (v. G. LARDEUX, « Le contrat de prestation de services dans les nouvelles dispositions du code civil », *D.* 2016, p. 1659).

⁹⁶² B. MENARD, « La fixation du prix dans les contrats de prestation de services à la lumière de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », *RTD civ.* 2019, p. 263.

elles est pourtant bien différente en pratique et l'abus semble plus aisé à prouver au sein du contrat de prestation de services que dans le contrat-cadre⁹⁶³. La tentation pourrait ainsi être grande pour les parties de se prévaloir du plus avantageux de ces textes. La logique voudrait que le conflit soit tranché en faveur de l'article 1164 du Code civil⁹⁶⁴, la convention-cadre conférant au contrat sa coloration particulière, alliant l'exécution sur une longue durée et l'exclusivité de la fourniture du service.

Les enjeux dégagés au regard de la définition du contrat de prestation de service conduisent à conclure au refus d'une conception extensive de celle-ci.

B. Refus d'une définition extensive de la prestation de services

L'approfondissement de deux hypothèses – définition extensive et définition restreinte de la notion de prestation de service – permet de conclure à l'impossibilité de retenir une définition extensive de la prestation de services, au profit d'une définition plus restreinte, organisée autour des contrats d'entreprise et de mandat.

154. Justification de l'exclusion d'une définition extensive de la prestation de service.

– Un premier argument conduisant à l'exclusion de la définition extensive de la prestation de service doit être, en partie, écarté. Certains estiment que compte tenu de l'hostilité du droit positif à l'égard de l'unilatéralisme dans la fixation du prix, il serait difficilement compréhensible qu'une interprétation large de la notion de prestation de services soit retenue. Retenir une définition large reviendrait, en effet, à soumettre un plus grand nombre de contrats à la fixation unilatérale du prix prévue, édictée par l'article 1165 du Code civil. En considérant que l'article 1165 constituerait une exception au principe général d'indétermination du prix, la définition retenue de la prestation de services ne peut être que particulièrement restreinte. Or, au regard de ce qui a été vu précédemment, il s'avère excessif de parler d'hostilité du droit positif : celui-ci tente de composer avec les différents impératifs liés aux différentes hypothèses de détermination du prix. Puisque la détermination du prix ne constitue pas un principe général de droit des contrats, la réaction du droit face à la question de la fixation du prix s'avère dès lors indifférente, au regard du champ d'application de l'article 1165 du Code civil.

Par ailleurs, la distinction entre les prestations de service et les autres contrats semblent être articulée autour de la dichotomie entre les obligations de faire et les obligations de donner.

⁹⁶³ Cf. *infra* nos 208 et s.

⁹⁶⁴ V. également en ce sens C. GRIMALDI, « La fixation du prix », *op. cit.*

Celle-ci a, pourtant, été abandonnée par la réforme, compte tenu de son caractère artificiel. Il a en effet été considéré que l'obligation de donner pouvait être considérée comme une variété d'obligation de faire⁹⁶⁵. Le critère de distinction s'avère insuffisant. Il faudrait alors appliquer l'article 1165 du Code civil à la vente, mais aussi à l'ensemble des contrats supposant un transfert de propriété. M. Christian Larroumet juge une telle interprétation « absurde »⁹⁶⁶, car de nombreux contrats non visés par l'ordonnance n'ont rien à voir avec une prestation de services ni avec un contrat translatif. Il serait donc impossible de distinguer d'un côté les contrats onéreux translatifs de propriété et d'un autre les contrats onéreux non translatifs de propriété – et d'assimiler ces derniers à des prestations de service, et ce d'autant que certains contrats de prestation de service entraînent un transfert de propriété (contrat *do ut facias*).

Enfin, il n'existe pas d'utilité à étendre la fixation unilatérale du prix *a posteriori* hors des contrats d'entreprise et de mandat, notamment aux contrats jusqu'ici soumis à la détermination du prix par la jurisprudence. Les raisons qui justifient le recours à l'indétermination du prix dans les contrats d'entreprise et de mandat ne se retrouvent pas au sein de ces conventions. Dès lors, l'application de l'article 1165 du Code civil risquerait de conduire à des bouleversements indésirables. Admettre que le prêteur *doive* fixer le taux des intérêts après que les fonds ont été remis à l'emprunteur, ou que le locataire découvre systématiquement le montant du loyer après avoir joui du bien risquerait de se révéler dangereux...

155. Justification d'une définition restreinte de la prestation de service. – La doctrine est unanime et appelle à retenir une définition restrictive de la prestation de service, organisée autour des contrats d'entreprise et de mandat⁹⁶⁷. Le contrat de prestation de services ne serait finalement que le nouveau dénominateur accordé au contrat d'entreprise, lequel est à l'origine qualifié, et l'est encore par le Code civil, de « contrat de louage d'ouvrage »⁹⁶⁸.

Il convient de retenir une définition de la prestation de services incluant le contrat d'entreprise et le contrat de mandat, mais exclusive des obligations auxquelles la loi ou la

⁹⁶⁵ En effet, « lorsque, conformément au principe, le transfert de propriété est l'effet instantané de l'échange des consentements, il paraît impossible d'identifier, ne serait-ce qu'un instant de raison, l'existence d'une obligation de donner » (Ph. SIMLER, « Obligation de donner et transfert de propriété. Contribution à la question de la classification des obligations », *Rev. jur. Thémis*, 2011, vol. 45, p. 194).

⁹⁶⁶ Ch. LARROUMET et S. BROS, *Les obligations : le contrat*, 9^e éd., Economica, 2018, n^{os} 388 et s., p. 357 et s.

⁹⁶⁷ V. en ce sens G. LARDEUX, « Le contrat de prestation de services dans les nouvelles dispositions du code civil », *op. cit.* – J.-S. BORGHETTI, « Fixation et révision du prix », *op. cit.* – C. GRIMALDI, « « La fixation du prix », *op. cit.*

⁹⁶⁸ Sur ce point, v. F. LABARTHE, « Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion », *op. cit.* – P. PUIG, « Le prix dans les contrats de prestation de services », *op. cit.*

jurisprudence appliquent traditionnellement la détermination du prix. Le prix est souvent débattu par les parties lors de la conclusion du contrat et constitue, pour celles-ci, un des motifs qui les aura poussées à contracter : un taux plus avantageux, un loyer correct. Il est donc délicat d'envisager que ces conventions puissent faire l'objet d'une détermination unilatérale *a posteriori* sur le fondement de l'article 1165. Il s'agirait finalement de prévoir une exception légale de manière inductive, dans le même esprit que l'Assemblée plénière en 1995 lorsqu'elle énonçait que « l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, *sauf dispositions légales particulières*, la validité de celle-ci »⁹⁶⁹. Une définition satisfaisante est finalement proposée par le *Lexique des termes juridiques*, lequel propose de retenir comme caractéristique principale du contrat de prestation de services l'existence d'une « activité déployée à titre onéreux ne correspondant pas à la fourniture d'un bien »⁹⁷⁰. Le terme « activité » traduit un travail à réaliser, dans l'esprit d'un contrat d'entreprise, permettant ainsi d'exclure tout transfert de propriété du champ d'application de l'article 1165. Cet esprit est retrouvé au sein de l'article 69 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, lequel énonce que « le contrat de prestation de services est celui par lequel le prestataire doit accomplir un travail de manière indépendante au profit du client ». Par ailleurs, l'exclusion expresse de la « fourniture d'un bien » permet également d'éviter l'application de cette disposition aux contrats supposant une obligation de *praestare*⁹⁷¹ (bail, prêt, location...), lesquels n'ont aucun besoin pratique de recourir à la fixation unilatérale du prix. Il convient toutefois de rajouter à cette définition un élément d'indépendance dans la réalisation de ce travail, afin d'exclure le contrat de travail du champ d'application de l'article 1165 du Code civil. Finalement, seuls les contrats d'entreprise et de mandat répondraient aux critères posés par cette nouvelle définition.

En définitive, le champ d'application de l'article 1165 du Code civil est identique à la règle prétorienne antérieure à la réforme, appliquant traditionnellement l'indétermination du prix aux contrats d'entreprise et de mandat. M. Jacques Ghestin avait ainsi clairement sollicité, dès 2009, une suppression pure et simple de l'article 1165 du Code civil⁹⁷². M. Jérôme Huet a,

⁹⁶⁹ Cass. ass. plén. 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.578, *Bull. A.P.*, n° 7, p. 13, dit *Compagnie atlantique du téléphone* ; *JCP G* 1996, II, 22565, concl. M. JEOL, note J. GHESTIN ; *D.* 1996, jurispr. p. 13, concl. M. JEOL, note L. AYNES ; *JCP E* 1996, 776, note L. LEVENEUR ; *JCP N* 1996, n° 13, p. 493, étude D. BOULANGER ; *LPA* 27 déc. 1995, p. 11, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS.

⁹⁷⁰ V. « prestation de services » in *Lexique des termes juridiques*, 27^e éd., Dalloz, 2019, p. 834. Attention toutefois, la définition retenue dans cet ouvrage doit être nuancée car elle estime que constituent des prestations de service les contrats de bail et de prêt.

⁹⁷¹ Sur la notion d'obligation de *praestare*, cf. *supra* n° 120.

⁹⁷² J. GHESTIN, « Observations », *LPA* 2009, n° 31, p. 5.

plus modérément, suggéré une réécriture, en vertu de laquelle « *dans les contrats où l'étendue de la prestation est difficile, voire impossible, à déterminer lors de leur conclusion, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier*⁹⁷³ ».

La proposition de M. Jérôme Huet, davantage fonctionnelle que notionnelle, présente l'avantage de la souplesse, en excluant expressément un certain nombre de conventions sans pour autant restreindre le champ d'application de l'article 1165 à certains contrats précisément. La proposition radicale de M. Jacques Ghestin présente toutefois l'avantage de résoudre la difficulté d'articulation entre le droit commun et le droit spécial. Si le champ d'application de l'article 1165 du Code civil doit être réduit à peau de chagrin, en y intégrant uniquement les contrats d'entreprise et de mandat, pourquoi ne pas laisser le droit spécial des contrats régler ces hypothèses ? Compte tenu des difficultés liées à la fixation unilatérale du prix et des lacunes des sanctions prévues par l'article 1165, une telle solution simplifierait sans doute le droit positif⁹⁷⁴.

La jurisprudence postérieure à la réforme semble ainsi aller dans ce sens puisque la première Chambre civile de la Cour de cassation a récemment admis que « le contrat de location d'un logement, en ce qu'il oblige le bailleur à mettre un immeuble à la disposition du locataire afin qu'il en jouisse pendant un certain temps, sans imposer au premier, à titre principal, l'exécution d'une prestation, ne constitue pas un contrat de fourniture de services »⁹⁷⁵. Bien que le contentieux portait en réalité sur l'applicabilité du droit de la consommation à l'espèce, la formulation généraliste de la solution adoptée par la Cour de cassation n'est pas anodine.

156. Indifférence de l'absence de définition unitaire de la prestation de service. – Peu importe *in fine* que la définition retenue par le droit civil ne soit pas alignée sur le droit européen et, par conséquent, sur le droit de la consommation et de la concurrence. Il ne s'agit aucunement de la seule hypothèse de polysémie reconnue par le droit⁹⁷⁶. Selon Mme Gwendoline Lardeux, cette différence sémantique trouverait à s'expliquer par l'autonomie des concepts nationaux au regard du droit européen, laquelle est « fondée sur l'impératif d'interpréter les notions du droit de l'Union en fonction des objectifs poursuivis par le texte applicable. Dans ce cadre, si la

⁹⁷³ J. HUET, « Proposition de modification de l'article 1165 du Code civil : utiliser une formule permettant de comprendre dans quels cas on admet qu'il n'y a pas d'exigence de fixation du prix lors de l'accord des parties », *RDC* 2017, n° 1, p. 183.

⁹⁷⁴ Cette solution ne serait toutefois que transitoire, le temps que la réforme du droit des contrats spéciaux établisse un régime propre en matière de prix à chaque catégorie contractuelle.

⁹⁷⁵ Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2019, n° 18-10.424, *Bull. civ.* I ; *RDC* 2019, p. 32, note J.-B. SEUBE.

⁹⁷⁶ La notion de domicile ne fait ainsi pas la même acception en droit civil, en droit fiscal et en droit pénal.

notion de prestation de services la plus large a été retenue, c'est afin de donner la portée maximale à la liberté de circulation des services au sein du marché intérieur. Or une telle préoccupation est étrangère au droit interne. Partant, les mêmes termes peuvent renvoyer à des concepts aux contours différents selon l'origine de l'article où ils sont inscrits⁹⁷⁷ ».

L'article 1165 du Code civil aurait donc vocation à s'appliquer aux contrats de prestation de service, ceux-ci étant entendus de manière restrictive. Ce seraient donc uniquement les contrats de mandat et d'entreprise qui bénéficieraient de la nouvelle prérogative légale de fixation unilatérale du prix.

II. CREATION D'UNE PREROGATIVE LEGALE DE FIXATION UNILATERALE DU PRIX

La pratique prétorienne admettait jusqu'ici la validité des contrats d'entreprise et de mandat dépourvus de prix, à charge pour le créancier d'émettre une « offre de prix »⁹⁷⁸ postérieurement à l'exécution du contrat. Les parties restaient donc libres de déterminer bilatéralement le prix, en vertu de l'ensemble des règles exposées précédemment. Si les débats n'aboutissaient à aucun consensus, les contractants pouvaient alors se tourner vers le juge afin qu'il fixe le prix en leur lieu et leur place. Les parties restaient bien sûr libres de fixer le prix *ab initio*, de manière forfaitaire, mais la voie de la fixation judiciaire leur était alors fermée.

Aucune de ces règles n'a été consacrée par la réforme du droit des obligations, tant en matière de fixation du prix (A.), que d'immixtion judiciaire (B.).

A. Modification du rôle du créancier

L'admission de la fixation unilatérale du prix dans le contrat de prestation de services est tout à fait novatrice, ce qui a pu conduire un auteur à estimer, à tort, qu'il se rapprocherait du contrat d'adhésion.

157. Possibilité légale novatrice d'une fixation unilatérale du prix. – En retenant explicitement la fixation unilatérale de droit dans les contrats de prestation de service⁹⁷⁹, la réforme du droit des obligations intervenue en 2016 a profondément modifié les règles

⁹⁷⁷ G. LARDEUX, « Le contrat de prestation de services dans les nouvelles dispositions du code civil », *op. cit.*

⁹⁷⁸ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 9^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2019, n° 841, p. 706. Le prix proposé par le créancier, après l'exécution du contrat, n'avait aucune valeur contraignante et n'était finalement qu'une suggestion.

⁹⁷⁹ Seule la fixation unilatérale est ici explicite, car la formulation générale reste maladroite. Le législateur envisage l'absence d'accord des parties, sans préciser l'objet du désaccord... S'il s'agit du prix, davantage de clarté aurait pu être espéré, « d'autant que le défaut d'accord sur le prix peut provenir d'une impossibilité de définir exactement la prestation » (v. E. SAVAUX, « Le contenu du contrat », *op. cit.*).

applicables en la matière. Le nouvel article 1165 du Code civil pose désormais le principe selon lequel « dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier ». Bien que le rapport au Président de la République estime « [consacrer] une jurisprudence de la Cour de cassation⁹⁸⁰ », la règle est tout à fait nouvelle, car un pouvoir exorbitant de fixation du prix est attribué au créancier⁹⁸¹.

Si, autrefois, le prix était proposé par le créancier et débattu par les parties, il peut aujourd'hui être fixé par le créancier seul. Entre « proposition » et « fixation », le changement n'est pas uniquement sémantique, et c'est un pan entier de l'ancien droit qui s'écroule : le prix fixé par le prestataire est exigible dès sa fixation, quand bien même il serait contesté⁹⁸². M. Cyril Grimaldi relève que le débat n'est pas que théorique et aurait, au contraire, des conséquences pratiques importantes⁹⁸³. Une fois le prix fixé par le créancier, celui-ci devient contraignant pour le débiteur : la créance, déjà liquide et certaine, est de surcroît devenue exigible. Le débiteur ne peut donc refuser de s'exécuter et les voies d'exécution judiciaires s'ouvriront au créancier en cas de refus de paiement (saisie-attribution, saisie sur salaire, saisie-vente de meubles corporels...) ⁹⁸⁴. La réforme aura donc été novatrice en ce que le créancier s'est vu attribuer une nouvelle prérogative. Mme Gwendoline Lardeux effectue, quant à elle, une lecture tout autre de cette disposition et accorde une certaine marge de manœuvre au client en considérant que le prix ne devient « incontestable car admis en pleine connaissance de cause » qu'une fois accepté par le client⁹⁸⁵. L'auteure envisage par la suite une seconde hypothèse dans laquelle le prix ferait l'objet d'une contestation par le client. La contradiction est patente : le prix n'est pas « fixé », s'il doit faire l'objet d'une acceptation, car la fixation du prix a force obligatoire. Si le prix doit être accepté, il n'est alors que « suggéré », ce qui équivaut au système antérieur à la réforme. De même, si le prix peut faire l'objet d'une contestation par le client, c'est bien qu'il a une valeur contraignante.

⁹⁸⁰ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25.

⁹⁸¹ Par « créancier », cela ne fait aucun doute, il faut entendre le créancier du prix, c'est-à-dire le prestataire de service (P. PUIG, « Le prix dans les contrats de prestation de services », *op. cit.*).

⁹⁸² C. GRIMALDI, « La fixation du prix », *op. cit.*

⁹⁸³ C. GRIMALDI, « La fixation du prix », *op. cit.*

⁹⁸⁴ M. Benjamin Ménard relève toutefois que l'hypothèse doit être nuancée, « car le juge des référés devant lequel serait demandée l'exécution forcée pourrait décider que l'argumentation du débiteur qui invoque l'abus constitue une contestation sérieuse et, ce faisant, rejeter la demande de paiement » (v. B. MENARD, « La fixation du prix dans les contrats de prestation de services à la lumière de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », *op. cit.*).

⁹⁸⁵ G. LARDEUX, « Le contrat de prestation de services dans les nouvelles dispositions du code civil », *op. cit.*

Telle n'était absolument pas la règle prévue par la jurisprudence avant la réforme. Recherchant le parallélisme des formes avec l'article 1164 du Code civil, traitant également de la fixation unilatérale du prix, le législateur a emprunté un chemin bien distinct. Le premier projet de réforme de la Chancellerie de 2008 retenait pourtant bien l'ancienne solution, sans consacrer de quelconque pouvoir de fixation unilatérale du prix. Était ainsi énoncé que « les obligations de faire dont l'étendue de la prestation ne peut être précisément déterminées lors de la conclusion du contrat (...) ». Rien ne justifiait de mettre entre les mains du créancier un tel droit potestatif. Les contrats d'entreprise et de mandat n'ont jamais été soumis à la fixation unilatérale du prix : il n'était qu'admis que le prix puisse ne pas être fixé lors de la conclusion du contrat. Le législateur a donc accordé au créancier le pouvoir de fixation qui, autrefois, revenait au juge.

158. Impossibilité d'assimilation à un contrat d'adhésion. – M. Pascal Puig s'interroge sur le point de savoir s'il serait possible d'assimiler le contrat de prestation de services à une nouvelle forme de contrat d'adhésion, subtilement différente de celle entendue par le nouvel article 1110 du Code civil. Le prix est en effet un élément essentiel qui, en plus d'être exclu du contenu des négociations, n'est communiqué qu'à l'issue de l'exécution contractuelle, si bien que le débiteur s'engagerait à l'aveugle.

Au-delà des différences formelles entre ces deux catégories contractuelles que l'auteur évince aisément⁹⁸⁶, l'assimilation avec le contrat d'adhésion reste, pourtant, difficile à concevoir. S'il n'y a pas eu de débat sur le montant exact du prix, les parties se sont toutefois accordées sur le mode de fixation : le débiteur est informé que le prix sera formulé par le créancier. Contester « l'aveuglement » dont serait victime le débiteur revient à critiquer le mode de formation particulier de ce type de contrat. Or, le décalage entre la formation du contrat et la fixation du prix est nécessaire pour des raisons pratiques. Le débiteur passe nécessairement par une phase dans laquelle le contrat est exécuté sans pour autant que le prix soit fixé. Certes, désormais, le prix s'impose à lui avec toutes les conséquences juridiques qui s'y attachent, mais une importante voie de contestation reste toutefois ouverte, à la différence du contrat d'adhésion. Il convient, par ailleurs, de relever que la majorité des contrats de prestation de

⁹⁸⁶ L'auteur estime pouvoir contourner les différences formelles entre le contrat d'adhésion (pas de négociation des conditions générales qui sont déterminées à l'avance) et le contrat de prestation de services (fixation unilatérale du prix par le créancier *a posteriori*), compte tenu de l'importance du déséquilibre structurel inhérente à ces deux catégories contractuelles, bien que celui du contrat de prestation de services soit jugé « infiniment plus dangereux ».

services étant des contrats de consommation, « l'aveuglement » dont serait victime le débiteur n'est donc pas total, compte tenu de l'existence de l'obligation d'information sur les prix⁹⁸⁷.

Au-delà de ces considérations, il convient de s'attacher davantage à la disparition de la fixation judiciaire du prix.

B. Éviction du juge

L'admission de la fixation unilatérale du prix par le créancier fait obstacle à toute hypothèse de désaccord des parties quant au prix et, par conséquent, rend la fixation judiciaire obsolète.

159. Regrettable disparition de la fixation judiciaire du prix. – La formulation particulière de l'article 1165 conduit également à la disparition du pouvoir de fixation judiciaire du prix dans les contrats d'entreprise et de mandat. Il est en effet énoncé que « le prix *peut* être fixé par le créancier ». Dans l'hypothèse d'un désaccord des parties sur le montant du prix après l'exécution du contrat, tout créancier averti saisira la possibilité qui lui est offerte de fixer unilatéralement le prix. Avant 2016, la facture présentée par le créancier ne constituait qu'une offre, dénuée de toute force obligatoire, alors que le prix fixé par le créancier est désormais contraignant et le débiteur insatisfait ne pourra le contester que par le biais de l'abus dans la fixation unilatérale du prix.

Se pose la question du maintien de la prérogative judiciaire de fixation du prix malgré le silence de l'article 1165 du Code civil. Si M. Jacques Moury estime que « la fixation judiciaire du prix existe de longue date, cantonnée au contrat d'entreprise. Les textes nouveaux sont muets sur cette question, mais l'absence de subordination de la validité du contrat à la fixation du prix emporte inéluctablement une possibilité de fixation judiciaire si les parties »⁹⁸⁸, la grande majorité des auteurs a critiqué la réforme sur ce point dès sa publication⁹⁸⁹. Le

⁹⁸⁷ Cf. *infra* nos 188 et s.

⁹⁸⁸ J. MOURY, « La détermination du prix dans le “nouveau” droit commun des contrats », *D.* 2013, p. 1116. L'auteur semble toutefois revenir sur son propos quelques lignes plus tard, en précisant que « la faculté (...) que donne le législateur au prestataire (de décider du prix) est de nature à réduire sensiblement le champ de cette fixation judiciaire ». V. également en ce sens, bien que plus nuancée, Mme Gwendoline Lardeux selon laquelle l'action en fixation judiciaire n'ayant pas le même objet que l'action en indemnisation pour abus dans la fixation unilatérale du prix, celles-ci seraient cumulatives (G. LARDEUX, « Le contrat de prestation de services dans les nouvelles dispositions du code civil », *op. cit.*).

⁹⁸⁹ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 422, p. 366 – F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2019, n° 734, p. 698 – F. LABARTHE, « La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service. Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du code civil »,

législateur n'a pas cru bon profiter de la loi de ratification de 2018 pour rétablir sa « maladresse », qui semble finalement tout à fait assumée et conduirait ainsi à la disparition de la fixation judiciaire du prix.

M. Pascal Puig justifie quant à lui cette disparition par l'application de l'adage *specialia generalibus derogant*⁹⁹⁰ : le contrat d'entreprise et de mandat appartenant désormais à la catégorie des contrats de prestation de service, une règle gouvernant spécialement le contrat d'entreprise ne peut pas déroger à une règle générale, dès lors que leur champ d'application est identique. Le juge judiciaire ne serait donc plus sollicité afin de fixer le prix en lieu et place des parties⁹⁹¹. M. Denis Mazeaud, qui exprime « des doutes sérieux sur la survie de la règle jurisprudentielle ancienne »⁹⁹², relève que le raisonnement tenu est loin d'être imparable : l'adage n'a en effet pas vocation à s'appliquer lorsque la règle spéciale est antérieure à la règle générale.

Au vu de cette inévitable disparition de la fixation judiciaire, M. Pascal Puig invite alors à « inventer de nouvelles parades afin de compenser la maladresse du législateur et continuer de protéger au mieux les clients des prestataires ». Il propose ainsi de recourir à l'article 1223 du Code civil afin de rétablir le pouvoir de fixation judiciaire. Il suffirait au débiteur de se prévaloir de l'exigence de qualité induite par l'article 1166 du Code civil pour être indemnisé, ce qui permettrait, par compensation, d'obtenir le juste prix⁹⁹³.

op. cit. – D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : que vont les règles jurisprudentielles non codifiées, devenir ? », in *Mélanges Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 529.

⁹⁹⁰ Selon cet auteur, « si l'on avait voulu attribuer au juge le pouvoir de fixer le prix à défaut d'accord des parties, sans pour autant lui reconnaître celui de corriger la loi des parties, il eût fallu refuser tout pouvoir unilatéral de fixation à l'entrepreneur » (v. P. PUIG, « Le prix dans les contrats de prestation de services » *op. cit.*).

⁹⁹¹ P. PUIG, « Le prix dans les contrats de prestation de services », *op. cit.*

⁹⁹² Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n^{os} 383 et s., cité par D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : que vont les règles jurisprudentielles non codifiées, devenir ? », *op. cit.*

⁹⁹³ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, *op. cit.*, n^o 840, p. 659. Cf. *infra* n^o 303.

CONCLUSION DE LA SECTION II

L'ordonnance de 2016 est venue consacrer deux hypothèses de fixation unilatérale du prix : dans les contrats cadre et dans les contrats de prestation de service.

160. Les modalités de la fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre constituent une nouveauté de la réforme, en ce que les arrêts de 1995 n'avaient formulé qu'une règle supplétive. Désormais consacrée en la matière à l'article 1164 du Code civil, la règle est en réalité un unilatéralisme conventionnel : les parties peuvent conventionnellement décider de se soumettre à la fixation unilatérale du prix. Si aucune précaution n'est prise par les parties, alors cette forme particulière de vente que constitue le contrat-cadre encourra la nullité.

161. La règle en matière de fixation unilatérale du prix dans les contrats de prestation de service se révèle plus novatrice. La définition de cette catégorie de contrat doit tout d'abord être restreinte aux contrats d'entreprise et de mandat, afin d'éviter de perturber les règles en matière de détermination du prix préalablement établies par la jurisprudence.

L'article 1165 du Code civil a offert au créancier la possibilité d'user d'une prérogative légale de fixation unilatérale du prix en la matière, celle-ci n'étant jusqu'alors que jurisprudentielle et moins contraignante. En effet, le créancier ne pouvait pas, antérieurement à la réforme, fixer le prix : la fixation était bilatérale *a posteriori* puisque le débiteur devait accepter la proposition émise par celui-ci. Si le texte semble n'accorder qu'une possibilité de fixation unilatérale du prix au créancier, la pratique révélera probablement un recours quasi systématique de la part du créancier. Cette disposition témoigne finalement de la disparition de la prérogative traditionnellement accordée au juge de fixer le prix en l'absence d'accord des parties : cette carence n'a plus lieu d'être, en ce que le créancier est désormais investi du pouvoir de fixer le prix *a posteriori*, et non plus simplement d'émettre une offre à destination de son débiteur.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Les apports de la réforme quant à la problématique de la validité du contrat dont le prix serait unilatéralement fixé sont multiples.

162. Le législateur de 2016 a refusé de saisir l'opportunité qui lui était offerte de consacrer un principe général de détermination ou d'indétermination du prix. Dans le premier cas, l'article 1163 ne constitue pas une assise textuelle suffisante à une consécration explicite, tout comme les éléments contextuels ne justifient pas une consécration implicite. De même, dans le second cas la lecture des articles 1164 et 1165 ne permet pas de généraliser l'indétermination du prix, compte tenu du défaut de fondement légal, mais également des imprécisions quant à l'identité du maître du prix.

De cette absence de généralisation, il convient de déduire l'existence d'un système non pas fondé sur le principe et l'exception, mais sur l'impérativité et la supplétivité. La titularité de la fixation du prix ne relève pas du droit commun des contrats. La question de l'existence du prix à peine de validité du contrat relève des règles relatives aux différents contrats spéciaux et ne doit pas être tranchée par le droit commun des contrats. L'indétermination du prix ne constitue finalement plus qu'une règle supplétive, applicable lorsque les contrats spéciaux n'ont formulé aucune exigence particulière.

163. Le législateur de 2016 aura, en revanche, saisi l'opportunité, sans doute à tort, de consacrer au sein des dispositions régissant le droit commun des contrats deux règles relevant pourtant du droit spécial. La fixation unilatérale du prix est ainsi confirmée au sein des contrats cadres.

La fixation unilatérale du prix est également affirmée au sein des contrats de prestation de service, là où la jurisprudence se contentait d'admettre, antérieurement, la simple validité du contrat dépourvu de prix. Désormais, le créancier est investi du pouvoir de véritablement fixer le prix, et non d'émettre une offre postérieurement à la formation du contrat. Cette modification du rôle du créancier conduit à l'éviction du juge judiciaire, lequel est désormais privé de son pouvoir de fixation du prix par le silence intentionnel du législateur sur ce point.

Le prix en droit constitue ainsi l'expression conventionnelle de la valeur, que l'estimation de celle-ci soit réalisée conjointement ou par une partie seule.

CHAPITRE II

ENCADREMENT DE L'ESTIMATION

Sous couvert de l'article 1^{er} de l'ordonnance de 1986 et de l'article L. 131-1 du Code de la consommation, beaucoup proclament une totale liberté des parties d'estimer la valeur économique et de fixer le prix⁹⁹⁴. Celle-ci justifierait l'indifférence du droit face à un individu qui acquerrait un bien à un prix très largement supérieur à sa valeur réelle. Le principe de l'indifférence de la lésion repose sur ce postulat : le fait que le prix soit convenu par les parties suffit à sa validité, peu importe l'équilibre économique.

Cette totale liberté des parties dans l'estimation de la valeur économique doit être relativisée. L'apparence de désintérêt du droit pour l'équilibre économique lors de la formation du contrat est à relativiser en ce que deux séries de règles contribuent à encadrer l'estimation de la valeur économique. Si la lésion est ainsi prohibée, elle est, en pratique, rarement invoquée compte tenu de l'importance des dispositifs de prévention mis en œuvre. Ceux-ci se distinguent selon la nature de la fixation du prix, bilatérale ou unilatérale.

Dans le premier cas, la difficulté à contourner découle du fait que « pour fonctionner correctement, le débat sur la valeur nécessite que chacune des parties se représente exactement les attributs de la chose, objet de la convention »⁹⁹⁵. La fixation bilatérale du prix suppose une information parfaite des parties afin de garantir le fonctionnement du mécanisme estimatoire.

⁹⁹⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil. Les obligations*, 12^e éd., Dalloz, coll Précis, 2019, n° 371, p. 410 et n° 428, p. 482 : « chacun étant le meilleur juge de ses intérêts, le juste prix est celui sur lequel les parties parviennent à s'accorder dès lors que leur consentement a été libre et éclairé ».

⁹⁹⁵ Ph. JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, thèse Paris II, 2002, n° 249, p. 235.

La détermination bilatérale du prix s'inscrit donc dans le processus de recherche d'équilibre entre le prix et la valeur, le droit se présentant comme le gardien de l'équilibre économique du contrat en ce que de nombreux mécanismes encadrent la mise en œuvre du mécanisme estimatoire et préviennent l'apparition d'épisodes lésionnaires⁹⁹⁶.

À l'inverse, la fixation unilatérale du prix n'est pas organisée autour de la prévention de la lésion. Une des parties n'est pas consultée et l'estimation réalisée par le maître du prix lui sera imposée. Davantage que la lésion, c'est ici l'arbitraire du maître du prix qui sera redouté et combattu, de crainte que l'une des parties profite de sa situation.

Si la prévention de la lésion s'avère constituer un contrepoids efficace (section I), tel n'est pas le cas du contrôle de l'abus dans la fixation unilatérale du prix (section II).

⁹⁹⁶ La lésion peut être définie comme le préjudice contemporain à l'accord de volontés résultant de la différence de valeur entre les prestations d'un contrat synallagmatique (v. « lésion » in *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 28^e éd., 2021, p. 624).

SECTION I

EFFICACITE DE LA PREVENTION DE LA LESION DANS LA FIXATION BILATERALE DU PRIX

Si le droit refuse, en principe, de corriger le déséquilibre économique résultant d'une lésion, il déploie, en revanche, un véritable arsenal législatif afin de prévenir la survenue d'un tel risque. L'ordre public économique se manifeste comme un ordre de protection des libertés, et notamment des contractants placés en position de faiblesse économique par rapport aux autres⁹⁹⁷. Le législateur intervient à l'échelle individuelle des cocontractants, afin de garantir leurs intérêts propres. L'ordre public de protection lutte contre les principaux obstacles de fait susceptibles d'entraver la liberté de contracter⁹⁹⁸. Il n'est pas dans l'intérêt économique des parties de se voir accorder une trop grande marge de manœuvre dans leur estimation de la valeur ; « la partie [ayant] conscience de l'asymétrie de l'information prendra les précautions requises pour aménager le contrat en conséquence⁹⁹⁹ ».

Le législateur instaure donc des mesures autoritaires, gouvernant les rapports contractuels privés¹⁰⁰⁰ et garantissant une prévention suffisante du risque de lésion, en amont, permettant ainsi à l'article 1168 du Code civil de rester lettre morte. Celui-ci n'aurait, finalement, plus aucune raison de s'appliquer en l'absence de cas de lésion. Le législateur tient le parti, plutôt que de corriger la lésion, le cas échéant, de prévenir l'apparition de celle-ci. La logique est ici microjuridique¹⁰⁰¹, le prix étant appréhendé directement en tant que simple contre-prestation¹⁰⁰². Afin de protéger une partie de l'arbitraire de l'autre et « de rétablir dans le contrat l'égalité d'avantages et de sacrifices que n'assurait pas le régime de liberté »¹⁰⁰³, le législateur aura ainsi instauré un ensemble de règles. Dans les rapports entre les parties, cette démarche se traduit par l'établissement d'un ensemble de règles répressives, dans le but de permettre aux parties de réaliser la meilleure estimation de la valeur économique possible, venant corrélativement limiter les risques de lésion. Le cocontractant qui subirait une lésion ne

⁹⁹⁷ M.-C. VINCENT-LEGOUX, « L'ordre public et le contrat. Etude de droit comparé interne », in *L'ordre public*, Dalloz, coll. Arch. phil. droit, 2015, p. 215.

⁹⁹⁸ M.-C. VINCENT-LEGOUX, « L'ordre public et le contrat. Etude de droit comparé interne », *ibid.*

⁹⁹⁹ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2008, n° 1315, p. 368.

¹⁰⁰⁰ G. FARJAT, *L'ordre public économique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1963, n° 7, p. 13.

¹⁰⁰¹ J.-B. RACINE, « La notion de prix en droit contemporain des contrats », *RIDE* 1999, p. 77.

¹⁰⁰² A. BRUNET et A. GHOZI, « La fonction du prix en droit de la concurrence », in *Mélanges Christian Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 27.

¹⁰⁰³ G. FARJAT, *L'ordre public économique*, *op. cit.*, p. 118.

pourrait finalement sans prendre qu'à lui-même, puisque le droit aurait, au préalable, mis tout en œuvre pour l'alerter. Le pari du droit est ainsi de prévenir suffisamment l'apparition du risque, afin de ne pas avoir à apporter de remède le cas échéant et de garantir la stabilité des conventions sur le long terme¹⁰⁰⁴. L'étude de l'ensemble de ces règles amène nécessairement à se questionner quant à leur efficacité et leur suffisance.

La prévention du risque de déséquilibre économique initial, c'est-à-dire de lésion, est réalisée par le biais de deux séries de règles. Les premières ont pour objectif d'informer les parties, afin de garantir une parfaite mise en œuvre du mécanisme estimatoire (§1), tandis que les secondes ont trait à l'anticipation des éventuels déséquilibres en valeur (§2).

§1 – L'information parfaite

Une mise en œuvre correcte du mécanisme estimatoire nécessite une parfaite information des parties. Pour se faire, il convient d'encadrer la circulation de l'information (I.), mais également d'en déterminer la teneur (II.).

I. ENCADREMENT DE LA CIRCULATION DE L'INFORMATION

Le contexte de l'estimation de la valeur économique et de fixation du prix fait, dans un premier temps, l'objet d'une stricte réglementation, afin d'éviter que les circonstances nuisent à la réalisation du processus estimatoire et conduisent à la survenue d'hypothèses lésionnaires (A.). C'est, par ailleurs, également la possibilité de participer valablement à l'estimation de la valeur économique qui est encadrée par le droit (B.).

A. *Communication de l'information*

Lors des négociations sur les prix, certaines exigences sont formulées au regard des documents matériellement communiqués par les parties, afin d'assurer une information correcte de celle-ci et d'éviter, ainsi, l'apparition d'hypothèses lésionnaires.

165. Mise en œuvre de la transparence tarifaire. – Le droit exerce également son contrôle au niveau de la transparence du marché. La concurrence ne peut jouer qu'à la condition que tous les acteurs soient correctement informés afin d'estimer la valeur économique, ce qui leur permet de comparer les différents prix proposés. Mais la pure transparence du marché reste

¹⁰⁰⁴ S. HOURSON, « L'ordre public économique en matière contractuelle », in *L'ordre public économique* A. LAGET-ANNAMAYER (dir.), Droit & économie, LGDJ, 2018, p. 281.

toutefois chimérique et la seule parade trouvée par le droit sur ce point repose sur l'obligation de communication des conditions générales.

Ainsi, l'article L. 441-1 I° du Code de commerce impose à tout professionnel (producteur, distributeur, prestataire de services) de communiquer à tout acheteur en faisant la demande « pour une activité professionnelle » les « conditions de règlement, ainsi que les éléments de détermination du prix tel que le barème des prix unitaires et les éventuelles réductions de prix » (article L. 441-6 du Code de commerce). Cette communication s'effectue sur un support durable¹⁰⁰⁵. Si le prix ne peut être déterminé à l'avance, le prestataire doit pareillement communiquer la méthode de calcul du prix, ou un devis suffisamment détaillé (article L. 441-1 III° du Code de commerce). Le manquement à cette obligation est sanctionné d'une amende ne pouvant excéder 15 000 € pour une personne physique, et 75 000 € pour une personne morale. De même, l'établissement de crédit doit remettre à l'emprunteur une fiche d'information sur support durable, comprenant « les informations nécessaires à la comparaison de différentes offres et permettant à l'emprunteur, compte tenu de ses préférences, d'appréhender clairement l'étendue de son engagement » (article L. 312-12 du Code de la consommation) ainsi que, à la demande du consommateur, un exemplaire de l'offre de prêt, également sur support durable (article L. 312-13 du Code de la consommation).

De même, le professionnel doit également communiquer de telles informations au consommateur, sans distinction de leur nature ou du procédé de vente utilisé. Toutefois, dans cette optique, contrairement aux relations entre professionnels, le consommateur n'a pas à en faire la demande : les informations tarifaires doivent lui être spontanément communiquées avant la conclusion du contrat, par le professionnel (article L. 111-1 du Code de la consommation).

À l'exception des contrats hors établissement, le support de communication est indifférent, dès lors que les informations sont lisibles et compréhensibles. En revanche, dans l'hypothèse d'un contrat hors établissement, la Cour de Justice de l'Union européenne est venue préciser que la publication des conditions générales de vente sur le site Internet et le précochage d'une case étaient insuffisants pour s'assurer de l'acceptation des conditions par le

¹⁰⁰⁵ Cette exigence d'un support durable a été introduite par l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées. Jusqu'à cette date, l'article L. 441-6 du Code de commerce exigeait une communication « par tout moyen conforme aux usages de la profession ».

consommateur¹⁰⁰⁶. Les conditions générales de vente doivent donc être communiquées sur papier ou, avec l'accord du consommateur, sur un support durable (article L. 221-8 du Code de la consommation). La loi Hamon de 2014 est ainsi venue préciser la notion de support durable à l'article L. 121-16 du Code de la consommation : constitue dès lors un support durable « tout instrument permettant au consommateur ou au professionnel de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement afin de pouvoir s'y reporter ultérieurement pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées ». L'article L. 134-1 du même code impose également aux professionnels de communiquer ces informations « à toute personne intéressée qui en fait la demande ».

166. Publicité de l'information sur les prix dans les relations entre professionnels et consommateurs. – L'obligation d'information sur les prix fait l'objet d'une réglementation particulière dans les relations entre professionnels et consommateurs. L'article L. 112-1 du Code de la consommation impose en effet la publicité de l'information sur le prix. La notion de publicité étant relative, l'arrêté du 3 décembre 1987 est venu exhaustivement énumérer les différents modes d'information sur les prix. Le critère de distinction utilisé par le législateur semble être l'exposition au public. Ainsi, les produits exposés à la vue du public, c'est-à-dire « en vitrine, en étalage ou à l'intérieur du lieu de vente », doivent faire l'objet d'un « marquage par écriteau ou d'un étiquetage » (article 4 de l'arrêté de 1987). Toutefois, l'article 10 du même arrêté, relatif aux produits non exposés au public, précise toutefois que ceux-ci doivent également faire l'objet d'un étiquetage dès lors qu'ils sont disponibles à la vente. *In fine*, le critère semble davantage être celui de la disponibilité à la vente, peu importe l'exposition ou non au public. Cette lecture est confirmée par l'article 9 de l'arrêté de 1987 selon lequel même les produits factices exposés à la vue du public « doivent comporter l'indication des prix auxquels sont vendus dans le magasin les produits réels correspondants ». Des règles de marquage particulières sont également prévues pour les produits identiques et les lots (articles 6 et 7 de l'arrêté de 1987).

Le mode de marquage fait l'objet de précisions à l'article 11 de l'arrêté de 1987 : « l'étiquette doit être rédigée en caractères parfaitement lisibles. Elle est placée ou attachée soit sur le produit lui-même, soit sur l'emballage dans lequel il est présenté à la vente. L'étiquette peut être remplacée par la simple inscription du prix sur le produit ou l'emballage ». Le

¹⁰⁰⁶ CJUE, 5 juill. 2012, aff. C-49/11, *Content Services Ltd c/ Bundesarbeitskammer*.

législateur, déjouant d'avance les ruses de professionnels malintentionnés, a pris le soin de préciser que « le prix doit être indiqué sur le produit lui-même ou à proximité de celui-ci de façon qu'il n'existe aucune incertitude quant au produit auquel il se rapporte » et que le prix devait être « parfaitement lisible », et cela soit de l'intérieur, soit de l'extérieur du magasin, selon le lieu d'exposition du produit proposé à la vente. Ces exigences ne sont toutefois pas applicables aux produits alimentaires périssables, aux produits dont le prix est indiqué par écriteau sur un spécimen exposé à la vue du public ainsi qu'aux produits non périssables vendus en vrac dont le prix fait l'objet d'un affichage dans des conditions identiques à celles prévues à l'article 13 pour les prestations de services (article 12 de l'arrêté de 1987).

Cette obligation d'information sur les prix a été adaptée en matière de services, le prix devant être affiché dans le lieu où le professionnel propose la prestation. « Affiché » signifiant ici qu'un « document unique de la liste des prestations de services offertes et du prix de chacune d'elles » doit être exposé à la vue du public. Une exigence de lisibilité est encore imposée par le législateur. L'article 15 de l'arrêté de 1987 précise que des modalités particulières d'information sur les prix peuvent être édictées par arrêté ministériel¹⁰⁰⁷, lesquelles viennent alors renforcer l'obligation d'information sur les prix de droit commun.

S'il peut paraître surprenant que l'article 1127-1 du Code civil relatif aux conditions de validité de l'offre électronique ne mentionne pas le prix, cette lacune s'explique par la nécessité de conjuguer la lecture de cette disposition de droit commun des contrats avec les dispositions particulières afférentes aux contrats spéciaux.

167. Le devis, support particulier. – L'information sur les prix doit parfois être communiquée au sein d'un support particulier, le devis, lequel devra mentionner le décompte détaillé de chaque prestation ainsi que son prix unitaire, le prix de la main-d'œuvre, les frais de déplacement et la somme globale à payer HT et TTC. Si le prix ne peut pas être indiqué avec précision, le devis sera alors davantage descriptif et indiquera un prix déterminable.

¹⁰⁰⁷ M. Jean Calais-Auloy livre sur ce point une liste non limitative (v. J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2015, n° 319, p. 343) : « hôtels (arrêté du 27 mars 1987) ; vente de carburants (arrêté du 8 juill. 1988 modifié par celui du 10 avr. 1990) ; viandes et charcuteries (arrêté du 18 mars 1993) ; légumes (arrêté du 3 août 1994) ; vêtements d'occasion (arrêté du 25 avr. 1995) ; dépannages, réparations et entretien dans le secteur du bâtiment et de l'électroménager (arrêté du 2 mars 1990) ; intermédiaires dans les ventes et locations immobilières (arrêté du 29 juin 1990) ; location de véhicules (arrêté du 18 avr. 1991 qui dépasse la simple publicité des prix) ; chirurgie esthétique (arrêté du 17 octobre 1996) ; mandataires pour les ventes d'automobiles (arrêté du 28 oct. 1996) ; prestations funéraires (arrêté du 11 janvier 1999) ; véhicules automobiles (arrêté du 28 juin 2000) ; médicaments non remboursables (arrêté du 26 mars 2003) ; hôtellerie de plein air (arrêté du 22 octobre 2008) ; déménagements (arrêté du 27 avril 2010) ; taxis (arrêté du 14 décembre 2012) ».

Le devis constitue donc une estimation, par le professionnel, du montant des travaux et ne constitue à ce titre qu'une offre de contrat. S'il ne lie pas les parties, il engage, en revanche, le professionnel en termes de prix et de délais prévus. Le devis n'engage le client qu'à compter de la signature du devis¹⁰⁰⁸. Le prix indiqué sur le devis peut comporter une clause d'indexation ou de révision. Le prix indiqué par le devis doit être maintenu pour la durée indiquée par celui-ci. En l'absence d'une telle indication, le prix doit être maintenu dans un délai raisonnable, jugé d'environ trois mois.

Le devis est obligatoire dans deux hypothèses. La première est celle, dans un contrat de prestation de service, de la demande du consommateur (article L. 111-2 du Code de la consommation). Le professionnel est alors tenu de lui soumettre un devis détaillé. La fourniture d'un devis est également obligatoire dans certains domaines d'activité, commerciale¹⁰⁰⁹ ou médicale¹⁰¹⁰. Dans nombre de ces hypothèses, la fourniture du devis est gratuite : l'information sur la valeur économique est donc gratuite, pour des raisons de transparence tarifaire. Mais elle peut parfois se révéler onéreuse, dans certaines hypothèses¹⁰¹¹, et à condition que le client en ait été informé. En l'absence d'une telle information, le consommateur pourra demander le remboursement des frais engagés (article L. 121-17 du Code de la consommation) et le professionnel encourt une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale (article L.132-22 du Code de la consommation).

¹⁰⁰⁸ Il peut donc ainsi être considéré que le devis comporte un délai de réflexion indéterminé, cf. *infra* n° 177.

¹⁰⁰⁹ La fourniture d'un devis est obligatoire dans les activités commerciales suivantes : déménagement (arrêté du 27 avril 2010 relatif à la publicité des prix des prestations de déménagement), dépannage, réparation et entretien (arrêté du 24 janvier 2017 relatif à la publicité des prix des prestations de dépannage, de réparation et d'entretien dans le secteur du bâtiment et de l'équipement de la maison, modifié par l'arrêté du 28 février 2017), location de voiture (arrêté du 17 mars 2015 relatif à l'information précontractuelle des consommateurs et à la publicité des prix des prestations de location de véhicules), perte d'autonomie (arrêté du 4 juillet 2014 relatif à l'information du consommateur sur les prix des produits et des prestations destinés à compenser cette perte d'autonomie), prestation funéraire (arrêté du 11 janvier 1999 relatif à l'information sur les prix des prestations funéraires, articles R. 2223-24 à R. 2223-29 du Code général des collectivités territoriales), service à la personne (arrêté du 17 mars 2015 relatif à l'information préalable du consommateur sur les prestations de services à la personne).

¹⁰¹⁰ La fourniture d'un devis est obligatoire dans les activités de santé suivantes : appareillage auditif (décret n° 2008-1122 du 31 octobre 2008 pris pour l'application de l'article L. 165-9 du code de la sécurité sociale, articles L. 165-9 du code de la sécurité sociale et D 165-1 à 3 du code de la sécurité sociale), chirurgie dentaire (article R. 4127-240 du code de la santé publique), chirurgie esthétique (article L.6322-2 du Code de la santé publique), optique médicale (arrêté du 23 juillet 1996 modifié relatif à l'information du consommateur sur les produits d'optique médicale et article L. 165-9 du code de la sécurité sociale), pédicure-podologue (article R. 4322-60 du code de la santé publique).

¹⁰¹¹ La facturation du devis est possible si celui-ci nécessite une étude approfondie (garagiste), si tel est l'usage dans la profession (architectes) ou s'il nécessite un déplacement sur les lieux.

Une fois la réglementation du cadre de l'estimation de la valeur économique examinée, il convient de s'intéresser au rôle des parties participant à la négociation et des règles permettant d'éviter la survenue d'un prix lésionnaire.

B. Réception de l'information

Afin que le processus estimatoire soit correctement réalisé par les parties, leur participation aux négociations doit être autorisée (1.) et libre (2.).

1. Capacité d'estimer la valeur économique

La réalité de la participation des parties à l'estimation de la valeur économique comprend deux volets. Le premier est relatif à la capacité des parties à réellement estimer la valeur économique.

La négociation sur les prix n'est pas ouverte à tous les justiciables. Les mineurs non émancipés et les majeurs protégés ne peuvent, sauf exception, conclure d'acte à titre onéreux, qu'ils soient débiteurs ou créanciers. Ces individus sont en effet présumés incapables d'estimer réellement la valeur économique.

168. Protection du consentement dans l'estimation de la valeur économique. – Au stade des négociations, le législateur a également établi des règles protégeant le consentement de ceux qu'il juge incapables d'estimer correctement un prix. Le consentement étant une « volition précédée d'une réflexion¹⁰¹² », une mauvaise estimation économique peut ainsi fausser la volonté de celui qui s'engage. Du fait de leur jeune âge ou de l'altération de leurs facultés mentales, certains individus ne sont pas en mesure d'estimer correctement la valeur économique, ne pouvant concevoir ce à quoi ils s'engagent. La justification des règles en matière d'incapacité est finalement de protéger ceux qui pourraient s'appauvrir sans avoir conscience de la portée de leurs actes, et d'éviter qu'ils ne se dépouillent de leur propre patrimoine. Les mineurs non émancipés et les majeurs placés sous un régime de protection (article 1146 du Code civil) ne peuvent réaliser seuls des actes de disposition. Le mineur nécessitera une représentation parentale, le majeur sous tutelle doit être représenté par le tuteur autorisé par le juge des tutelles (article 505 du Code civil) et le majeur sous curatelle doit être assisté de son curateur (article 467 du Code civil). Ce ou ces tiers (parents, tuteurs, juge des tutelles) vont réaliser l'estimation économique et fixer le prix, en lieu et place du mineur ou du majeur protégé. Il pèse finalement sur ces individus une présomption de mauvaise appréciation

¹⁰¹² F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 147, p. 183.

de la valeur économique, en raison de leur jeune âge ou de l'altération de leurs facultés mentales.

169. Indifférence de l'estimation économique réalisée par un mineur. – L'acte de disposition conclu, par un mineur ou un majeur protégé seul, encourt donc la nullité, à moins qu'il ne s'agisse d'un acte de la vie courante conclu dans des conditions normales (article 1148 du Code civil pour l'ensemble des personnes incapables, article 494-9 du Code civil pour l'habilitation familiale¹⁰¹³). De tels actes sont en effet répétés quotidiennement, si bien que les individus incapables sont compétents pour réaliser une appréciation économique correcte. Cette règle permet d'accorder une plus grande souplesse et de faciliter le quotidien : s'il est vrai qu'un enfant ou un individu dont les capacités mentales sont altérées peut difficilement estimer la valeur d'un bien immobilier, il semblerait qu'il puisse, au contraire, se révéler compétent dans la fixation du prix d'une baguette de pain ou d'un livre. Ainsi, dans cette hypothèse dérogatoire comprenant les achats de tous les jours, le législateur renverse la règle : les contrats conclus sont en principe valables, à moins que l'existence d'une lésion ne soit démontrée (article 1149 du Code civil pour le mineur, article 465 du Code civil pour les majeurs sous tutelle ou curatelle, article 435 du Code civil pour le majeur placé sous sauvegarde de justice, article 494-9 du Code civil pour l'habilitation familiale), cette dernière témoignant d'une mauvaise appréciation de la valeur économique par le mineur. Ici, il n'existe pas de seuil en deçà duquel la lésion sera constituée : un simple déséquilibre en valeur permet l'annulation du contrat.

170. Protection des majeurs non protégés sur le fondement de l'abus de faiblesse. – Compte tenu de l'incapacité de certains individus, pourtant majeurs et non protégés, à réaliser une appréciation correcte de la valeur économique, ceux-ci ont fait l'objet d'une protection dérogatoire du droit commun.

Dans le premier arrêt du 12 février 2008, un individu « dépressif et peu versé dans la pratique des affaires, et incapable dans ces conditions de mesurer la portée des actes qu'il signait avait cédé les parts qu'il détenait dans la société pour leur valeur nominale, sans commune mesure avec leur valeur objective, se trouvant ainsi écarté d'une société florissante sans contrepartie réelle¹⁰¹⁴ ». La Chambre commerciale a ainsi estimé qu'il avait commis une erreur sur la substance même de la chose qui était l'objet du contrat. Le raisonnement suivi par la Cour

¹⁰¹³ Au-delà des règles applicables à l'habilitation familiale, le droit des régimes matrimoniaux a également prévu différentes règles en matière de représentation permettant de pallier l'incapacité, temporaire ou permanente, d'un époux. Ces règles font partie du régime primaire impératif (articles 217 et 219 du Code civil) ou du régime légal (article 1429 du Code civil).

¹⁰¹⁴ Cass. com. 12 février 2008, n° 06-19.204, *RDC* 2008, n° 3, p. 730, obs. Y.-M. LAITHIER.

de cassation est ici contestable, en ce que l'erreur portait ostensiblement ici sur la valeur du bien, et non sur sa substance. C'est, en réalité, la capacité intellectuelle du débiteur à apprécier la valeur économique qui était visée. Selon M. Yves-Marie Laithier, cette solution s'expliquerait ainsi davantage par la proximité entre les faits d'espèce et l'hypothèse de l'abus de faiblesse¹⁰¹⁵. La formule employée par la Cour de cassation place en effet l'individu victime de « l'erreur » dans une position identique à celle de la victime de l'abus de faiblesse, ou tout simplement du mineur ou du majeur protégé : elle n'a ni les capacités d'apprécier correctement la valeur ni les moyens de se défendre. La notion d'erreur sur la valeur est finalement instrumentalisée à rebours de son acception classique afin de protéger un sujet de droit vulnérable¹⁰¹⁶.

Un raisonnement similaire a été tenu par la Cour de cassation dans un second arrêt en date du 5 octobre 2006¹⁰¹⁷, dans lequel la deuxième Chambre civile avait expressément visé l'abus de faiblesse, mais s'en était tenue à une simple évocation d'un « vice du consentement », sans préciser lequel. Dans cette affaire, une cliente « était dans l'incapacité de mesurer les inexactitudes du relevé des prestations de l'avocat annexé à la convention » et « se trouvait dans un état de moindre résistance en raison du besoin qu'elle avait de percevoir rapidement les dommages-intérêts qui lui étaient dus compte tenu de son état de surendettement et qu'elle se trouvait dans un état de faiblesse psychologique attesté par les pièces médicales produites ». La Cour de cassation a donc jugé que son consentement n'avait pas été libre.

Le droit accorde ainsi une protection particulière à certains individus incapables d'estimer correctement la valeur économique, afin de garantir une participation réelle à l'estimation de celle-ci. Une volonté similaire est retrouvée au sein de l'interdiction de la discrimination tarifaire.

2. Possibilité d'estimer la valeur économique

Tant que le contrat n'est pas formé, les parties sont libres de revenir sur l'estimation réalisée de la valeur économique réalisée et, par conséquent, libres de rompre les négociations.

¹⁰¹⁵ Y.-M. LAITHIER, « Erreur ou abus ? (Ou le vice du consentement qui n'ose pas dire son nom) », *RDC* 2008, n° 3, p. 730. Cet auteur estime ainsi que « la solution contourne l'article 1118 du Code civil. En l'absence de faute imputée au défendeur à l'action en nullité, faute qui n'avait pas à être caractérisée sur le fondement de l'article 1110 du Code civil, c'est en réalité la lésion que l'on sanctionne, c'est-à-dire le préjudice tenant au déséquilibre initial entre la valeur des prestations ».

¹⁰¹⁶ J.-J. ANSAULT, « Erreur sur la substance ou erreur sur la valeur des droits d'associés ? », *Rev. sociétés*, 2016, p. 362.

¹⁰¹⁷ Cass. civ. 2^e, 5 oct. 2006, n° 04-11.179 ; *D.* 2007, p. 2215, note G. RAOUL-CORMEIL et p. 2966, obs. S. AMRANI-MEKKI.

À compter de la conclusion du contrat, l'accord sur le prix aura toutefois des effets contraignants (a.). Au-delà de cette question, une participation exempte de contrainte suppose également que l'estimation ait été librement réalisée, tant par le créancier, que par le débiteur (b.).

a. Rupture des négociations sur les prix

Si les parties peuvent librement rompre le contrat tant qu'aucun accord sur les prix n'a été trouvé, il en va autrement à partir de cette date.

171. Principe de la libre rupture des négociations sur le prix. – L'article 1112 du Code civil énonce que « l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres ». Chacun est donc libre de mener les négociations sur le prix comme il le souhaite, notamment en tenant – secrètement – des pourparlers parallèles afin de pouvoir choisir l'offre la plus avantageuse¹⁰¹⁸. Ce principe de liberté permet aux parties de mettre un terme aux négociations, dès lors que l'estimation de la valeur économique leur paraît erronée, à la hausse comme à la baisse.

Se pose alors la question d'une éventuelle sanction par le second alinéa de l'article 1112 du Code civil. La rupture abusive des négociations est sanctionnée au titre de la responsabilité délictuelle par l'allocation de dommages-intérêts. Le préjudice subi portera, non sur le gain manqué, c'est-à-dire le prix conclu, mais sur les frais réellement engagés¹⁰¹⁹. L'analyse du caractère abusif est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond, lesquels ont recours à différents indices dans leur caractérisation de l'abus : la mauvaise foi du partenaire, la croyance de l'autre partenaire, l'avancement ou la rupture tardive des négociations, la brutalité de la rupture, l'absence de motif légitime¹⁰²⁰... L'existence d'un motif légitime s'oppose toutefois à la caractérisation de l'abus. La rupture des négociations du fait d'un désaccord des parties sur prix ne constitue pas une rupture fautive. De même, le simple fait d'accepter une

¹⁰¹⁸ Selon MM. François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette et François Chénéde, une telle possibilité constituerait une « pièce essentielle du bon fonctionnement d'une économie de marché » (F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et P. CHENEDE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 248, p. 273). Sur la validité des négociations parallèles, v. Cass. com., 15 déc. 1992, n° 90-19.608, *Bull. civ. IV*, n° 415, *RJDA* 1993, n° 296 ; *RTD civ.* 1993, p. 577, obs. J. MESTRE – Cass. com. 12 mai 2004, n° 00-15.618, *Bull. civ. IV*, n° 94, *RTD civ.* 2004, p. 500, obs. J. MESTRE et B. FAGES. V. néanmoins sur ce point H. BARBIER, « Le secret des négociations parallèles à l'épreuve de la réforme du droit des contrats », *RTD civ.* 2019, p. 845.

¹⁰¹⁹ Cass. com. 26 nov. 2003, n° 00-10243 et 00-10949, *Bull. civ. IV*, n° 186, p. 206 ; *RTD civ.* 2004, 80, obs. B. FAGES, confirmé par Cass. civ. 3^e, 7 janv. 2009, n° 07-20.783, *Bull. civ. III*, n° 5 ; *RTD civ.* 2009, p. 113, obs. B. FAGES – Cass. com. 18 sept. 2012, n° 11-19.629 et Cass. civ. 3^e, 19 sept. 2012, n° 11-10.532 ; *RTD civ.* 2012, p. 721, obs. B. FAGES.

¹⁰²⁰ L'ensemble de ces éléments sont très proches et se retrouvent rarement isolément. Les juges ont ainsi recours à la technique du faisceau d'indices.

offre émise par un concurrent à un prix inférieur ne constitue pas nécessairement une rupture abusive des négociations, une proposition à un prix plus avantageux constituant un motif légitime.

Est, en revanche, sanctionné le fait de continuer de mener des pourparlers sur la base d'un prix manifestement surévalué, dans le seul but de les faire échouer, tout en proposant dans le même temps à un tiers un prix inférieur¹⁰²¹. Le recours à un prix particulièrement élevé conduit le contractant à rompre les négociations, car il y aura été incité par la mauvaise foi de son contractant. C'est *in fine* davantage la manière de rompre que la rupture en elle-même qui est sanctionnée¹⁰²².

172. Effets contraignants de l'accord sur le prix au sein d'un avant-contrat. – L'objectif des négociations est d'aboutir à la conclusion du contrat final. Il s'agira bien sûr de déterminer l'objet du contrat ainsi que d'estimer sa valeur économique, mais d'autres paramètres peuvent également rentrer dans le champ contractuel. Il est alors possible que les négociations se prolongent et que les parties souhaitent faire le point matériellement, au sein d'un accord de principe. L'accord de principe est un accord temporaire, à confirmer, se situant « à la fois *au-delà des simples négociations et des pourparlers*, puisque l'exploration a déjà engendré un accord sur le principe, *et en deçà du contrat définitif* »¹⁰²³. Mais lorsque les négociations sont particulièrement longues, la distinction entre le simple accord de principe et le véritable contrat peut se révéler ardue. Une fois ce « point de non-retour »¹⁰²⁴ atteint, la force obligatoire du contrat s'applique et l'exercice d'un droit de rétractation est impossible. Avant cette date, à l'inverse, les parties peuvent librement rompre les pourparlers, dans la limite de la rupture abusive. Il s'agira finalement ici d'établir si la détermination du prix ne constituerait pas ce fameux seuil.

¹⁰²¹ Cass. civ. 2^e, 4 juin 1997, n° 95-10.574 ; *RTD civ.* 1997, p. 921, obs. J. MESTRE.

¹⁰²² O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 76.

¹⁰²³ I. NAJJAR, « L'accord de principe », *D.* 1991, p. 57. M. Najjar précise que l'accord de principe n'est ni un contrat définitif mais révocable (comme une promesse ou contrat stipulé avec arrhes ou une clause de dédit), ni un contrat sous condition d'exécuter des formalités. En effet, « l'accord de principe n'est pas un contrat définitif ; il est "lesté" d'une réserve, et la fermeté de l'engagement y demeure dans une zone imprécise ». V. également A. RIEG, « La "punctuation", contribution à l'étude de la formation successive du contrat », in *Mélanges Jauffret*, Dalloz, 1974, p. 593 et J.-M. MOUSSERON, « La durée dans la formation du contrat », in *Mélanges Jauffret*, Dalloz, 1974, p. 509.

¹⁰²⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et P. CHENEDE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 251, p. 278.

Aucune précision n'est apportée par les textes, si ce n'est que l'article 1583 du Code civil¹⁰²⁵ énonce que la vente est parfaite « dès qu'on est convenu de la chose et du prix ». Une application mécanique de l'article 1583 du Code civil pourrait au demeurant rapidement révéler des insuffisances : « on peut, en effet, n'avoir convenu qu'en principe... Même si l'accord porte sur les éléments essentiels, la volonté de s'engager, elle, peut n'être pas définitivement acquise »¹⁰²⁶. La volonté de se lier n'étant pas encore parvenue à maturation, l'accord sur le prix pourrait n'être que temporaire et les parties n'auraient pas encore quitté le stade des négociations. La jurisprudence n'a pas tenu compte de ces réserves et a énoncé que « le contrat est réputé formé dès lors qu'il y a accord sur les éléments essentiels¹⁰²⁷ ». Si une incertitude peut survenir quant aux éléments que la Cour considère comme « essentiels »¹⁰²⁸, nul doute que le prix en fait partie¹⁰²⁹, à condition toutefois que celui-ci soit véritablement déterminé¹⁰³⁰.

Une interprétation *a contrario* d'un récent arrêt peut toutefois laisser perplexe. En effet, dans ces décisions, la rupture des pourparlers n'a pas été sanctionnée au motif que le prix n'était pas déterminé. La Chambre commerciale estime ainsi qu'aucun abus n'est démontré « si des documents avaient été adressés à un notaire chargé de l'éventuelle rédaction des actes », mais qu'« il n'y avait cependant pas encore d'accord sur l'ensemble des éléments de la cession, notamment sur le prix¹⁰³¹ ». Le raisonnement tenu par la Cour de cassation est largement critiquable : s'il y avait eu un accord portant sur « l'ensemble des éléments de la cession, notamment sur le prix », la rupture n'aurait pas été abusive, mais impossible, car le contrat aurait été conclu et serait devenu définitif... Cette formulation maladroite pourrait trouver à

¹⁰²⁵ Les textes étrangers apportent des réponses explicites. Ainsi, le droit allemand exige un accord sur l'ensemble des points du contrat (BGB §154), alors que le droit suisse n'exige qu'un accord sur les points essentiels (article 2 du Code des obligations suisse).

¹⁰²⁶ I. NAJJAR, « L'accord de principe », *D.* 1991, p. 57.

¹⁰²⁷ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et P. CHENEDE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 251, p. 278. À titre d'exemple, v. Req. 1er déc. 1885, *S.* 1887. 1. 167, *GAJC*, t. 2, n° 145. Ce principe doit également être tempéré, car la Cour a admis que les parties puissent conventionnellement rendre essentiels des éléments pourtant accessoires. Ainsi, le « défaut d'accord définitif sur les éléments accessoires de la vente ne peut empêcher le caractère parfait de la vente, à moins que les parties aient entendu retarder la formation du contrat jusqu'à la fixation de ces modalités ».

¹⁰²⁸ Sur ce point, v. A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, thèse Aix, 1992, n° 266, p. 174.

¹⁰²⁹ V. Cass. civ. 3^e, 20 déc. 1994, n° 92-20.878, *Bull. civ. III*, n° 229, à propos de la réitération d'une promesse de vente par acte notarié, dont les parties n'avaient pas fait un élément constitutif de leur consentement. V. également Cass. civ. 1^{re}, 14 janv. 1987, n° 85-16.306 ; *D.* 1988. 80, note J. SCHMIDT – Cass. civ. 3^e, 27 janv. 2009, n° 08-11.057.

¹⁰³⁰ Cass. com. 6 nov. 2012, n° 11-26.582 ; *D.* 2012, p. 3014, note B. DONDERO. Dans cette affaire, la Chambre commerciale a estimé que le prix n'était que déterminable, de sorte que l'acte litigieux constituait une lettre d'intention, et non un contrat de vente.

¹⁰³¹ Cass. com. 6 févr. 2016, n° 13-28.448.

s'expliquer par la volonté de la Cour de rappeler le principe de liberté au stade des pourparlers¹⁰³², l'absence d'accord des parties constituant le motif légitime¹⁰³³.

Il serait donc bénéfique que la Cour de cassation caractérise davantage les circonstances de la rupture. L'absence d'accord sur le prix permet bien d'affirmer que les parties sont demeurées au stade précontractuel des négociations, mais ce n'est pas ce défaut qui permet de se prévaloir du caractère non abusif de la rupture. Cet arrêt, non publié au demeurant, ne semble toutefois constituer qu'un arrêt d'espèce. La même Chambre considère ainsi que n'est pas fautive la rupture des pourparlers, car « le projet de promesse d'achat et de vente des actions non signé par les parties n'était pas un engagement valant promesse de vente à un prix ferme et définitif et, d'autre part, qu'il n'est pas démontré que les vendeurs auraient par la suite été entretenus dans l'illusion de la réalisation de la cession sur les bases qu'ils proposaient »¹⁰³⁴. Cette formulation est plus adroite : la Cour rappelle le principe de liberté contractuelle, tout en insistant sur la mauvaise foi du partenaire. Une rédaction similaire à celle de la cour d'appel de Paris, dans un arrêt en date du 29 novembre 2018¹⁰³⁵, doit également être encouragée. Ainsi « il apparaît qu'à la date du 12 mars 2014, les parties demeuraient en négociation et que des éléments déterminants de leur consentement faisaient défaut, sans que ces circonstances puissent être imputées aux cédants dont il n'est pas démontré qu'ils auraient été négligents ni tardifs ou brutaux à finalement décider de mettre fin aux pourparlers ».

Les parties doivent ainsi avoir la possibilité de réellement estimer la valeur économique, dans la limite de la rupture brutale des pourparlers. Au-delà, l'estimation réalisée par les parties doit également être dépourvue de toute forme de contrainte.

b. Contrainte des parties

Les parties doivent librement réaliser leur estimation de la valeur économique et ne sauraient faire l'objet d'une quelconque contrainte extérieure, ou interne. Le créancier ne peut ainsi revendre à un prix imposé (i.), tout comme le débiteur ne peut voir son consentement extorqué par une contrainte d'ordre économique, compte tenu de la situation de dépendance dans laquelle il se trouve (ii.).

¹⁰³² M. MEKKI, « Absence de rupture abusive des pourparlers en présence de... simples pourparlers ! », *Gaz. Pal.* 2016, n° 34, p. 21.

¹⁰³³ D. HOUTCIEFF, « La rupture non fautive des négociations ou l'accord sur le désaccord », *Gaz. Pal.* 2016, n° 16, p. 21.

¹⁰³⁴ Cass. com. 3 déc. 2002, n° 99-14.210.

¹⁰³⁵ CA Paris, 29 nov. 2018, n° 15/14661.

i - Contrainte du créancier : le prix de revente imposé

La liberté du créancier d'estimer la valeur économique doit être réelle, sa volonté ne saurait être contrainte par un prix de revente imposé.

173. Sanction du prix de revente imposé. – Est sanctionné par l'article L. 442-6 du Code de commerce d'une amende pouvant aller jusqu'à 15 000 € l'imposition d'un prix minimal de revente¹⁰³⁶, compte tenu de l'atteinte consécutive à la concurrence entre les revendeurs. Une telle contrainte empêcherait en effet une éventuelle baisse bénéfique des prix, ce qui viendrait fausser le marché¹⁰³⁷. Aucune exception n'est acceptée, même lorsque l'imposition du prix minimal de revente a pour objectif la préservation de l'image de la marque¹⁰³⁸. Cette interdiction est, en réalité, souvent contournée par la pratique du prix minimal « conseillé », l'interdiction ne portant formellement que sur le prix minimal « imposé ». De tels prix sont licites¹⁰³⁹, à condition bien sûr de ne pas être contraignants, le vendeur devant bénéficier d'une « réelle possibilité de déterminer le prix de vente »¹⁰⁴⁰. En effet, « si le prix “conseillé” s'accompagne d'un ensemble de contraintes juridiques ou économiques qui lient le revendeur, le prix sera qualifié “d'imposé” au sens du droit de la concurrence »¹⁰⁴¹. Le juge viendra donc vérifier, selon un standard probatoire désormais établi¹⁰⁴², que « 1) la tête de réseau a évoqué des prix de revente, 2) elle a mis en place un mécanisme de police ou de surveillance des prix et 3) ces prix conseillés ont été effectivement appliqués par les distributeurs »¹⁰⁴³. Compte tenu de la position délicate dans laquelle se trouve souvent le débiteur se voyant imposer le

¹⁰³⁶ Le prix maximal de revente n'est quant à lui pas prohibé dans la mesure où la concurrence peut toujours s'exercer en fixant un prix inférieur, dans la limite d'un prix maximal particulièrement bas, lequel dissimule un prix minimal (v. M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, 8^e éd., Dalloz, 2019, n° 357, p. 173).

¹⁰³⁷ Le caractère systématique de l'atteinte portée à la concurrence par les prix minimaux imposés est toutefois discuté (J. VOGEL et L. VOGEL, « Le droit de la concurrence et le droit de la distribution prennent-ils suffisamment en compte l'analyse économique des restrictions verticales ? », *Concurrences*, 2011, n° 1, p. 1 – F. JENNY, « Pratiques restrictives, concurrence et efficacité » *JCP, Cah. dr. entr.* 1989, n° 4, p. 5. – T. GRANIER, « Prix imposés, prix conseillés : le contrat de franchise à l'épreuve du droit de la concurrence », *RTD com.* 1991, p. 357). V. *contra* E. CLAUDEL, « Le luxe et le droit de la concurrence : entre bienveillance et rigueur ? », *RLDA*, 2011, n° 66). En effet, un prix imposé peut révéler de nombreux bienfaits : protection de l'image de la marque, garantie d'une qualité minimale de service, facilitation de l'introduction d'un nouveau produit sur le marché... (sur ce point, v. M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen, op. cit.*, n° 353, p. 172).

¹⁰³⁸ Aut. conc., déc. n° 06-D-04 bis, 13 mars 2006.

¹⁰³⁹ Lignes directrices sur les restrictions verticales, *JOUE* 19 mai 2010, n° C 130/1.

¹⁰⁴⁰ Cons. conc., déc. n° 01-D-58, 24 sept. 2001 – Cons. conc., déc. n° 07-D-04, 24 jan. 2007 – CJCE, 11 sept. 2008, aff. C-279/06, *CESPA Estaciones de Servizio SA* – CJCE, 2 avr. 2009, aff. C-260/07, *Pedro IV Servicios SL*).

¹⁰⁴¹ R. AMARO, « Les prix imposés en droit de la concurrence : un « péché majeur » ? », *AJ Contrat* 2015, p. 296. L'auteur cite à titre d'exemple l'éventualité d'une tête de réseau qui menacerait le vendeur de représailles commerciales s'il venait à s'éloigner du prix « conseillé ».

¹⁰⁴² Cass. com. 7 oct. 2014, n° 13-194768.

¹⁰⁴³ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen, op. cit.*, n° 546, p. 247.

prix, les poursuites sont, en pratique, davantage engagées par les autorités publiques que par les concurrents¹⁰⁴⁴.

Si le créancier ne peut faire l'objet d'une contrainte, en ce que le prix de vente ne saurait lui être imposé par un tiers, le débiteur ne peut également faire l'objet d'une quelconque contrainte.

ii - Contrainte du débiteur : la violence économique

La contrainte du débiteur doit être envisagée sous l'angle du vice de violence (article 1130 du Code civil), le consentement du débiteur sur le prix ne saurait être obtenu par la violence, c'est-à-dire « extorqué ». Un cocontractant malintentionné est en effet susceptible d'entraver le fonctionnement de l'estimation de la valeur économique en profitant de l'état de faiblesse de son cocontractant et en jouant sur les craintes de celui-ci. Il y a donc violence lorsqu'un individu contraint un autre, par le geste ou la parole, à accepter un déséquilibre économique. La violence peut être au bénéfice du vendeur, le prix étant alors trop élevé, ou de l'acquéreur, le prix étant alors trop faible. Le contrat empreint de violence sera annulé, témoignant une nouvelle fois de la sanction apportée par le droit au déséquilibre économique. L'analyse de la violence économique révèle une appréhension élargie de la valeur par le droit et un « moyen indirect de sanctionner le déséquilibre du contrat au détriment de la partie faible, au nom de la protection du consentement ». C'est ici la question de la violence économique qui retiendra l'attention, celle-ci ayant récemment été consacrée à l'article 1143 du Code civil¹⁰⁴⁵.

En faisant de la violence économique une cause de nullité du contrat, le législateur a volontairement assimilé celle-ci à un vice du consentement, affirmant ainsi sa volonté de détacher la violence économique de la lésion. Pourtant, l'étude de la mise en œuvre de la sanction de la violence économique implique l'identification d'un déséquilibre économique, conduisant à rattacher subtilement les deux mécanismes.

174. Admission de la sanction de la violence économique. – Le législateur a récemment admis une seconde hypothèse dans laquelle l'estimation imparfaite de la valeur économique par une partie peut entraîner la nullité du contrat : la violence économique (article 1143 du Code civil). Ici, la mauvaise estimation de la valeur ne résulte ni de l'incapacité du cocontractant, ni

¹⁰⁴⁴ R. AMARO, « Les prix imposés en droit de la concurrence : un « péché majeur » ? », *AJ Contrat* 2015, p. 296.

¹⁰⁴⁵ Article 1143 du Code civil : « il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».

de son erreur, mais d'une contrainte extérieure. Ainsi, « un capitaine de navire en difficulté accepte de payer au patron d'un remorqueur une rémunération sans proportion avec les tarifs habituellement pratiqués¹⁰⁴⁶ ».

Le droit civil s'est longtemps montré réticent à l'admission de la violence économique, refusant tout d'abord d'accorder la qualification de « violence » à de telles situations¹⁰⁴⁷, avant de l'admettre à des conditions strictes, en exigeant notamment un comportement actif du cocontractant¹⁰⁴⁸. Le phénomène était pourtant largement sanctionné par le droit de la concurrence¹⁰⁴⁹ et le droit commercial¹⁰⁵⁰, en raison du durcissement de la vie des affaires. Reconnue à l'étranger¹⁰⁵¹ et attendue par de nombreux auteurs¹⁰⁵², la violence économique a finalement été accueillie tant par le projet Catala (article 1114-3) que par le projet Terré (article

¹⁰⁴⁶ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil : les obligations, op. cit.*, n° 318, p. 353. Cet exemple n'est pas sans rappeler l'affaire Req., 27 avr. 1887, *DP*. 1888, 1, p. 263, la solution ayant depuis fait l'objet d'une consécration législative (articles 10 et 15 de la loi du 29 avr. 1916, remplacée par la loi n° 67-545 du 7 juill. 1967 relative aux événements de mer).

¹⁰⁴⁷ Cass. com. 20 mai 1980, *Bull. civ.* III, n° 212, p. 170 – Cass. com. 21 févr. 1995, *Bull. civ.* IV, n° 50, p. 46, *RTD civ.* 1996, p. 391, obs. J. MESTRE.

¹⁰⁴⁸ La jurisprudence s'était toujours montrée encline à protéger celui qui contractait dans des conditions difficiles (sur l'état de nécessité, v. Soc. 5 juill. 1965, *Bull. civ.* IV, n° 545). Il fallut attendre les années 2000 pour assister à une véritable consécration de la violence économique. Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *D.* 2000, p. 879 note J.-P. CHAZAL ; *D.* 2001, p. 1140, obs. D. MAZEAUD ; *JCP G* 2001, II, 10461, note G. LOISEAU ; *RTD civ.* 2000, p. 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES, et p. 863, obs. P.-Y. GAUTIER ; *CCC* 2000, p. 142, note L. LEVENEUR ; *Defrénois* 2000, p. 1124, obs. Ph. DELEBECQUE – Cass. civ. 3^e, 8 oct. 2014, n° 13-18.150 ; *RDC* 2015, p. 11, obs. Th. GENICON 44, *D.* 2015, p. 432 ; *RTD civ.* 2015, p. 371, obs. H. BARBIER. Or, rapporter la preuve d'un tel comportement actif se révélait impossible, car « celui qui exploite la faiblesse d'autrui n'a pas à exercer une quelconque menace pour profiter de la situation et obtenir un avantage excessif ; il lui suffit de laisser jouer la pression qui s'exerce spontanément sur son partenaire à raison du lien de dépendance dans lequel il se trouve » (J.-P. CHAZAL, « La violence économique : violence économique ou abus de faiblesse ? », *Dr. et patr.* 2014, n° 240, p. 47).

¹⁰⁴⁹ Article 420-2 du Code du commerce : « est prohibée, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises : (...) 2° De l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente ».

¹⁰⁵⁰ Article L. 132-10 du Code de la consommation : « le contrat conclu à la suite d'une pratique commerciale agressive mentionnée aux articles L. 121-6 et L. 121-7 est nul et de nul effet. ».

¹⁰⁵¹ BGB §138, alinéa 2, article 1118 du Code civil luxembourgeois, article 1406 du Code civil québécois, article 21 du Code suisse des obligations, article 1448 du Code civil italien, article 214 du Code civil libanais, article 44 du BWB néerlandais, article 1221 du Code civil roumain, article § 879 de l'AGBB autrichien, articles 4 :109 des PDEC, II-7207 des DCFR, 51 DCEV, 3:10 Principes Unidroit. Ce mécanisme porte souvent le nom de « lésion qualifiée ». La Cour de cassation belge a également récemment admis qu'un contrat « peut être attaqué sur la base de la lésion qualifiée, c'est-à-dire le préjudice qui consiste en une disproportion manifeste entre les prestations stipulées entre les parties et qui résulte du fait qu'une des parties abuse de la position de faiblesse de l'autre » (Cass. 9 nov. 2012, n° C-12.0051-N).

¹⁰⁵² F. DREIFUSS-NETTER, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTD civ.* 1990, p. 369 – D. MAZEAUD, « Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance économique » in *Mélanges Paul Didier*, 2008, p. 324 – B. EDELMAN, « De la liberté et de la violence économique », *D.* 2001, p. 2315 – O. RIVOAL, « La dépendance économique en droit du travail », *D.* 2006, p. 891. La violence économique était toutefois décriée par d'autres, v. en ce sens J. MESTRE, obs. *RTD civ.* 1989, p. 538 – C. NOURISSAT, « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien », *D. Affaires* 2000, chron. 36.

66), avant de faire une entrée, très remarquée¹⁰⁵³, au sein du nouvel article 1143 du Code civil grâce à la réforme de 2016.

Désormais, encourt la nullité le contrat dans lequel une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouvait son cocontractant, a obtenu de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en a tiré un avantage manifestement excessif. Compte tenu de la contrainte pesant sur lui et de la dépendance à laquelle il est soumis, le contractant n'a pas incorrectement estimé la valeur économique, mais n'a tout simplement pas eu l'opportunité de le faire. Le déséquilibre n'aurait donc pas pour origine une mauvaise estimation économique, mais une absence de liberté dans l'estimation.

La caractérisation de la violence économique nécessite la réunion de plusieurs éléments cumulatifs : la victime de la violence doit être placée dans une situation de dépendance¹⁰⁵⁴ prouvée¹⁰⁵⁵, sans aucune alternative, dont l'auteur de la violence doit abuser¹⁰⁵⁶, c'est-à-dire en tirer délibérément un profit « manifestement excessif ». Mais la seule réunion de ces éléments est insuffisante à caractériser la violence, l'article 1143 du Code civil exigeant que l'auteur de

¹⁰⁵³ Sur ce point v. G. LOISEAU, « L'éloge du vice ou les vertus de la violence économique », *Dr. et patr.* septembre 2002, p. 26.

¹⁰⁵⁴ Si la dépendance constitue la « pierre angulaire » (v. M. LATINA, « La preuve de la dépendance est nécessaire à la caractérisation de la violence économique », *LDEC*, 2019, n° 8, p. 20) de la violence économique, la situation de vulnérabilité de la victime a retenu l'attention de la doctrine. À l'origine, en effet, les projets Terré et Catala exigeaient, alternativement, un état de nécessité ou de vulnérabilité. L'article 1143 du Code civil s'est donc montré davantage restrictif sur ce point. S'est alors posée la question de savoir s'il fallait s'en tenir à la dépendance d'une personne envers une autre et admettre, au-delà de la dépendance économique, la dépendance financière, affective, technologique (M. CHAGNY, « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », *AJCA*, 2016, p. 115) et retenir une définition plus large de la dépendance, comprenant les « personnes dépendantes » (S. PELLET, « L'abus de dépendance est une violence », *op. cit.* et *contra* R. BOFFA, « La validité du contrat », *Gaz. Pal.* 2015, n° 120, p. 18). Le rapport de présentation de l'ordonnance semblait aller en ce sens, et le Garde des Sceaux avait confirmé sa volonté de retenir une interprétation large lors de l'examen de la loi de ratification de l'ordonnance de 2016. L'Assemblée nationale et le Sénat ne parvenant pas à s'accorder sur ce point, un compromis fut élaboré en deuxième lecture, au terme duquel il a été précisé que l'état de dépendance doit être apprécié « à l'égard du cocontractant », venant ainsi consacrer l'interprétation stricte de la dépendance et écarter les hypothèses de dépendance intrinsèques à un cocontractant (Sur ce point v. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations: commentaire théorique et pratique de l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2018, n° 341, p. 296).

¹⁰⁵⁵ M. Bruno Petit et Mme Sylvie Rouxel résumant la problématique en énonçant que « on ne saurait en effet abuser d'une situation qui n'existe pas » (B. PETIT et S. ROUXEL, « Violence », *J.-Cl. civ.* Art. 1140 à 1143, 2020). V. en ce sens Cass. civ. 1^{re}, 18 févr. 2015, n° 13-28.278, *Bull. civ.* I, n° 44 ; *Resp. civ. et assur.* 2015, comm. 166, note N. LEBLOND ; *D.* 2016, p. 566, obs. M. MEKKI ; *AJCA* 2015, p. 221, obs. L. PERDRIX ; *RDC* 2015, p. 445, obs. E. SAVAUX ; *RTD civ.* 2015, p. 371, obs. H. BARBIER.

¹⁰⁵⁶ La question de l'existence d'un abus, indépendamment du profit illégitime, partage la doctrine. Certains estiment que l'abus et le profit sont deux conditions bien distinctes (v. en ce sens G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations: commentaire théorique et pratique de l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 341, p. 297 : « cette condition est évidente ; tous ceux qui contractent avec des personnes fragiles ne sont pas nécessairement malhonnêtes... La violence de l'article 1143 du Code civil est donc constituée si le cocontractant a profité de la contrainte qui pèse sur l'autre partie pour "obtenir un avantage manifestement excessif" » – O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article, op. cit.*, p. 225).

la violence obtenue de la victime « un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte », c'est-à-dire que le consentement de ce dernier soit vicié.

Le déséquilibre économique joue un double rôle, déterminant, dans la caractérisation de la violence, car il en est à la fois un préalable et le résultat. Un déséquilibre est en effet nécessaire à la fois dans l'identification du vice du consentement, et dans la caractérisation du résultat produit par la violence.

175. Assimilation contestable de la violence économique à un vice du consentement. –

Les rédacteurs de la réforme de 2016 ont choisi de retenir une approche libérale de la violence économique¹⁰⁵⁷, à l'instar de ce qu'affirmait antérieurement la Cour de cassation¹⁰⁵⁸. En effet, plutôt que d'envisager frontalement le déséquilibre économique, comme opéré par la plupart des textes étrangers¹⁰⁵⁹ et comme suggéré par le projet Catala (« avantage manifestement excessif »), l'article 1143 du Code civil emprunte sans aucune ambiguïté le champ lexical des vices du consentement (« il y a également violence », « qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte »). Le choix de vocabulaire est révélateur, car l'article 1143 ne paraît pas contredire l'article 1168 du Code civil. La qualification de « violence économique », plutôt que celle de « lésion qualifiée » témoigne également de la volonté du législateur de perpétuer la logique traditionnelle de la force obligatoire du contrat. Enfin, le recours à la nullité, sanction classique des vices du consentement, constitue un dernier élément dans le sens d'un parti pris du législateur¹⁰⁶⁰. M. Hugo Barbier se félicite d'un tel choix sémantique, au motif que la violence économique serait « purgée » de « tout parfum de contrôle de la lésion¹⁰⁶¹ »,

¹⁰⁵⁷ P. ANCEL, « Article 1142 : violence économique », *RDC* 2015, n° 3, p. 747.

¹⁰⁵⁸ « La contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion ». Cass. civ. 1^{re}, 30 mai 2000, n° 98-15.242, *D.* 2000, p. 879 note J.-P. CHAZAL ; *D.* 2001, p. 1140, obs. D. MAZEAUD ; *JCP G* 2001, II, 10461, note G. LOISEAU ; *RTD civ.* 2000, p. 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES, et p. 863, obs. P.-Y. GAUTIER ; *CCC* 2000, p. 142, note L. LEVENEUR ; *Deffrénois* 2000, p. 1124, obs. Ph. DELEBECQUE.

¹⁰⁵⁹ Le droit allemand exige ainsi une « disproportion flagrante », le droit québécois une « disproportion importante », les PEDC un « avantage déloyal ».

¹⁰⁶⁰ M. Pascal Ancel regrette ainsi que le choix du législateur quant à la sanction de la violence économique n'ait pas plutôt porté sur la révision du contrat, alors que cette possibilité avait été envisagée par le projet Terré. L'auteur juge en effet le recours à la nullité « trop rigide », alors que la révision du contrat aurait été plus adaptée (P. ANCEL, « Article 1142 : violence économique », *op. cit.*). L'auteur tempère toutefois son propos en envisageant le versement de dommages-intérêts, venant ainsi réviser indirectement le montant du prix, voire une révision directe comme la Cour de cassation l'a autorisé en matière de dol, (cf. *supra* n° 277, Cass. civ. 3^e, 6 juin 2012, n° 11-15.973, *RDC* 2012, p. 1180, note T. GENICON).

¹⁰⁶¹ H. BARBIER, « Le vice du consentement pour cause de violence économique », *Dr. et patr.* 2014, n° 240, p. 50 L'auteur s'interroge en revanche quant à l'articulation des articles 1168 et 1170 du Code civil : « Le contrôle de l'équilibre du contrat *via* une généralisation de la sanction des clauses abusives est aussi une méthode de lutte contre les abus de faiblesse. Que ce soit le droit de la consommation ou plus récemment le droit des pratiques restrictives de concurrence, leur *ratio legis* réside bien dans l'existence d'une situation de faiblesse du consommateur ou du partenaire commercial. À tel point d'ailleurs que le texte initial de l'article L. 442-6, I, 2^o, du Code de commerce contenait la mention de cet abus de situation. Par conséquent, introduire tout à la fois un

permettant ainsi de lutter contre l'abus de faiblesse, peu important l'équilibre du contrat, mais également de renforcer la force obligatoire des contrats conclus sous l'empire d'une pression moindre. L'objectif affiché est ici clairement de prévenir les pressions économiques, afin de prévenir l'apparition d'épisodes lésionnaires, sur le fondement des vices du consentement. MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina décèlent ainsi aisément la crainte engendrée par la situation de contrainte (« c'est en effet la crainte qui vicie le consentement de la victime de la violence, à l'image de l'erreur qui altère le consentement de la victime du dol »¹⁰⁶²).

Pourtant, l'étude de la mise en œuvre du mécanisme tend à rapprocher la logique de la violence économique de l'infraction d'abus de faiblesse¹⁰⁶³ et à la lésion qualifiée, et non des vices du consentement. MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina le relèvent, « l'article 1143 du Code civil ne mentionne aucun vice : ni erreur, ni crainte. L'abus de dépendance étant une violence, faudra-t-il qu'il soit démontré au juge, en plus de la situation de dépendance et de l'avantage manifestement excessif obtenu abusivement, l'existence d'une crainte ? Au contraire, le vice se déduira-t-il nécessairement de la conjonction de la situation de dépendance et de l'abus ? Le choix de la seconde branche de l'alternative n'est peut-être pas aussi évident qu'il n'y paraît à première vue »¹⁰⁶⁴. Si M. Hugo Barbier est formel et estime que « à tirer automatiquement le vice du consentement, subjectif, du caractère objectivement déséquilibré du contrat, on dénature le mécanisme, recréant la passerelle avec la sanction de la lésion qu'on avait entendu écarter », la solution n'est en réalité pas certaine si bien qu'il convient, dès lors, de questionner le *ratio legis* de l'article 1143 du Code civil.

176. Assimilation préférable de la violence économique à la lésion qualifiée. – M. Jean-Pascal Chazal quant à lui s'interroge quant à la *ratio legis* de l'article 1143 du Code civil : « qu'est-ce qui importe lorsqu'on envisage la question de l'exploitation abusive d'une situation de faiblesse ? Est-ce le fait qu'une personne ait consenti à contracter à des conditions telles que si elle n'avait pas été placée dans la même situation, elle n'aurait pas accepté les mêmes conditions ? Je pense que non dans la mesure où la plupart des contractants pourraient dire la même chose ! L'important réside, à mon sens, dans le déséquilibre contractuel anormal que cette personne subit, lequel engendre un sentiment d'injustice et la nécessité de ne pas le laisser

vice de violence économique et un contrôle renforcé de l'équilibre du contrat, c'est combattre deux fois les abus de faiblesse. Une fois de trop ? »

¹⁰⁶² G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique de l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 342, p. 297.

¹⁰⁶³ Article 223-15-2 du Code pénal. sanctionnée de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende à l'article 223-15-2 du Code pénal, dont elle portait le nom dans l'article 50 de l'avant-projet de réforme.

¹⁰⁶⁴ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique de l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 343, p. 298.

sans réaction juridique. Raisonsons par l'absurde : voici une personne en situation d'extrême faiblesse qui n'a d'autre choix que de contracter ou de disparaître ; son cocontractant n'en profite cependant pas pour exiger d'elle un profit anormal. On ne voit pas un juge annuler le contrat, alors même qu'il serait convaincu que la volonté de l'une des parties n'a pas été libre au moment de donner son consentement. L'abus réside donc dans l'avantage excessif, anormal, non dans une hypothétique menace ou contrainte ». M. Romain Boffa parvient également à une solution similaire : il prend l'exemple d'« un vendeur qui se dépossède de ses biens pour un prix parfaitement juste, parce qu'il est soumis à une urgence (par exemple, le paiement d'une dette fiscale). Pourtant, il n'y a exploitation de la faiblesse d'autrui, et donc abus, que si le cocontractant tire un avantage excessif de la situation »¹⁰⁶⁵.

Le critère déterminant justifiant la mise en œuvre de l'article 1143 du Code civil serait finalement l'abus de l'état de dépendance, c'est-à-dire l'exercice de pressions, et non le vice de son consentement. L'abus doit ici être entendu dans un sens distinct de « l'abus de droit » et être apprécié sous le prisme de l'article 1142 du Code civil. M. Hugo Barbier le relève, « s'il y a abus sans pression, il n'y a pas violence »¹⁰⁶⁶. À l'origine, les projets de réforme n'envisageaient aucune exigence de ce type, venant susciter à cette occasion l'inquiétude d'une partie de la doctrine¹⁰⁶⁷. Il aurait en effet été envisageable d'annuler des contrats parfaitement équilibrés dès lors qu'une pression aurait été constatée, comme dans l'exemple précédemment évoqué par M. Jean-Pascal Chazal. *In fine*, cela « soumettait à un risque d'annulation tous les contrats conclus pour satisfaire des besoins vitaux ! »¹⁰⁶⁸. La réforme a ainsi introduit l'exigence d'un avantage « manifestement excessif », afin de « de répondre aux craintes des entreprises et d'objectiver l'appréciation de cet abus »¹⁰⁶⁹, conduisant à une subjectivisation de l'appréciation de l'abus et, ce faisant, à une objectivisation de la violence économique.

MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina le constatent, « le rattachement de l'abus d'une situation de dépendance au vice de violence pose plus de questions qu'il n'en résout ». Assumer un rattachement direct à la lésion aurait peut-être davantage simplifié la mise en œuvre de

¹⁰⁶⁵ R. BOFFA, « La validité du contrat », *Gaz. Pal.*, 2015, n° 120, p. 18.

¹⁰⁶⁶ H. BARBIER, « Le vice du consentement pour cause de violence économique », *op. cit.*

¹⁰⁶⁷ R. BOFFA, « La validité du contrat », *Gaz. Pal.*, 2015, n° 120, p. 18, J.-P. CHAZAL, « La violence économique : violence économique ou abus de faiblesse ? », *op. cit.* et P. ANCEL, « Article 1142 : violence économique », *op. cit.*

¹⁰⁶⁸ S. PELLET, « L'abus de dépendance est une violence », *LEDC* 2016, n° 3, p. 4.

¹⁰⁶⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035, 11 février 2016, texte n° 25.

l'article 1143 du Code civil. L'étude de la mise en œuvre de la violence économique sera ainsi abordée au sein du chapitre suivant, relatif à la correction du déséquilibre économique initial¹⁰⁷⁰.

Une fois l'information correctement communiquée et reçue, un délai de réflexion est parfois accordé au créancier destinataire de cette information.

C. Assimilation de l'information

Le législateur impose parfois un allongement de la durée des débats sur le prix dans les relations entre professionnels et consommateurs, ce qui conduit à une modification du processus contractuel (1.). De même, le législateur autorise parfois le débiteur du prix à revenir sur son consentement (2.).

1. Délai de réflexion

Afin de laisser l'opportunité au débiteur du prix d'apprécier correctement la valeur économique, le droit impose parfois un délai de réflexion, c'est-à-dire une période durant laquelle le contrat ne peut être conclu.

177. Instauration de délais de réflexion. – Dans certaines hypothèses, le droit instaure un délai de réflexion, c'est-à-dire un délai durant lequel l'acceptation de l'offre du créancier par le débiteur du prix est indifférente (article 1122 du Code civil). Le contrat ne pourra ainsi être valablement formé qu'à l'expiration de ce délai de réflexion et aucun paiement ne peut être exigé au cours de cette période. Il en va ainsi lors de la conclusion d'un contrat de prêt immobilier ou de renégociation par voie d'avenant au contrat de prêt : l'article L. 313-39 du Code de la consommation prévoit que l'emprunteur dispose d'un délai de réflexion de dix jours à compter de la réception des informations communiquées par le prêteur concernant l'offre de prêt. L'acte conclu au cours de ce délai de réflexion encourt la nullité¹⁰⁷¹, ce délai étant d'ordre public¹⁰⁷² et non susceptible de régularisation¹⁰⁷³. Cette solution, dérogoratoire du droit commun des contrats, se justifie en matière de crédit immobilier compte tenu de l'importance des

¹⁰⁷⁰ Cf. *infra* n° 174.

¹⁰⁷¹ Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 1994 : « la méconnaissance du délai d'acceptation de dix jours est sanctionnée par la nullité du contrat de prêt » (v. également Cass. civ. 1^{re}, 25 nov. 2010, n°09-14.336 et 09-68.321 – Cass. civ. 1^{re}, 20 février 2019, n° 18-12.47 – Cass. civ. 1^{re}, 6 janv. 2021, n° 19-11.694). Le choix de la nullité comme sanction de l'acceptation au cours du délai de réflexion est toutefois surprenant, en ce que l'acceptation ne peut à la fois donner naissance au contrat, et en causer la nullité...

¹⁰⁷² Cass. civ. 1^{re}, 9 déc. 1997, n° 95-15.494, *Bull. civ.* I, n° 368 ; CCC 1998, comm. 53, obs. G. RAYMOND, *JCP G* 1998, II, n° 10148, note S. PIEDELIEVRE.

¹⁰⁷³ Cass. civ. 1^{re}, 30 mars 1994, n° 92-17.048, *Bull. civ.* I, n° 126, p. 92.

sommes empruntées¹⁰⁷⁴. Un délai identique est prévu en cas de souscription à un prêt viager hypothécaire, en vertu de l'article L. 315-11 du Code de la consommation, ainsi que pour les contrats d'enseignement privé à distance¹⁰⁷⁵.

Le délai de réflexion peut également, exceptionnellement, porter sur la résiliation du contrat, comme c'est le cas en matière de résiliation du contrat d'établissement d'hébergement de personnes âgées habilitées au titre de l'aide sociale¹⁰⁷⁶. La frontière devient ici poreuse avec la rétractation, puisqu'il s'agit de revenir sur la résiliation.

Si le délai de réflexion permet d'accorder davantage de temps au cocontractant afin d'apprécier la valeur économique et de pallier, ainsi, le risque d'apparition de cas de lésion, le délai de rétractation permet, à l'inverse, de continuer de réfléchir postérieurement à la conclusion du contrat.

2. Délai de rétractation

L'exercice d'un droit de rétractation autorise le débiteur du prix à revenir sur son consentement, permettant ainsi d'allonger le temps de l'estimation de la valeur économique.

178. Droit de rétractation du débiteur et la modification du processus contractuel. – Le droit de rétractation se révèle également garant de la justesse des prix, assurée par le droit de la consommation. Dans certains contrats conclus hors établissement¹⁰⁷⁷, les consommateurs bénéficient d'un délai de quatorze jours pour se rétracter (article L. 121-21 du Code de la consommation), à compter du jour ouvrable suivant la conclusion du contrat. Toute clause portant modification de ce délai est présumée irréfragablement abusive. Un délai de rétractation similaire peut être observé dans la formation du contrat de prêt à la consommation (article L. 312-28 du Code de la consommation), l'emprunteur bénéficiant d'un délai de rétractation de quatorze jours à compter de l'acceptation de l'offre de prêt. Il en va de même pour la

¹⁰⁷⁴ Sur ce point, v. N. MONACHON-DUCHENE, « La protection du délai de réflexion de l'emprunteur immobilier », *JCP G* 2004, I, 152.

¹⁰⁷⁵ 7 jours à compter de la réception du projet de contrat et du plan d'étude (article L. 444-8 du Code de la consommation).

¹⁰⁷⁶ 48h à compter de la décision de résiliation (article L. 311-4-1 du Code de la santé et des familles).

¹⁰⁷⁷ Le droit de rétractation n'existe pas dans l'intégralité des contrats conclus hors établissement, le nombre d'exceptions étant de vingt-cinq (J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2015, n° 577, p. 584) : exécution du service achevée avant la fin du délai de 14 jours, prix du service dépendant des fluctuations du marché, dépannages à domicile, travaux d'entretien, réparation d'urgence et les services d'hôtellerie, déménagement, location de véhicule, restauration et activités de loisir réservés par le client à une date précise. L'exclusion des services dont le prix est soumis aux fluctuations du marché est révélatrice de l'appréhension juridique de la valeur économique : une telle règle permet d'éviter une rétractation à la suite d'une importante variation du marché.

construction ou d'acquisition d'un logement à usage d'habitation¹⁰⁷⁸ ou de la construction d'une maison individuelle¹⁰⁷⁹, le recours à des services financiers à distance¹⁰⁸⁰, la souscription d'une assurance vie¹⁰⁸¹ ou à une opération de prévoyance¹⁰⁸², la réalisation d'une opération de chirurgie esthétique¹⁰⁸³, le recours à une agence matrimoniale¹⁰⁸⁴, la conclusion d'un contrat de formation professionnelle¹⁰⁸⁵, l'établissement d'hébergement de personnes âgées habilité au titre de l'aide sociale¹⁰⁸⁶, la revente de métaux précieux¹⁰⁸⁷ ou la jouissance de biens immobiliers en temps partagé¹⁰⁸⁸.

Ce délai est totalement dérogatoire du droit civil, où la force obligatoire du contrat a vocation à s'appliquer dès la conclusion de celui-ci. Compte tenu du danger que représente le surendettement des particuliers et les ventes hors établissement, et tout particulièrement les ventes en ligne où le consommateur est dans l'incapacité d'apprécier le bien ou le service, l'octroi d'un délai de rétractation au consommateur lui permet de réfléchir davantage. Au-delà de s'interroger sur la nécessité de la souscription à une telle opération, le consommateur a également l'occasion de comparer les prix et de faire jouer une dernière fois la concurrence : le droit de rétractation permet donc de corriger une éventuelle erreur spontanée sur la valeur. Le délai de rétractation garantit donc un meilleur fonctionnement du marché. À l'heure des comparateurs de prix, cette prérogative révèle toute son importance pratique.

¹⁰⁷⁸ 10 jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre ayant pour objet l'acquisition ou la construction de l'immeuble à usage d'habitation (article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation).

¹⁰⁷⁹ 10 jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant l'acte (article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation).

¹⁰⁸⁰ 14 jours calendaires à compter de la date d'adhésion ou de conclusion du contrat, ou de la réception des conditions et informations précontractuelles (articles L. 112-2-1 et R. 112-4 du Code des assurances, articles L. 343-1 du Code monétaire et financier). Ce délai a également vocation à s'appliquer en cas de démarchage pour un service financier non sollicité.

¹⁰⁸¹ 30 jours calendaires à compter du jour où le souscripteur est informé de la conclusion du contrat (article L. 132-5-1 du Code des assurances). Cette disposition ne s'oppose toutefois pas au versement d'argent, un remboursement devant être, le cas échéant, opéré dans les 30 jours suivants la réception de la rétractation.

¹⁰⁸² 30 jours calendaires à compter du jour où le souscripteur est informé de la prise d'effet de l'adhésion (articles L. 932-15 et R. 932-2-2 du Code de la sécurité sociale).

¹⁰⁸³ 15 jours minimum à la compter de la remise du devis (article D. 6322-30 du Code de la santé publique), aucun versement n'étant autorisé, le délai étant par ailleurs d'ordre public.

¹⁰⁸⁴ 7 jours à compter de la signature du contrat en agence, 14 jours si le contrat est signé hors établissement (article L. 224-91 du Code de la consommation). Le professionnel ne peut exiger aucun paiement au cours de cette période.

¹⁰⁸⁵ 10 jours à compter de la signature du contrat (articles L. 6353 et suivants du Code du travail).

¹⁰⁸⁶ 15 jours à compter de la signature du contrat ou de l'admission si celle-ci est postérieure (articles L. 312-1 et L. 342-1 du Code de l'action sociale et des familles).

¹⁰⁸⁷ 48h à compter de la signature du contrat, y compris en cas de vente hors établissement ou à distance, et sauf en cas de revente d'or (articles L. 224-9 et R. 224-4 et 224-7 du Code de la consommation).

¹⁰⁸⁸ 14 jours à compter de la conclusion du contrat ou de sa réception (articles L. 224-69 et suivants du Code de la consommation). Le délai est identique concernant la souscription ou la cession de parts ou actions de sociétés d'attribution d'immeubles en jouissance à temps partagé.

Le droit de rétractation présente toutefois un effet pervers. Les professionnels ayant en effet parfaitement intégré l'existence d'un tel délai peuvent tenter d'inciter les consommateurs à conclure le contrat en prétextant qu'ils bénéficient d'un délai de rétractation. L'objectif du droit de rétractation est de permettre au consommateur de revenir sur son consentement en cas d'erreur, et non de le pousser à contracter, au risque de changer d'avis. La logique est ici bien différente : dans le cas du délai réflexion, le temps accordé au consommateur est antérieur à la conclusion du contrat, alors qu'il est postérieur à celle-ci dans le cas du délai de rétractation. Au-delà du fait que le consommateur peut y percevoir une pratique marketing alors qu'il s'agit d'une obligation légale, le risque est que le consommateur accepte trop rapidement de conclure le contrat puis n'exerce pas son droit de rétractation, par manque de motivation ou de temps. Une telle pression exercée sur le consommateur devrait être sanctionnée au titre des pratiques commerciales agressives : le délai de rétractation ne devrait être qu'une seconde chance de réfléchir.

179. Allongement de la période précontractuelle dans les contrats conclus par voie électronique. – Le nouvel article 1127-2 du Code civil énonce en effet que le contrat passé par voie électronique avec un professionnel « n'est valablement conclu que si le destinataire de l'offre a eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total ». Cette disposition consacre ainsi la règle du « double-clic » selon laquelle l'information sur le prix doit impérativement figurer au stade de l'offre (article L. 1127-1 du Code de la consommation), mais aussi lors de l'acceptation définitive (article 1127-2 du Code civil). La période de réflexion du consommateur est donc allongée, ne serait-ce que de quelques secondes, lesquelles peuvent se révéler décisives dans l'appréciation de la valeur économique. Au-delà de renforcer sa protection, cette mesure instaure un consentement en deux temps, ce qui constitue une légère modification du processus contractuel.

Au-delà de l'encadrement de la communication et de la réception de l'information, c'est également le contenu de celle-ci qui fait l'objet d'une réglementation stricte afin d'assurer une mise en œuvre correcte la réalité de celui-ci du mécanisme estimatoire.

II. DETERMINATION DE LA TENEUR DE L'INFORMATION

La liberté contractuelle des parties en matière de détermination de la valeur économique est encadrée au regard du contenu des négociations sur le prix. Une information suffisante des parties permet en effet d'éviter que des hypothèses lésionnaires ne surviennent. Lors des négociations, si les parties sont impérativement tenues de communiquer quant au montant du

prix (A.), il ne pèse en revanche sur elles, sauf exception, aucune obligation générale quant à la valeur de l'objet du contrat (B.). Ce diptyque législatif met particulièrement en lumière les relations étroites qu'entretiennent le prix et la valeur.

A. *Obligation stricte d'informer sur les prix*

Les parties sont soumises à une obligation d'information sur les prix, laquelle permet d'informer correctement le débiteur du prix et lui évitera, le cas échéant, de conclure un contrat à prix lésionnaire. Il s'agira dans un premier temps d'étudier le contenu de l'information sur les prix (1.), avant de lui appliquer l'exigence de précision formulée par le Code civil (2.).

1. Information sur les prix au stade de la publicité

Le régime de la publicité sur les prix est étroitement encadré afin d'éviter que le débiteur ne soit induit en erreur et subisse un déséquilibre entre le prix et la valeur.

180. Publicité sur les réductions de prix. – En matière de publicité, il convient tout d'abord de rappeler que les documents publicitaires entrent dans le champ contractuel, « dès lors que, suffisamment précis et détaillés, ils ont eu une influence sur le consentement du cocontractant¹⁰⁸⁹ ». La publicité annonçant des réductions de prix est strictement réglementée, pouvant être sanctionnée de manière générale au titre d'une pratique commerciale trompeuse (article L.121-1 2° c) du Code de la consommation).

Plus particulièrement, et afin d'éviter que le consommateur ne soit induit en erreur, l'arrêté du 31 décembre 2008¹⁰⁹⁰ avait imposé différentes mentions obligatoires en matière de publicité de réduction de prix : importance de la réduction en valeur absolue ou en pourcentage, produits et services concernés, période durant laquelle la réduction est consentie, importance des quantités offertes, double marquage lorsque la vente est faite en présentiel ... Il était spécialement précisé que le prix de référence ne pouvait être inférieur au prix le plus bas pratiqué par l'annonceur durant les trente jours précédents le début de la publicité. La directive « PCD » du 11 mai 2005¹⁰⁹¹ est venue modifier les règles en matière de pratiques commerciales, en dressant une liste noire des pratiques réputées déloyales en toutes circonstances. Après une transposition partielle de la directive en 2008, la France a été mise en demeure par la

¹⁰⁸⁹ Cass. civ. 1^{re}, 6 mai 2010, n° 08-14.461, *D.* 2011. 472, obs. S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.* 2010. 580, obs. P.-Y. GAUTIER. V. plus généralement sur ce point, F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1994.

¹⁰⁹⁰ Arrêté du 31 décembre 2008 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur, *JORF* n° 0010 du 13 janvier 2009, p. 689, texte n° 10.

¹⁰⁹¹ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur.

Commission européenne le 2 mai 2009 et a finalement achevé la transposition de la directive en 2011, par la loi Warsmann³¹⁰⁹². C'est dans ce contexte que l'arrêté du 11 mars 2015¹⁰⁹³ est venu préciser les règles relatives aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur. La base de calcul du prix de référence n'est désormais plus encadrée et le professionnel est libre de fixer le prix à partir duquel il fixe la réduction (article 2), la réalité de celle-ci étant soumise, le cas échéant, à justification (article 4). Par ailleurs, dès lors que la réduction est d'un taux uniforme et se rapporte à un produit ou service parfaitement identifié, « l'indication du prix réduit n'est pas obligatoire et l'avantage annoncé s'entend par rapport au prix de référence » (article 3), la réduction pouvant être faite par un escompte à la caisse.

Des règles particulières sont également prévues à l'article L. 441-2 du Code de commerce concernant la vente de produits alimentaires périssables. Toute publicité de réduction sur les prix « doit préciser la nature et l'origine des produits offerts et la période pendant laquelle est maintenue l'offre proposée par l'annonceur. La mention relative à l'origine est inscrite en caractères d'une taille égale à celle de la mention du prix ».

181. Publicité sur les prix d'un prêt à la consommation. – Compte tenu de l'importance du contrat souscrit et du risque élevé de surendettement corrélatif, le législateur a fait le choix de renforcer la législation relative à la publicité en matière de prêt d'argent, et plus particulièrement de prêt à la consommation. Ces règles, prévues aux articles L. 312-5 à L. 312-11 du Code de la consommation, doivent donc être appliquées conjointement à la prohibition générale des pratiques commerciales trompeuses, et permettent de prévenir l'apparition d'hypothèses lésionnaires.

Ces dispositions sont applicables « quel que soit le support utilisé » dès lors que le message est incitatif¹⁰⁹⁴ et concerne l'une des opérations de crédit visée à l'article L. 312-1 du Code de la consommation¹⁰⁹⁵. Ces dispositions comprennent à la fois des mentions obligatoires

¹⁰⁹² Loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, *JORF* n°0115 du 18 mai 2011 p. 8537, texte n° 1.

¹⁰⁹³ Arrêté du 11 mars 2015 relatif aux annonces de réductions de prix à l'égard du consommateur, *JORF* n°0070 du 24 mars 2015, p. 5378, texte n° 33.

¹⁰⁹⁴ Crim. 12 nov. 1986, n° 85-95.538, *Bull. crim.* n° 335 : « constitue une publicité (...) tout moyen d'information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur les résultats qui peuvent être attendus du bien ou du service qui lui est proposé ».

¹⁰⁹⁵ Le « *sponsoring* » visant simplement à accroître la notoriété d'un établissement de crédit sans viser une opération de crédit en particulier n'est donc pas soumis à ces règles (Cass. civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, n° 04-15.913, *Bull. civ.* I, n° 509).

et des mentions interdites. Chaque publicité doit ainsi mentionner, de manière lisible¹⁰⁹⁶ selon le type de support choisi¹⁰⁹⁷, l'avertissement suivant : « un crédit vous engage et doit être remboursé. Vérifiez vos capacités de remboursement avant de vous engager », dans une police de caractère plus importante que celle utilisée pour les autres mentions informatives, hormis celles relatives au taux effectif global (dit « TEG », article L. 312-8 du Code de la consommation).

Les mentions chiffrées connaissent en effet une législation spécifique prévue à l'article L. 312-16 du Code de la consommation. Le taux d'intérêt constituant le prix du crédit et étant soumis à la prohibition de l'usure, il est logique qu'il fasse l'objet de dispositions particulièrement restrictives. Doivent ainsi être mentionnées le taux débiteur, ainsi que sa nature fixe ou variable¹⁰⁹⁸, le montant total du crédit (dans le cadre d'un crédit renouvelable notamment), le TEG, la durée du contrat le cas échéant, le prix au comptant et le montant de tout acompte s'il s'agit d'un crédit accordé sous la forme d'un délai de paiement, le montant total des échéances et, si le prêteur exige que l'emprunteur recoure à des assurances, le coût de celles-ci. Depuis la loi Lagarde de 2010¹⁰⁹⁹, aucune exigence n'est formulée quant à une indication de l'identité du prêteur, sauf en matière de crédit immobilier (article L. 311-5 du Code de la consommation). Ces informations doivent par ailleurs être délivrées accompagnées d'un exemple représentatif, afin de faciliter la compréhension du futur emprunteur et d'éviter au maximum les risques de surendettement¹¹⁰⁰.

Il existe également des règles particulières concernant les regroupements de crédits et les crédits gratuits. Dans le premier cas, le prêteur doit préciser le taux total du crédit applicable antérieurement et postérieurement à l'opération de regroupement de crédit (article L. 312-10 du Code de la consommation). Dans la seconde hypothèse, celle du crédit gratuit, la publicité devra

¹⁰⁹⁶ Il a ainsi été jugé que la mention obligatoire inscrite sur un panneau publicitaire situé au bord de la route ne pouvait être lue par les automobilistes (CA Rennes, 19 déc. 2003, n° 02/06763). De même pour une publicité télévisée sur laquelle la mention défilait trop rapidement sur une bande blanche (Paris, 19 févr. 1999, n° 1997/06247).

¹⁰⁹⁷ Hormis le support radiophonique expressément exclu par l'article L. 312-5 du Code de la consommation, il n'existe aucune exception, même les SMS (DGCCRF, note d'information n° 2011 - 73, 22 juill. 2011).

¹⁰⁹⁸ De telles mentions ne sont toutefois pas exigées en matière de location-vente ou de location avec option d'achat (article L. 312-5 du Code de la consommation).

¹⁰⁹⁹ Loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, *JORF* n°0151 du 2 juillet 2010, texte n° 1.

¹¹⁰⁰ « Pour un prêt personnel de 7 000 € (hors assurance facultative) sur 36 mois au TAEG fixe de 6,38 % : 35 mensualités de 213,59 € et une dernière de 213,30 €. Montant total dû de 7 688,95 €. Taux débiteur fixe de 6,20 %. Le coût de l'assurance facultative pour un emprunteur est de 11,20 € par mois, à ajouter à la mensualité ; soit un taux annuel effectif de l'assurance de 3,73 % pour les garanties décès, invalidité, incapacité et un montant total dû au titre de l'assurance sur la durée totale du prêt : 403,20 » (*Lamy droit du financement*, 2020, n° 6000).

obligatoirement mentionner « le montant de l'escompte sur le prix d'achat éventuellement consenti en cas de paiement comptant et précise qui prend en charge le coût du crédit consenti gratuitement » (article L. 312-41 du Code de la consommation).

Au-delà de la publicité sur les prix, c'est également l'information sur les prix dans l'offre de contracter elle-même qui fait l'objet d'une importante régulation, afin d'éviter la survenue d'hypothèse lésionnaire.

2. Information sur les prix dans l'offre de contracter

L'obligation d'information sur les prix indique au débiteur l'étendue de son obligation, lui permettant de ce fait de réaliser la portée de ses engagements et de mettre en œuvre, de son côté, le mécanisme estimatoire. Une information correcte du débiteur permet donc de prévenir l'apparition de déséquilibres en valeur. Une telle obligation d'information est retrouvée tant en droit civil qu'en droit de la consommation. À la différence du Code civil, le Code de la consommation énonce des obligations d'information particulièrement précises, notamment en matière de prêt d'argent.

182. Mention du prix engendrée par l'exigence de précision de l'offre. – Avant que la règle ne soit consacrée par la réforme du droit des obligations, il était de jurisprudence constante que l'offre devait être ferme et précise. L'exigence de précision est reprise à l'article 1114 du Code civil sous l'expression suivante : « l'offre, faite à personne déterminée ou indéterminée, comprend les éléments essentiels du contrat envisagé ». Par éléments essentiels, la doctrine s'accorde pour considérer qu'il faut entendre « les éléments centraux, spécifiques, qui traduisent l'opération juridique et économique que les parties veulent réaliser »¹¹⁰¹. Si des incertitudes peuvent subvenir quant à la nécessité de mentionner certains événements comme les modalités d'exécution, nul doute que le prix constitue un élément essentiel. Il semble inopportun d'envisager une opération à titre onéreux, sans prendre le prix en considération. À défaut de prix, l'offre n'est pas valable et l'acceptation en sera indifférente.

L'articulation des règles en matière d'offre avec celles régissant la détermination du prix ne semble pas soulever de difficultés. Le prix déterminé, tout d'abord, sera expressément mentionné sur l'offre. De même, la méthode de calcul sera précisée si le prix ne devait être que déterminable. Enfin, concernant le prix indéterminable, il semble difficile d'envisager qu'une prestation soit proposée sans prix, si bien qu'une méthode de calcul sera souvent proposée. En

¹¹⁰¹ Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations*, thèse Aix, 1981, p. 198, n° 164.

termes de marketing, les annonces comportant un « prix à débattre » ne sont pas les plus encourageantes. Qui souhaiterait envisager une opération économique sans en connaître le prix ? Il est clair que, même si on peut considérer une telle offre comme valable en droit civil, la réalité de la vie des affaires s'oppose à son utilisation.

183. Contenu de l'obligation d'information sur le prix issue du Code de la consommation. – L'article L.112-1 relatif à l'obligation d'information doit être lu conjointement avec l'arrêté du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix, lequel est venu préciser l'application de cet article¹¹⁰². Sans grande surprise, ni l'article L. 112-1 du Code de la consommation ni l'arrêté du 3 décembre 1987 n'ont pris la peine de définir la notion de prix en elle-même. Les professionnels sont contraints d'afficher le prix, sans qu'il soit précisé clairement en quoi il consiste. Il est étonnant qu'un ensemble de règles soit édicté avec une lacune aussi importante... Tout au plus est-il précisé que le consommateur doit être informé de « la somme totale toutes taxes comprises qui devra être effectivement payée »¹¹⁰³ (article 2 de l'arrêté de 1987). Le législateur fait toutefois un effort de précision lorsqu'il indique que « lorsqu'il s'agit de produits vendus au poids ou à la mesure, l'indication du prix doit être accompagnée de l'unité de poids ou de mesure à laquelle ce prix correspond » (article 8 de l'arrêté de 1987¹¹⁰⁴). Le professionnel doit en revanche informer le consommateur de ce sur quoi le prix ne porte pas, en indiquant explicitement si le prix annoncé ne comprend pas un élément ou un service nécessaire au bon fonctionnement de l'objet du contrat. De même, pour les contrats à durée indéterminée ou les contrats assortis d'un abonnement, le prix doit contenir l'ensemble des frais exposés pour chaque période de facturation (article L. 112-4 du Code de la consommation). Si toutefois le prix ne pouvait être indiqué, le législateur a prévu une obligation pour le professionnel de fournir le mode de calcul (articles L. 112-3 du Code de la

¹¹⁰² Le champ d'application de cette disposition est d'autant plus étendu que la notion de professionnel doit être entendue de façon particulièrement large. Par l'expression « tout vendeur de produit ou prestataire de service », le législateur désigne ainsi « toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public » (article L. 410-1 du Code de commerce). Les établissements de crédit, les sociétés de financement, les établissements de monnaie électronique et les établissements de paiement sont également soumis à une telle obligation d'information (article L. 312-1-1 du Code monétaire et financier).

¹¹⁰³ En revanche, « peuvent être ajoutés à la somme annoncée les frais ou rémunérations correspondant à des prestations supplémentaires exceptionnelles expressément réclamées par le consommateur et dont le coût a fait l'objet d'un accord préalable » (article 1^{er} de l'arrêté du 3 décembre 1987).

¹¹⁰⁴ Des règles particulières sont également prévues si le produit contient de l'or, du platine, de l'argent ou du palladium (articles 8-1 et 8-2 de l'arrêté du 3 décembre 1987) : le nom du métal précieux et son titre exprimé en millième doivent être précisés, notamment s'ils sont juxtaposés avec d'autres métaux. Cette indication doit également être portée sur tout document publicitaire mentionnant le prix de vente. Ne sont toutefois pas soumis à une telle obligation les mécanismes internes d'horlogerie et les pièces techniques.

consommation, pour les contrats instantanés ou à durée déterminée, et L. 112-4 du Code de la consommation, pour les contrats à durée indéterminée).

L'obligation d'information sur le prix porte également sur les frais supplémentaires, et notamment ceux de livraison. Les frais d'envoi doivent ainsi être inclus dans le prix ou être spécifiquement indiqués. Cette obligation est d'ordre public et a pour objectif la lutte contre le « précochage » d'options payantes. Si les frais ne sont pas inclus, l'article 2 de l'arrêté du 3 décembre 1987 impose au professionnel une obligation de préciser sur les lieux de vente, « le montant de ces frais selon les différentes zones desservies par le vendeur » et hors des lieux de vente, « leur montant pour la zone habituellement desservie par le vendeur ». Si le contrat est conclu à distance, le consommateur doit être informé du montant des frais avant la conclusion du contrat (article 2 de l'arrêté de 1987). De même, dans les contrats dans lesquels le prix ne peut être calculé à l'avance, le professionnel doit indiquer tous les frais éventuels. Enfin, si ceux-ci ne peuvent être prévus à l'avance, le professionnel doit mentionner qu'ils seront exigibles.

Dans certaines hypothèses, il est impossible de connaître à l'avance la quantité exacte qui sera fournie (taxi, téléphone, eau, électricité, gaz...). Le prix ne sera alors que déterminable et sera calculé selon la quantité effectivement consommée, de manière périodique, ou au terme du contrat. Ainsi, l'article L. 113-1-1 oblige le professionnel à fournir le mode de calcul, généralement un compteur. Des dispositions palliatives sont également prévues afin de résoudre les erreurs d'estimation lorsque le paiement du prix est exigé avant la consommation (article L. 121-29 du Code de la consommation)¹¹⁰⁵. Tout manquement à cette obligation est passible d'une amende administrative ne pouvant excéder 3 000 € pour les personnes physiques, 15 000 € pour les personnes morales.

184. Obligation d'information particulièrement renforcée : le prêt d'argent. – Le prêt d'argent comporte une obligation d'information particulièrement renforcée : la mention du taux effectif global (TEG), introduit par la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 relative à l'usure, aux prêts d'argent et à certaines opérations de démarchage et de publicité. Dans l'offre de prêt ou dans la fiche d'information étant remise à l'emprunteur, le prêteur ne doit donc pas simplement indiquer le taux d'intérêt à l'emprunteur, mais il doit également indiquer le coût total du crédit. Les éléments composant l'assiette du TEG ont soulevé de nombreuses difficultés, si bien que l'ordonnance n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux

¹¹⁰⁵ Sur ce point, v. J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, n° 305, p. 330.

consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation est venue préciser à l'article L. 314-1 du Code de la consommation que rentrait en compte dans le calcul du TEG « les frais, les taxes, les commissions ou rémunérations de toute nature, directs ou indirects, supportés par l'emprunteur et connus du prêteur à la date d'émission de l'offre de crédit ou de l'avenant au contrat de crédit, ou dont le montant peut être déterminé à ces mêmes dates, et qui constituent une condition pour obtenir le crédit ou pour l'obtenir aux conditions annoncées ». Plus généralement, la jurisprudence inclut dans le calcul du TEG tous les frais en lien direct avec le crédit et qui conditionnent l'octroi du prêt¹¹⁰⁶, tels que les frais de dossier¹¹⁰⁷, les frais de souscription à une assurance décès-invalidité¹¹⁰⁸ ou incendie¹¹⁰⁹ obligatoire, les frais d'hypothèque¹¹¹⁰, les frais d'inscription du privilège de prêteur de denier¹¹¹¹, les frais de nantissement de titre¹¹¹², les frais de cautionnement mutuel¹¹¹³, les frais de notaire,¹¹¹⁴ etc. L'ensemble de ces éléments constituent ainsi le vrai prix du crédit et doit être indiqué au consommateur, sous peine de sanction.

L'absence de mention du TEG dans l'offre ou la fiche d'information est sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts au taux conventionnel, la nullité de la stipulation est encourue, si bien que le prêteur ne pourra alors percevoir des intérêts qu'au taux légal¹¹¹⁵. La mention du

¹¹⁰⁶ Ces exigences sont expressément formulées en matière de crédit immobilier à l'article R. 314-4 du Code de la consommation concernant le taux annuel effectif global (TAEG), lequel se montre plus précis que l'article L. 314-1 et mentionnant notamment des exclusions expresses de l'assiette du TAEG. La jurisprudence s'est donc chargée d'opérer de telles exclusions en matière de TEG : les frais liés à une assurance facultative (Cass. civ. 1^{re}, 28 sept. 2016, n° 15-17.687, *LEDB* nov. 2016, p. 1, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE), les frais notariés si ces derniers ne conditionnent pas l'octroi du crédit (Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} oct. 2014, n° 13-22.320), le prix de services sans lien avec le crédit (Cass. com., 14 déc. 2004, n° 02-19.532, *D.* 2005, p. 276, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RDBF* 2005, comm. 36, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; *Banque et Dr.* 2005, n° 100, p. 47, obs. Th. BONNEAU), l'indemnité de remboursement anticipé dont la mise en œuvre est éventuelle (Cass. civ. 1^{re}, 27 sept. 2005, n° 02-13.935, *Bull. civ.* I, n° 347 ; *D.* 2005, p. 2670, obs. X. DELPECH ; *RDBF* 2005, comm. 202, obs. F.-J. CREDOT et Th. SAMIN ; *Banque et Dr.* 1-2/ 2006. 59, obs. Th. BONNEAU), les frais d'information annuelle de la caution (Cass. civ. 1^{re}, 15 oct. 2014, n° 13-19.241), les frais de relance après des échéances impayées (Cass. com., 3 déc. 2013, n° 12-22.755, *JCP E* 2014, 1012 ; *LPA* 2014, n° 210, p. 4, obs. Y. GERARD ; *LEDB* 2014, p. 6, n° 010, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE), etc.

¹¹⁰⁷ CA Paris, 18 nov. 2005, *JCP E* 2006, n° 22, p. 964, obs. C. LASSALAS-LANGLAIS.

¹¹⁰⁸ Cass. civ. 1^{re}, 31 janv. 2018, n° 16-22.945.

¹¹⁰⁹ Cass. civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, n° 07-17.737, *Bull. civ.* I, n° 262 ; *D.* 2009. P. 1051, obs. D.-R. MARTIN ; *RTD com.* 2009. 188, obs. D. LEGEAIS ; *Banque et Dr. janv. févr.* 2009, p. 22, obs. Th. BONNEAU.

¹¹¹⁰ Colmar, 12 mars 2018, n° 17/ 00445.

¹¹¹¹ Paris, 3 nov. 2017, n° 15/ 23307.

¹¹¹² Rennes, 14 nov. 2017, n° 15/ 05268.

¹¹¹³ Cass. civ. 1^{re}, 9 déc. 2010, n° 09-14.977, *Bull. civ.* I, n° 257 ; *D.* 2011. 720, note J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *LEDB* 2011, n° 2, p. 2, obs. R. ROUTIER ; *RTD com.* 2011. 618, obs. D. LEGEAIS ; *Banque et Dr.* 2011, n° 3-4, p. 24, obs. Th. BONNEAU ; *RDBF* 2011, comm. 41, obs. F.-J. CREDOT et Th. SAMIN.

¹¹¹⁴ Cass. civ. 1^{re}, 28 nov. 2018, n° 17-20.106 (sauf dans le cadre du crédit à la consommation).

¹¹¹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 21 janv. 1992, n° 90-18.120, *Bull. civ.* I, n° 22 ; *RDBB* nov.-déc. 1992, p. 247, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; *JCP* 1992, I, 3591, n° 5, obs. M. FABRE-MAGNAN ; *JCP E* 1993, 240, n° 18, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFLET.

TEG constitue finalement une condition de validité du taux d'intérêt à taux conventionnel. Le défaut de mention du TEG entraîne également une sanction pénale, une amende de 150 000 € étant prévue à l'article L. 341-49 du Code de la consommation. Par ailleurs, dans un souci de protection accrue de l'emprunteur, la jurisprudence a assimilé le TEG erroné à une absence de TEG¹¹¹⁶, bien que l'assimilation d'une erreur à une absence soit contestable¹¹¹⁷, à l'exception de l'application de la sanction pénale soumise au principe d'interprétation stricte¹¹¹⁸. Le droit de la consommation et le droit du prêt immobilier se révèlent encore davantage protecteurs puisque l'absence de TEG y est sanctionnée par la déchéance des intérêts¹¹¹⁹ (article L. 341-4 du Code de la consommation pour le crédit à la consommation, article L. 341-37 du Code de la consommation, pour le crédit immobilier dans lequel la déchéance est modulable par le juge¹¹²⁰).

Si les règles de négociation relatives au prix sont donc répressives puisque le créancier est tenu de communiquer sur les prix en toute transparence, les règles relatives à la valeur sont en revanche, en apparence, permissives.

B. Obligation nuancée de s'informer sur la valeur

La règle permissive d'absence d'obligation d'information sur la valeur (1.) est toutefois contrebalancée par deux hypothèses (2.), lesquelles permettent de pallier le risque d'apparition d'épisodes lésionnaires.

1. Absence d'obligation d'information du créancier sur la valeur

Malgré l'obligation de négocier de bonne foi, les parties ne sont tenues de communiquer aucune information strictement relative à la valeur économique de l'objet du contrat. Cette perspective conduit à ne sanctionner ni l'erreur ni la réticence dolosive sur la valeur.

185. Exception à l'obligation de négocier de bonne foi. – La liberté des parties dans l'estimation de la valeur économique de l'objet du contrat trouve une limite au sein des dispositions relatives à la conduite des pourparlers. L'estimation de la valeur économique

¹¹¹⁶ J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Intérêt et usure : des concepts confrontés à des objectifs contradictoires », *RDBF* 2013, n° 5, dossier 45, p. 76. – P. LUTZ, « Un TEG exact », *RDBF* mai-juin 2017, étude 13, p. 22.

¹¹¹⁷ Ch. GAVALDA et J. STOUFLET, *Droit bancaire*, 6^e éd., Litec, 2005, n° 373-1 – J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, 6^e éd. Dalloz, 1995, n° 450 – N. MATHEY, *RDBF* 2011, comm. n° 4.

¹¹¹⁸ M. STORCK, J.-Ph. KOVAR, N. ERESEO, M. MIGNOT et J. LASSERRE CAPDEVILLE, *Droit bancaire*, 2^e éd., Dalloz, 2019, n° 1719, p. 786.

¹¹¹⁹ Sur ce point v. B. BOULOC, « La perte du droit aux intérêts », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy. Études de droit de la consommation*, Dalloz, 2004, p. 81.

¹¹²⁰ Cass. civ. 1^{re}, 25 févr. 2016, n° 14-29.838.

intervient en effet à ce stade du processus contractuel, lequel est désormais régi par une nouvelle sous-section intitulée « Les négociations ». L'article 1112 du Code civil semble faire écho à l'article 1^{er} de l'ordonnance de 1986 en ce qu'il proclame un principe de liberté des négociations : tant la négociation que l'établissement du montant du prix seraient donc libres, du moins en apparence. En réalité, l'article 1112, consacrant la jurisprudence antérieure¹¹²¹, apporte rapidement une limite à cette liberté : les pourparlers « doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi ». À défaut, les parties voient leur responsabilité délictuelle engagée en cas de faute commise dans la tenue des négociations.

Les parties sont donc contraintes de négocier le prix de bonne foi. Cette exigence est toutefois délicate à appliquer au stade précontractuel, dans la mesure où les parties y ont des intérêts divergents¹¹²², chacun souhaitant faire le plus de profit, en investissant le moins possible. En matière de prix, la caractérisation de la faute en tant que manquement à l'obligation de bonne foi, fait générateur de la responsabilité du cocontractant, ne peut donc qu'intriguer.

La bonne foi du créancier dans la négociation du prix se manifesterait sous deux angles. Dans une approche négative tout d'abord, le créancier ne pourrait ni mentir ni dissimuler la véritable valeur de l'objet du contrat. Également, dans une approche plus positive, le créancier devrait détromper son cocontractant lorsque celui-ci effectuerait une appréciation erronée de la valeur économique. Si une telle solution est satisfaisante moralement, elle se comprend difficilement dans un point de vue commercial. Le droit a donc choisi, à juste titre, de privilégier l'efficacité de la vie des affaires sur la morale. N'est donc pas de mauvaise foi la partie qui, au cours des négociations, omet volontairement d'informer son cocontractant de la véritable valeur économique de l'objet du contrat. La règle, permissive, a deux conséquences : l'erreur sur la valeur est ignorée et la réticence dolosive sur la valeur est refusée.

186. Indifférence de la pure erreur sur la valeur. – Une erreur sur la valeur survient lorsqu'un des cocontractants a, sans le savoir, acheté trop cher, ou vendu trop bon marché. L'appréciation économique réalisée est erronée, et le contrat comprend un déséquilibre économique dès sa formation. L'erreur est ici spontanée, en ce que la partie qui est victime n'a pas été trompée par son cocontractant. Les informations économiques communiquées à la partie doivent ainsi être exactes, d'où l'importance d'un encadrement strict de la phase

¹¹²¹ Cass. com. 20 mars 1972, n° 70-14.154, *Bull. civ.* IV, n° 93, p. 90 ; *RTD civ.* 1971, p. 779, note G. DURRY.

¹¹²² La solution du *common law* est sur ce point radicalement opposée, la bonne foi dans les relations précontractuelles étant jugée contraire à la pratique des affaires (*Walford v. Miles*, 1992, et *Venture Associates Corporation v. Zenith Data Systems Corporation*, 1996).

précontractuelle, si bien que l'erreur sur la valeur conduit à mettre en lumière un dysfonctionnement de la procédure de délibération sur la valeur¹¹²³.

Ce dysfonctionnement ne saurait toutefois faire l'objet d'une correction, si bien que l'article 1136 du Code civil refuse de sanctionner l'erreur spontanée sur la valeur, venant ainsi consacrer une solution jurisprudentielle bien acquise¹¹²⁴. Au-delà des inconvénients pratiques, le premier argument théorique au soutien de ce refus réside en ce que l'erreur permettrait de réparer une hypothèse de lésion sur le fondement des vices du consentement¹¹²⁵. L'erreur sur la valeur et la lésion entretiennent en effet des liens très étroits, en ce que les deux « définissent une situation unique considérée soit dans son explication psychologique, soit objectivement. Le prix correspond à une représentation inexacte de l'objet et, en conséquence, il ne concorde pas avec la valeur réelle de celui-ci »¹¹²⁶. Lésion et erreur sur la valeur sont pourtant bien distinctes, puisque la lésion constitue le résultat de l'erreur sur la valeur. L'erreur est une appréciation économique erronée, laquelle cause un déséquilibre économique entre le prix et la valeur, c'est-à-dire une lésion. Or, le droit refuse tout effet de droit à un tel résultat. L'indifférence de la lésion fait donc obstacle à l'admission de la pure erreur sur la valeur.

L'admission de l'erreur sur la valeur viendrait également remettre en cause l'efficacité de l'arsenal législatif mis en place pour garantir l'exactitude de l'estimation de la valeur économique effectuée par les parties lors de la formation du contrat. La sanction, en amont, de nombreuses règles permettant de s'assurer de la conscience des parties de l'estimation de la valeur économique effectuée perdrait tout intérêt s'il était aisément possible, en aval, de demander la nullité du contrat pour la moindre erreur.

187. Absence d'obligation d'information sur la valeur. – Afin de satisfaire l'obligation de bonne foi dans le déroulé des pourparlers, il semblerait que le créancier du prix ne puisse ni dissimuler ni mentir quant à la véritable valeur économique du contrat.

Au stade des négociations, le principe est celui de l'absence d'obligation d'information précontractuelle quant à la valeur économique. Si rien ne fait obstacle à ce que le créancier pratique des tarifs prohibitifs, il lui est en revanche interdit de mentir activement à son débiteur

¹¹²³ Ph. JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, thèse Paris II, 2002, n° 282, p. 260.

¹¹²⁴ Cass. com. 26 mars 1974, n° 72-14.791, *Bull. civ.* IV, n° 108, p. 86.

¹¹²⁵ Ph. JOUARY, *op. cit.*, n° 281, p. 259 – J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, LGDJ, 1962, n° 275.

¹¹²⁶ J. GHESTIN et Y.-M. SERINET, « L'erreur » *Rep. dr. civ.* n° 318.

concernant la valeur de l'objet du contrat, afin d'obtenir son consentement¹¹²⁷. Une telle pratique tomberait alors sous le coup du dol (article 1137 du Code civil). Le créancier ne peut, de plus, manœuvrer dans ce même but. Tout rôle actif du créancier visant à perturber l'estimation de la valeur économique réalisée par le débiteur est prohibé par le droit.

En application des règles évoquées précédemment, le créancier du prix ne peut ni mentir ni manœuvrer afin de dissimuler la véritable valeur d'un bien. S'est, en revanche, posée la question de savoir si le créancier qui ne détromperait pas son cocontractant et qui se montrerait réticent à lui communiquer spontanément de telles informations, commettrait une réticence dolosive. Il s'agissait donc de déterminer si le créancier commettait une faute en ne détrompant pas son débiteur, le soumettant corrélativement à une obligation d'information sur la valeur, ou si, au contraire, il ne commettait aucune faute, soumettant alors le débiteur à une obligation de s'informer sur la valeur.

Si le créancier ne peut pas mentir ou manœuvrer afin de dissimuler la véritable valeur du bien ou du service, il n'est en revanche pas tenu de détromper son débiteur qui commettrait une erreur directe sur la valeur, c'est-à-dire une appréciation économique erronée, effectuée à partir de données exactes, en achetant « trop cher »¹¹²⁸. Cela a été démontré précédemment, l'erreur spontanée sur la valeur n'est pas source de nullité (article 1136 du Code civil).

Inversement, le débiteur du prix n'est pas tenu d'informer son créancier qu'il vend « trop bon marché ». L'hypothèse a été soulevée dans le célèbre arrêt *Baldus*¹¹²⁹, dont la solution a été confirmée à de nombreuses reprises¹¹³⁰ avant d'être consacrée textuellement par l'ordonnance de 2016. Finalement, « la réticence d'une partie sur la valeur pure de la chose (de la prestation d'une manière générale) ne sera jamais, d'une façon systématique, cause de nullité du contrat ou source de l'allocation de dommages-intérêts ». Tirée de la jurisprudence *Baldus*, confirmée à de multiples reprises, cette règle permissive, d'inspiration volontariste, permet de garantir le droit à « la bonne affaire ». Il peut toutefois lui être reproché d'encourager des comportements malhonnêtes, normalement sanctionnés par le dol et particulièrement la réticence dolosive.

¹¹²⁷ L'hypothèse est difficile à concevoir, puisque le rôle actif du créancier le conduira à justifier le tarif pratiqué, auquel cas l'erreur provoquée portera davantage sur une qualité essentielle, que sur la valeur du bien. La réticence dolosive constitue donc la véritable problématique en la matière.

¹¹²⁸ J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, op. cit.

¹¹²⁹ Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 2000, n° 98-11381, *Bull. civ.* I, n° 131, p. 88 ; JCP 2000, I, n° 1, obs. LOISEAU ; JCP G 2001, II, 10510, note JAMIN ; JCP E 2001, p. 1129, note JAMIN et 1578, 1^{re} esp., note CHAUVEL ; CCC 2000, p. 140, note LEVENEUR ; *Deffrénois*, 2000, p. 1110, obs. D. MAZEAUD et Ph. DELEBECQUE, *RTD civ.* 2000, p. 566, obs. MESTRE et FAGES ; D. 2002, somm. 928, 1^{re} esp., obs. TOURNAFOND.

¹¹³⁰ Cass. civ. 3^e, 17 janv. 2007, n° 06-10.442, *Bull. civ.* III, n° 5.

Une difficulté d'articulation est toutefois survenue. En effet, le nouvel article 1112-1 du Code civil précise explicitement que le devoir précontractuel d'information pesant sur chacune des parties « ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation ». L'articulation de l'article 1112-1 du Code civil, dans sa première rédaction, avec les articles 1137 alinéa 2 et 1139 du même code s'est toutefois révélée délicate. Si l'article 1112-1 n'imposait pas d'obligation d'information en matière d'estimation économique, l'article 1137, au contraire, condamnait « la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie », et donc *a fortiori*, la dissimulation de la valeur économique de l'objet du contrat, dans la mesure où celle-ci constitue toujours un élément déterminant. Pareillement, l'article 1139 énonce que « l'erreur qui résulte d'un dol (...) est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation », reconnaissant ainsi l'existence d'un dol portant sur la valeur économique de l'objet du contrat. Les articles 1137 et 1139 semblaient donc imposer une obligation d'information sur la valeur, venant ainsi briser la jurisprudence *Baldus* et ce en totale contradiction de l'article 1112-1. Le législateur, alerté par la doctrine¹¹³¹, a profité de la loi de ratification de l'ordonnance du 20 avril 2018 pour ajouter un nouvel alinéa à l'article 1137, en vertu duquel « ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation ».

À ce principe d'absence d'obligation d'information sur la valeur doit toutefois être adjointe une exception en matière de cession de droits sociaux.

2. Obligation d'information sur la valeur issue de la jurisprudence *Vilgrain*

Il existe toutefois une hypothèse dans laquelle pèse, exceptionnellement, sur le créancier, une obligation d'information sur la valeur : la cession de parts sociales.

188. Obligation d'information dérogatoire du dirigeant sur la valeur dans la cession de droits sociaux. – Appliqué à la cession de droits sociaux, l'arrêt *Baldus* conduirait à ce que le cédant ne puisse reprocher « à l'acquéreur sa réticence dolosive lorsque l'information retenue est relative à la valeur des droits sociaux, ce qui est le cas des informations obtenues par l'acquéreur dans le cadre d'un audit d'acquisition ou de celles détenues par l'acquéreur en raison de ses fonctions ». Telle n'a pas été la solution retenue par la Cour de cassation, constituant, en pratique, une importante exception pratique à l'article 1112-1 du Code civil. Dans le cadre de

¹¹³¹ C. GRIMALDI, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon », *D.* 2016, p. 1009.

la cession de droits sociaux, la jurisprudence *Vilgrain* du 27 février 1996¹¹³² a en effet posé une obligation d'information sur la valeur dans le cadre de la cession de droits sociaux.

Dans cette affaire, ont été cédées pour 3.000F chacune des actions d'une société, à son dirigeant ainsi qu'à un groupe d'acheteur pour lesquels ce dernier s'était porté fort. Une clause de la promesse précisait que si ces actions étaient revendues avant la fin de l'année civile, le dirigeant percevrait 50 % du prix de vente excédant 5.500F. En réalité, le cessionnaire menait en parallèle des négociations afin de revendre ces actions à un prix bien supérieur, et l'opération fut conclue quatre jours plus tard. Le cédant assigne le dirigeant cessionnaire pour réticence dolosive. Condamné en appel à indemniser le cessionnaire, le cédant se pourvoit en cassation. Selon la première branche du premier moyen au pourvoi, la réticence dolosive ne pouvait porter que sur la valeur des parts, et non sur « les dispositions prises par le cessionnaire pour céder à un tiers les actions dont il est par ailleurs titulaire ». Le dirigeant voit son pourvoi rejeté par la Chambre commerciale de la Cour de cassation qui constate, le 27 février 1996, le manquement de celui-ci à son obligation de loyauté, en ce qu'il a dissimulé au cessionnaire les conditions réelles de la négociation. Cette jurisprudence a été confirmée en 2005 par la Chambre commerciale¹¹³³, puis, en 2010, par la première Chambre civile¹¹³⁴. Après une légère inflexion en 2016¹¹³⁵, l'approche retenue par la Cour de cassation est désormais particulièrement exigeante, en ce qu'elle considère que l'avancement des négociations est indifférent à la caractérisation du manquement de loyauté du dirigeant cessionnaire¹¹³⁶. L'obligation d'information du dirigeant n'est donc pas limitée à la valeur des parts, ou à l'actif ou au passif de la société, ce dernier étant tenu d'informer ses futurs cocontractants des « circonstances de nature à influencer [leur] consentement¹¹³⁷ », lesquelles viendraient directement augmenter le

¹¹³² Cass. com. 27 févr. 1996, n° 94-11.241, *Bull. civ.* IV, n° 65, p. 50, *JCP G* 1996, II, 22665, note J. GHESTIN ; *JCP E* 1996, 838, note D. SCHMIDT et N. DION ; *BJS* 1996, p. 485, note A. COURET ; *D.* 1996, p. 518, note Ph. MALAURIE ; *RTD civ.* 1997, p. 114, obs. J. MESTRE. V. également J. GHESTIN, « La confirmation de l'exception à la jurisprudence Baldus : la jurisprudence Vilgrain relative au dirigeant de société », *JCP G* 2010, p. 921, note ss. Cass. civ. 1^{re}, 25 mars 2010, n° 08-13.060).

¹¹³³ Cass. com. 22 févr. 2005, 03-12.339, *Bull. civ.* IV, n° 130, p. 140 ; *Rev. Lamy dr. civ.* oct. 2005, p. 5, obs. J. MESTRE ; *BJS* 2005, p. 1105, note Th. MASSART.

¹¹³⁴ Cass. civ. 1^{re}, 25 mars 2010, n° 08-13.060.

¹¹³⁵ Cass. com., 12 avr. 2016, n° 14-19.200, *Rev. sociétés* 2016. 509, note K. DECKERT ; *D.* 2017. 375, obs. M. MEKKI ; *RTD civ.* 2016. 612, obs. H. BARBIER ; *BJS* 2016. 709, note E. SCHLUMBERGER ; *JCP E* 2016. 1584, note P. BRUNSWICK.

¹¹³⁶ Cass. com. 10 juill. 2018, n° 16-27.868 : « manque à son devoir de loyauté le dirigeant cessionnaire qui n'informe pas l'associé cédant de négociations en cours avec un tiers en vue de la revente des titres objet de la cession, peu important leur état d'avancement ».

¹¹³⁷ Cass. com. 12 mars 2013, n° 12-11.970. V. également Cass. com. 6 mai 2008, n° 07-13.198 – Cass. com. 12 mai 2004, n° 00-15.618, *LPA* 2004, n° 142, p. 15, note S. REIFEGERSTE – Cass. com. 18 déc. 2012, n° 11-24.305.

prix de cession. Une telle solution contribue évidemment à la moralisation de la vie des affaires, en luttant contre ce qui ressemble étrangement à un délit d'initié¹¹³⁸.

Pour parvenir à cette solution dérogatoire, la Chambre commerciale et la Chambre civile se sont fondées sur l'obligation de loyauté pesant sur le dirigeant de la société, véritable découverte jurisprudentielle¹¹³⁹, s'inspirant des *fiduciary duties* et du *duty of loyalty* issus du droit américain. Cette exception à l'arrêt *Baldus* s'explique par l'*affectio societatis* et l'obligation de loyauté particulièrement exigeante¹¹⁴⁰ qui lie les parties à un contrat de société, lesquelles partagent des intérêts communs, contrairement aux contractants au stade des négociations contractuelles, lesquels ont, par définition, des intérêts économiques divergents. Ainsi, « le dirigeant doit s'abstenir d'utiliser sa situation privilégiée au détriment des associés et doit faire preuve de transparence à l'égard de ceux qui souhaitent céder leurs titres lorsqu'il a, du fait de ses fonctions, connaissance de circonstances susceptibles d'influer sur leur consentement »¹¹⁴¹. La Cour de cassation a par la suite déclaré le dirigeant tenu d'un devoir de loyauté, non pas envers ses associés, mais envers la société elle-même. Une telle extension entraîne des conséquences pratiques notables « en terme d'intérêt et de qualité à agir (la société, les associés ut singuli ou les associés en leur nom propre) et de caractérisation du préjudice (qui doit être direct, ce qui désigne souvent la société)¹¹⁴² ». Cette hypothèse est toutefois relativement limitée en pratique, dans la mesure où pour que l'exception tirée de la jurisprudence *Vilgrain* s'applique, il faut « d'une part, que le cédant soit dirigeant de la société au moment de la cession et, d'autre part, que l'acquéreur soit à cette date déjà associé ».

Le cessionnaire, lésé, peut solliciter la nullité du contrat ou l'octroi de dommages-intérêts. Se pose dès lors la question de l'évaluation du préjudice subi. Le versement de dommages-intérêts à hauteur de la plus-value manquée reviendrait *in fine* à modifier le prix versé. Or, ce ne serait pas tenir compte des différents aléas susceptibles de survenir à l'occasion

¹¹³⁸ J. GHESTIN, « La confirmation de l'exception à la jurisprudence *Baldus* : la jurisprudence *Vilgrain* relative au dirigeant de société », *op. cit.*

¹¹³⁹ M. ROUSSILLE, « Responsabilité du dirigeant pour manquement à l'obligation de loyauté », *Dr. sociétés*, 2013, n° 3, comm. 48. Sur la notion de devoir de loyauté du dirigeant, v. H. LE NABASQUE, « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.* 1999, p. 273 – K. GREVAIN-LEMERCIER, *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, thèse Rennes 1, 2011 – J.-J. CAUSSAIN, « À propos du devoir de loyauté des dirigeants de société », in *Mélanges Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 303. – B. DAILLE-DUCLOS, « Le devoir de loyauté du dirigeant », *JCP E* 1998, p. 1486.

¹¹⁴⁰ Ch. JAMIN, « La réticence dolosive, l'obligation d'information et la bonne foi dans la formation du contrat », *JCP E*, 2001, n° 27, p. 1139.

¹¹⁴¹ C. CORDIER-VASSEUR et C. DECOUX-LAROUDIE, « Le devoir de loyauté du dirigeant », *JCP G* 2013, n° 24, p. 693.

¹¹⁴² M. ROUSSILLE, « Responsabilité du dirigeant pour manquement à l'obligation de loyauté », *op. cit.*

d'une telle cession, si bien que la jurisprudence récente préfère sanctionner la perte de chance de contracter au meilleur prix¹¹⁴³ : « si le dirigeant avait été loyal, l'actionnaire aurait pu négocier la cession à de meilleures conditions et c'est la perte de cette chance qui est indemnisable »¹¹⁴⁴. Les dommages-intérêts seront ainsi calculés selon un pourcentage de la plus-value manquée, les juges du fond tenant ainsi largement compte de la valeur économique réelle.

L'établissement d'une obligation précontractuelle d'information à la cédante des titres sociaux consacrée par *Vilgrain* a été confirmé dans un arrêt de la Chambre commerciale du 9 janvier 2019. Les juges constatent une violation de l'ancien article 1116 du Code civil par la cour d'appel, celle-ci ayant « constaté que ces éléments étaient de nature à affecter les résultats et les perspectives des sociétés cédées, ce dont il résultait que le silence gardé par M. Y... sur ces informations, dont il ne pouvait ignorer l'importance dans la mesure où elles faisaient peser un aléa sur la pérennité des sociétés qu'il cédait, était nécessairement intentionnel »¹¹⁴⁵.

§2 – L'anticipation encouragée

Lors de la formation du contrat, les parties doivent être encouragées à anticiper toutes les difficultés susceptibles de perturber l'estimation de la valeur économique effectuée. Les parties sont tout d'abord encouragées à anticiper des difficultés d'estimation d'ordre interne. Elles sont en effet susceptibles de s'estimer incompetentes pour apprécier la valeur économique de l'objet du contrat, lors de la formation de celui-ci. Le droit leur offre la possibilité de déléguer cette évaluation à un tiers (I). De même, les parties sont également encouragées à anticiper la survenue d'un déséquilibre économique d'ordre externe, lors de l'exécution du contrat (II).

I. DELEGATION DE L'ESTIMATION DE LA VALEUR

Lorsque les parties s'estimeront incompetentes à estimer la valeur économique de l'objet du contrat, la possibilité leur est offerte de requérir les services d'un tiers. Ce faisant, le

¹¹⁴³ Cass. com., 10 juill. 2012, n° 11-21.954, *JCP E* 2012, 1548 ; *Rev. sociétés* 2012, p. 686, note B. FAGES ; *RDC* 2013, p. 91, note O. DESHAYES ; *JCP G* 2012, I, 1151, obs. J. GHESTIN ; *LPA* 11 oct. 2012, p. 17, obs. D. HOUTCIEFF ; *RTD civ.* 2012, p. 732, obs. Ph. JOURDAIN ; *BJS* 2012, p. 767, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *D.* 2012, p. 2772, note M. CAFFIN-MOI ; *D.* 2013, p. 391, obs. M. MEKKI et S. AMRANI-MEKKI – Cass. com., 15 mars 2017, n° 15-14.419, inédit, *Dr. sociétés* 2017, comm. 160 ; *Rev. sociétés* 2017, p. 485, note Th. MASSART ; *JCP E* 2017, p. 1610, obs. B.-O. BECKER) A noter toutefois qu'en l'absence totale d'aléa, la perte de chance peut être intégralement indemnisée (CA Paris, 17 sept. 2013, n° 12/14712, *RJDA* 12/13, n° 1017).

¹¹⁴⁴ C. CORDIER-VASSEUR et C. DECOUX-LAROUDIE, « Le devoir de loyauté du dirigeant », *JCP G* 2013, n° 24, p. 693.

¹¹⁴⁵ Cass. com., 9 janv. 2019, n° 17-28.725 ; *BJS* 2019, n° 3, p. 14, note Th. MASSART ; *Gaz. Pal.* 2019, n° 23, p. 57, note A. BENOIT ; *RDC* 2019, n° 3, p. 61, obs. J. HEINICh.

droit contribue à encadrer l'estimation de la valeur, afin d'éviter la conclusion d'un contrat objectivement déséquilibré.

189. Estimation de la valeur économique par un tiers estimateur. – Le législateur propose une telle formule en matière de vente, à l'article 1592 du Code civil, et de cession de droits sociaux, à l'article 1843-4 du Code civil. Rien n'interdit toutefois aux parties d'y recourir pour d'autres types de conventions, notamment en matière de bail.

Il s'agira alors de recourir à un tiers qui estimera la valeur économique et fixera le prix en leur nom et pour leur compte¹¹⁴⁶. Si ce dernier est fréquemment qualifié d'arbitre ou de mandataire, sa fonction serait, selon M. Puig, davantage celle d'un prestataire¹¹⁴⁷. Afin d'éviter qu'une des parties ne tire profit de l'incompétence de l'autre à estimer la valeur économique, la cession à dire de tiers est réglementée par le droit. Si des exigences d'impartialité et d'indépendance sont formulées par le droit¹¹⁴⁸, le tiers estimateur ne doit pas être un expert et aucune qualification ou aptitude particulière n'est requise. Finalement, le choix, par les parties, de la personne de l'expert entre les mains duquel l'estimation de la valeur économique est remise relève du bon sens¹¹⁴⁹ : il appartient aux parties de choisir quelqu'un de compétent.

Le droit encadre également la désignation de l'arbitre, celle-ci devant être effectuée par les parties et non par le juge (article 1592 et 1843-4 du Code civil). Ces deux articles se distinguent en cas de désaccord des parties. Ainsi, l'article 1592 du Code civil prévoit la caducité du contrat, à moins que les parties n'aient stipulé *expressis verbis* que le choix du tiers estimateur appartiendrait alors au juge¹¹⁵⁰. Dans ce cas, l'immixtion du juge se justifie par la

¹¹⁴⁶ Il s'agit ici de fixer un chiffre avec précision et non de « déterminer, d'une part, la valeur de la clientèle civile et, d'autre part, le montant du préjudice subi » (Cass. com. 4 déc. 2019, n° 18-14.718), ni de fixer le prix convenu par les parties à l'aide d'éléments qu'elles auraient arrêtés (...), ni même de proposer à celles-ci un minimum ou un maximum (Cass. com. 29 mai 1972, n° 70-13.104, *Bull. civ.* IV, n° 167 ; *Gaz. Pal.* 1972, n° 2, p. 563 ; *RTD civ.* 1972, obs. G. CORNU). V. plus généralement sur ce point J. MOURY et B. FRANÇOIS, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, 2^e éd., Dalloz, coll. Dalloz référence, 2021, p. 228.

¹¹⁴⁷ Par définition, l'arbitre tranche un litige et le mandataire représente les parties à l'acte. Ici, le tiers ne fait qu'estimer la valeur en lieu et place des parties, sans pour autant départager un conflit ou les représenter à l'acte, en application de ce que les parties ont convenu lors de la conclusion du contrat. Les parties ont simplement « donné par avance leur consentement au prix que le tiers fixera » (P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 7^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2017, n° 272, p. 272. V. *contra* : D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 11^e éd., Dalloz, 2018, n° 118, p. 130).

¹¹⁴⁸ Sur la différence entre impartialité et indépendance, v. J. MOURY et B. FRANÇOIS, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 228.

¹¹⁴⁹ J. MOURY et B. FRANÇOIS, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 222.

¹¹⁵⁰ Cass. com. 26 juin 1990, n° 88-14.444, *Rev. sociétés* 1993. 96, note I. URBAIN-PARLEANI ; *RTD civ.* 1991. 113, obs. J. MESTRE, et 356, obs. Ph. REMY ; *RTD com.* 1991. 87, obs. B. BOULOC. V. également *Civ.* 25 avr. 1952, *D.* 1952, p. 635.

volonté des parties. À l'inverse, l'article 1843-4 du Code civil prévoit expressément la possibilité d'une saisine judiciaire, à la demande de l'une des parties.

190. Contestation de l'estimation réalisée par le tiers. – En principe, les parties se trouvent liées par l'estimation réalisée par le tiers, compte tenu du mandat dont celui-ci est investi. Celui-ci ayant pour mission de fixer le prix, la question d'un éventuel engagement de sa responsabilité en cas d'estimation incorrecte de la valeur économique se pose. Encore faut-il déterminer ce qui constitue une estimation « incorrecte » du prix, ce qui revient, *in fine*, à déterminer les contours de la mission incombant à l'arbitre. Le prix fixé par l'arbitre doit-il refléter le juste prix ? À cette question, M. Jacques Moury et Mme Bénédicte François répondent que « ce n'est qu'à défaut non seulement d'instructions directes des parties, mais encore d'éléments extrinsèques susceptibles de mettre en lumière leur commune intention que le tiers estimateur de l'article 1592 doit s'appliquer à déterminer le juste prix »¹¹⁵¹. Il en va de même sur le fondement de l'article 1843-3 du Code civil, le tiers estimateur devant établir la valeur réelle des droits sociaux qu'il se voit charger d'estimer, bien que celle-ci soit d'autant plus délicate à déterminer concernant des parts sociales.

Toutefois la décision prise par le tiers produit un effet obligatoire et constitue la loi des parties. Le prix fixé s'impose également au juge, qui ne peut se substituer au tiers ni nommer un autre expert. La principale exception à l'effet obligatoire de la décision du tiers réside dans la commission d'une erreur grossière par celui-ci. Dans ce cas, une nouvelle chance lui est laissée, avant que la caducité de la vente ne s'impose aux parties¹¹⁵². L'erreur grossière est celle qui n'aurait pas été commise par un expert normalement diligent : l'estimation de la valeur économique réalisée par le tiers ne pouvait pas être celle effectuée. Cette limite est pertinente, en ce que le tiers s'est vu confier cette mission en vue de pallier l'incompétence des parties. Une seconde limite, indirecte toutefois, doit également être soulevée. Les parties peuvent rechercher la responsabilité de l'arbitre pour faute et les éventuels dommages-intérêts viendront se compenser avec le prix dont demeurent tenues les parties¹¹⁵³.

¹¹⁵¹ J. MOURY et B. FRANÇOIS, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 292.

¹¹⁵² Cass. com. 6 juin 2001, n° 98-18.503, *JCP* 2001. I. 372, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN – Civ. 1^{re}, 25 nov. 2003, n° 00-22.089, *RTD civ.* 2004, p. 308, obs. P.-Y. GAUTIER – Cass. com. 5 mai 2009, n° 08-17.465, *D.* 2009, p. 2195, note B. DONDERO – Cass. com. 15 janv. 2013, n° 12-11.666, *Bull. civ. IV*, n° 9. Le tiers peut également voir sa responsabilité civile engagée à l'égard des parties, en cas de mauvaise estimation (Cass. com. 4 févr. 2004, n° 01-13516, *Bull. civ. IV*, n° 23, p. 22, *CCC* 2004, n° 56, note L. LEVENEUR ; *D.* 2004, p. 2330, note C. BLOUD-REY).

¹¹⁵³ Sur la distinction entre la compensation des dommages-intérêts et la révision du contrat, cf. *infra* n° 391.

Les parties sont ainsi encouragées à anticiper leur difficulté d'estimation de la valeur économique lors de la formation du contrat en sollicitant les services d'un tiers estimateur. Celles-ci sont, de même, encouragées à anticiper la survenue d'un déséquilibre économique lors de l'exécution du contrat, entraînant une variation de valeur.

II. ANTICIPATION DE LA VARIATION DE LA VALEUR

Les parties sont également encouragées à anticiper la modification d'un facteur extérieur entraînant le déséquilibre d'un contrat pourtant équilibré lors de sa formation. Le droit met ainsi à la disposition des contractants différents mécanismes leur permettant d'anticiper les variations de valeur. La réponse du droit, par anticipation, peut être radicale (A.), ou plus nuancée (B.).

A. *L'anticipation radicale*

Le déséquilibre économique est susceptible d'être perçu comme une fatalité par les parties. Dans cette hypothèse, les moyens mis à leur disposition par le droit sont radicaux. Ce faisant, l'équilibre économique du contrat ne sera pas directement corrigé, les parties préférant renoncer au contrat (1.) ou renoncer à se prévaloir du déséquilibre économique (2.).

1. Stipulation de clauses résolutoires

Au sein d'un contrat synallagmatique à titre onéreux, l'inexécution du débiteur de la prestation entraîne un déséquilibre économique. Le créancier reçoit moins que ce que les parties avaient convenu. Lors de la formation du contrat, les parties seront encouragées à anticiper la défaillance du débiteur. Pourront ainsi être souscrites des clauses pénales ou des clauses élusives de responsabilité afin de réparer le préjudice subi par le créancier compte tenu de l'inexécution de son cocontractant.

La stipulation d'une clause résolutoire conduit à une appréhension radicale du déséquilibre économique : plutôt que de le corriger vers l'avenir, les parties choisissent d'anéantir le contrat en retrouvant le *statu quo ante*, par définition équilibré.

191. Identification précise du cas d'inexécution. – L'article 1224 du Code civil énonce les différentes hypothèses de résolution du contrat : en application d'une clause résolutoire, par voie de notification ou d'une décision de justice. La résolution conventionnelle est ainsi mentionnée en premier, témoignant de l'intérêt du législateur pour les solutions conventionnelles¹¹⁵⁴, mais également de sa faveur pour l'anticipation des difficultés par les parties.

¹¹⁵⁴ Cf. *infra* n^{os} 333 et s.

L'article 1225 du Code civil subordonne la validité de la clause résolutoire à la précision des « engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat ». Le choix du vocabulaire est ici révélateur, en ce que les projets Terré et Catala n'envisageaient que la « désignation » de ces éléments. Il n'existe aucune exigence quant à la nature de l'inexécution visée ni quant à l'ampleur du déséquilibre économique induit. Un déséquilibre mineur est ainsi susceptible d'entraîner la résolution du contrat, dès lors qu'il aura été envisagé par les parties.

A contrario, il semblerait que les cas non envisagés par les parties soient exclus du bénéfice de la clause résolutoire, l'article 1225 formulant une exigence de clarté et d'exhaustivité¹¹⁵⁵. La réforme condamnerait ainsi les « clauses résolutoires balais »¹¹⁵⁶, prévoyant de s'appliquer dans tous les cas d'inexécution, les parties étant tenues d'opérer un tri entre les obligations¹¹⁵⁷. Les cas d'inexécutions non précisés par la clause résolutoire demeureront susceptibles d'être sanctionnés sur le fondement de la résolution par voie de notification prévue à l'article 1226 du Code civil.

À défaut de la stipulation d'une clause résolutoire, les parties peuvent également convenir de n'accorder aucune effet au déséquilibre économique, en renonçant, conventionnellement, à s'en prévaloir.

2. Renonciation à se prévaloir du déséquilibre économique

La théorie des risques détermine celui des contractants devant supporter le risque, financier, de l'inexécution définitive du contrat. Les parties peuvent toutefois prévoir d'autres modalités de répartition des risques, notamment à travers des clauses d'imprévision ou de force majeure. En modifiant les risques du contrat, une partie renonce à se prévaloir du déséquilibre économique subi et en devra en supporter les conséquences. Ce type de clause est valable, en vertu du principe de liberté contractuelle, bien qu'elles ne soient toutefois pas envisagées directement par le Code civil. Tout au plus ces clauses sont envisagées en creux du régime de l'imprévision (article 1195 du Code civil). La réforme de 2016 a, en effet, introduit un mécanisme de droit commun permettant une correction éventuelle du déséquilibre économique dans l'exécution du contrat. Ce dernier n'est toutefois applicable qu'à la partie « qui n'avait pas

¹¹⁵⁵ J.-Ch. RODA, *Les principales clauses des contrats d'affaires*, 2^e éd., Lextenso, 2018, n° 1684, p. 956.

¹¹⁵⁶ M. MEKKI, « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 2015, n° 120, p. 37.

¹¹⁵⁷ F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON et J. GEST, *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017, n° 24.112. V. également en ce sens Mme Nathalie Ancel, selon laquelle « C'est certainement une incitation pour les cocontractants de hiérarchiser dans leur contrat les obligations entre elles et les conséquences de leur inexécution » (N. ANCEL, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC* 2016, n° 113, p. 408).

accepté d'en assumer le risque », c'est-à-dire à défaut de prévision contractuelle formelle des parties quant à l'acceptation des risques (a.). Dès lors, les parties demeurent libres d'accepter les risques, c'est-à-dire d'exclure le jeu de l'article 1195 du Code civil, d'aménager le mécanisme proposé par cette disposition ou de créer leur propre mécanisme (b.).

a. Supplétivité des mécanismes de droit commun d'aménagement des risques

Si l'article 1195 est supplétif, ce caractère n'est toutefois retrouvé qu'au sein des contrats de gré à gré, et non dans les contrats d'adhésion dans lesquels le mécanisme se révèle impératif.

192. Supplétivité de l'article 1218 du Code civil. – Bien que l'article 1218 du Code civil ne prévoie rien en ce sens, la validité des clauses écartant la force majeure n'est pas contestée¹¹⁵⁸. Rien ne s'oppose à ce que l'autonomie de la volonté des parties permette d'écartier ou d'aménager les effets de la force majeure, par le biais de clauses de garantie. En cas de stipulation d'une telle clause, le débiteur sera tenu d'exécuter ses obligations en toute circonstance¹¹⁵⁹. Ce type de clauses est explicitement envisagé dans les baux à ferme (articles 1772 et 1773 du Code civil) et le prêt à usage (article 1883 du Code civil). Auparavant, la jurisprudence se contentait de l'intention commune des parties, se chargeant, le cas échéant, de « révéler » l'existence de la clause de garantie¹¹⁶⁰. Il semblerait que depuis, une véritable stipulation expresse soit exigée par la jurisprudence¹¹⁶¹. M. Philippe Stoffel-Munck juge cette exigence légitime, « devant le caractère extraordinaire d'une telle prise de risques »¹¹⁶².

M. Mustapha Mekki rappelle l'importance de telles stipulations compte tenu du contexte sanitaire rencontré au cours de la crise de Covid-19 et préconise l'énumération précise des hypothèses de force majeure au sein de ces clauses¹¹⁶³.

¹¹⁵⁸ Cass. com., 11 oct. 2005, n° 03-10.975 ; *Bull. civ.* IV, n° 206 ; *CCC* 2006, n° 2, comm. 19, note L. LEVENEUR.

¹¹⁵⁹ C.-E. BUCHER, « La clause de force majeure », *CCC* 2019, n° 10, form. 9.

¹¹⁶⁰ Cass. civ. 3^e, 17 nov. 1993, n° 91-17.925, *RGAT* 1994, p. 640, note Ph. RÉMY.

¹¹⁶¹ Cass. civ. 3^e, 31 oct. 2006, n° 05-19.171, *Bull. civ.* III, n° 212 ; *JCP G* 2006, I, 115, n° 13, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK : « alors que sauf stipulation expresse contraire, l'obligation de réparer pesant sur le locataire cesse en cas de force majeure ».

¹¹⁶² Ph. STOFFEL-MUNCK, *JCP G* 2006, I, 115, n° 13, note ss Cass. civ. 3^e, 31 oct. 2006, n° 05-19.171, *Bull. civ.* III, n° 212.

¹¹⁶³ M. MEKKI, « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », *AJ Contrat* 2020, p. 164 : « les crises sanitaires, au même titre que les crises économiques, vont devenir cycliques. Il faut identifier ce risque et le gérer au mieux au moyen d'une série de clauses parmi lesquelles se trouvent les clauses de force majeure. Il serait utile de les rédiger avec précaution en évinçant, par exemple, le caractère imprévisible et en indiquant les hypothèses considérées comme relevant d'un cas de force majeure, au moyen d'une liste circonscrite,

193. Supplétivité de l'article 1195 du Code civil dans les contrats de gré à gré. – L'article 1195 du Code civil envisage la révision pour imprévision « pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque ». *A contrario*, cela signifie qu'il est possible de priver tout contrat du bénéfice de l'article 1195 du Code civil par le biais d'une simple stipulation contractuelle, dans une logique de stabilisation des relations contractuelles¹¹⁶⁴. Une des parties renonce alors conventionnellement à invoquer un risque exceptionnel, normalement couvert par l'article 1195. Les parties choisissent délibérément de s'en remettre à la force obligatoire du contrat des articles 1103 et 1193. La supplétivité de l'article 1195 du Code civil est ainsi affirmée par le Rapport au Président de la République, selon lequel « ce texte revêt un caractère supplétif, et les parties pourront convenir à l'avance de l'écarter pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat ». MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier expliquent cette supplétivité par des arguments politiques, au motif « qu'il serait étonnant que le droit français brûle ce qu'il a adoré du jour au lendemain »¹¹⁶⁵, faisant référence à l'arrêt *Canal de Craponne*¹¹⁶⁶. Ainsi « à présent qu'une "cause modératrice de la force obligatoire du contrat" (selon les termes du rapport au Président de la République) est introduite, il est important qu'en contrepartie les contractants qui souhaitent fondre leur accord dans un métal plus solide que celui qu'offre la loi puissent continuer à le faire librement ». M. Jean-François Fédou le souligne, la supplétivité confirme la place fondamentale de la liberté contractuelle en droit civil¹¹⁶⁷. Cette condition de non-acceptation est retrouvée dans la quasi-totalité des textes étrangers qui envisagent l'imprévision, cette quasi-unanimité venant ainsi démontrer que « la question de l'imprévision est, fondamentalement, une question de répartition des risques auxquels tous les contractants sont normalement exposés¹¹⁶⁸ ». L'introduction de la révision pour imprévision invite donc les parties à repenser leur contrat comme un outil de prévision, et

et en prévoyant les modalités de leur mise en œuvre (négociation, réduction, plafonnements, durée de la suspension éventuelle, etc.) »

¹¹⁶⁴ L'idée d'acceptation des risques est retrouvée dans un ancien arrêt (Cass. civ. 3e, 10 déc. 2003, n° 02-14.990 ; *AJDI* 2004. 127, note F. COHET-CORDEY), n'appliquant pas la solution issue de l'arrêt *Huard*, dans lequel la Cour de cassation refusa de constater un manquement à l'obligation de bonne foi du crédit-bailleur, au motif que le crédit-preneur « conservait l'entière responsabilité de cette opération purement patrimoniale dont il avait escompté des avantages ».

¹¹⁶⁵ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 386.

¹¹⁶⁶ Cass. civ. 6 mars 1876, *De Galliffet c. Commune de Pélissane*, dit « *Canal de Craponne* » ; D. 76.I.193, note GIBOULOT.

¹¹⁶⁷ J.-F. FEDOU, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, n° 2, p. 383.

¹¹⁶⁸ P. ANCEL, « Imprévision », *Rep. dr. civ.* 2018, n° 82. M. Philippe Dupichot estime également cette supplétivité « fondamentale » (Ph. DUPICHOT, « La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Ph. TOFFEL-MUNCK (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 73.

non plus comme ancré dans le présent. Au-delà, la solution se révèle finalement paradoxale au regard du droit antérieur, en ce que, précédemment « les parties étaient incitées à introduire une clause de renégociation pour pallier l'absence d'intervention judiciaire, [alors qu'] elles le sont désormais pour empêcher une telle intervention »¹¹⁶⁹.

Dès lors, les contrats aléatoires se trouvent nécessairement exclus du champ d'application de l'article 1195 du Code civil, l'essence du contrat aléatoire étant justement l'acceptation des risques par le débiteur¹¹⁷⁰. L'aléa chasse ainsi tout autant la lésion que l'imprévision¹¹⁷¹. Survient toutefois l'hypothèse du changement de circonstances d'une ampleur telle qu'il viendrait modifier l'équilibre initial du contrat, conduisant à la disparition de l'aléa. Rien ne semble s'opposer à l'admission de l'imprévision dans une telle hypothèse. MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier réservent également l'hypothèse dans laquelle « si la prestation n'est pas fournie en raison de la survenance d'un risque différent, l'article 1195 du Code civil recouvre son empire »¹¹⁷². L'exclusion de l'imprévision devrait résulter d'une stipulation expresse¹¹⁷³.

194. Contestation du caractère supplétif de l'article 1195 du Code civil. – M. Pascal Ancel émet toutefois quelques doutes quant à la validité d'une clause d'acceptation générale des risques, témoignant d'une « renonciation pure et simple à l'article 1195 du Code civil », lorsque celle-ci n'est pas assortie d'un mécanisme correctif alternatif. Au soutien de ses prétentions, l'auteur invoque l'article 7 :102 du projet de Principes contractuels communs de

¹¹⁶⁹ G. CHANTEPIE, « Contrats : effets », *Rep. dr. civ.* 2018, n° 68.

¹¹⁷⁰ MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier relèvent ainsi que « en coulant leur volonté dans des types contractuels connus et éprouvés, les parties choisissent du même coup la répartition des risques inhérents à ces figures » (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 401).

¹¹⁷¹ J.-D. PELLIER, « Réflexion sur l'imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats (observation sur l'article 1196 du projet de réforme) », *LPA* 2015, n° 228, p. 8.

¹¹⁷² O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 401. V. également en ce sens M. Alain Bénabent, selon lequel « la théorie de l'imprévision ne joue que si le déséquilibre des prestations résulte d'un aléa extracontractuel, c'est-à-dire débordant le cadre des risques normaux de l'exécution du contrat, risques prévisibles lors de la conclusion » (A. BENABENT, *La chance et le droit*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 128, 1973, n° 90).

¹¹⁷³ M. François Chénéde envisage toutefois une acceptation tacite des risques (v. F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – innovations – perspectives*, Dalloz, 2016, n° 125.62, p. 118). M. François Chénéde estime ainsi que « à la réflexion, cette condition rejoint assez largement la condition d'imprévisibilité. De deux choses l'une en effet : s'il était imprévisible, le risque n'a pas pu être accepté par le contractant ; s'il était prévisible, son acceptation du risque devrait être présumée, sauf clause ou indication contraire ». M. Philippe Chauviré estime quant à lui que « dans le silence des parties, il faut sans doute présumer que le risque, imprévisible par hypothèse, n'avait pas été mis à la charge de l'un ou l'autre des contractants. La seule référence au caractère imprévisible semble dès lors suffisante » (Ph. CHAUVIRE, « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 2015, n° 120, p. 29).

l'Association Henri Capitant et de la Société de législation comparée, en vertu duquel « une clause qui reporterait sur l'une des parties l'essentiel des risques d'un changement de circonstances n'est valable que si elle n'emporte pas de conséquences déraisonnables pour cette partie ».

De même, M. Benjamin Mercadal s'oppose à une interprétation supplétive de l'article 1195 du Code civil en estimant, au contraire, que le contenu de cette disposition relève de l'ordre public français et « qu'aucune clause ne pourrait supprimer le droit de la partie lésée de demander la renégociation du contrat sous les conditions édictées par l'article 1195¹¹⁷⁴ ». Un aménagement contractuel serait ainsi envisageable, sous réserve que cela « n'aboutisse pas à priver la partie se prétendant lésée d'obtenir un réexamen de l'équilibre du contrat et à lui ôter ainsi la protection que l'article 1195 a pour but de lui apporter ». L'un des arguments de M. Benjamin Mercadal à cet effet repose sur l'idée que la révision pour imprévision a été présentée comme « l'une des innovations importantes de l'ordonnance » et qu'il serait contre-productif de réduire la portée de ce mécanisme. Pourtant, la formulation de l'article 1195 du Code civil est explicite : cette disposition n'a vocation à s'appliquer que si la partie n'a pas accepté les risques, signifiant ainsi que cette dernière est libre de le faire ... Une telle argumentation a également été reprise par M. Rémy Libchaber, selon lequel « il y a une sorte de contradiction logique dans l'idée qu'il soit possible de renoncer à la révision pour imprévision. Par sa nature même, l'imprévision est ce qui vient modifier l'environnement contractuel sans que l'on ait pu le prévoir : comment pourrait-on par avance exclure ce qui ne se prévoit pas ? »¹¹⁷⁵. Ce faisant, l'auteur propose de ne reconnaître la supplétivité que du second alinéa de l'article 1195, et non du premier qui serait impératif¹¹⁷⁶.

195. Impérativité de l'article 1195 du Code civil dans les contrats d'adhésion et de consommation. – Il est toutefois une catégorie de contrat dans laquelle les parties ne peuvent renoncer conventionnellement au bénéfice de l'imprévision : les contrats d'adhésion. Il n'est pas inimaginable d'assimiler une clause d'acceptation des risques au sens de l'article 1195 du

¹¹⁷⁴ B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats*, Dossier pratique F. Lefebvre, 2016, n° 606.

¹¹⁷⁵R. LIBCHABER, « Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision », *op. cit.* L'auteur poursuit en ces termes : « ne faudrait-il pas reconnaître l'impérativité de la révision judiciaire, non pour qu'elle soit toujours à la disposition d'une partie en situation de faiblesse, mais pour que le contrat puisse être sauvé en cas de danger pour son maintien ? C'est parce que l'on ne sait pas avec quelle violence les événements peuvent venir déstabiliser l'équilibre objectif d'un contrat qu'il ne devrait pas être possible de le soustraire au regard du juge réformateur, par avance ».

¹¹⁷⁶ En réalité, compte tenu du rôle coercitif tenu par le juge (cf. *infra* n°s 357 et s), le premier alinéa de l'article 1195 du Code civil sera, en pratique, systématiquement appliqué.

Code civil¹¹⁷⁷ au sein d'un contrat d'adhésion à une clause abusive au sens de l'article 1171 du même code, dans la mesure où ce contrat n'aurait pas fait l'objet de négociations. En effet, « insérée dans un contrat d'adhésion, la clause d'acceptation du risque d'imprévision porte donc atteinte au droit du contractant qui n'a eu d'autre choix que d'adhérer ou de ne pas adhérer à l'instrumentum rédigé par l'autre, de demander la résolution du contrat, ou son adaptation judiciaire, en cas de changement imprévisible de circonstances¹¹⁷⁸ ».

Par analogie, l'acceptation des risques est tout à fait inimaginable en droit de la consommation, où une telle clause serait inévitablement qualifiée d'abusives, sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation¹¹⁷⁹. Il convient donc de considérer que l'application de l'article 1195 du Code civil est impérative, au sein des contrats d'adhésion et de consommation. M. Pascal Ancel nuance toutefois cette perspective, en estimant que la stipulation d'une clause d'acceptation des risques demeurerait envisageable, dès lors que serait prévu, à la place du mécanisme de droit commun, un autre mécanisme d'adaptation¹¹⁸⁰. De même, M. Mustapha Mekki envisage la validité d'une telle clause dès lors qu'elle serait assortie de contrepartie, ou qu'elle soit réciproque aux deux parties¹¹⁸¹.

La solution pourrait également être étendue aux contrats d'affaires, cette fois-ci sur le fondement de l'article L. 442-6 du Code de commerce, dès lors que la clause d'acceptation des risques créerait un déséquilibre significatif au détriment de la partie faible au contrat. À titre d'exemple, M. Louis Vogel évoque un jugement du Tribunal de commerce de Lille du 7

¹¹⁷⁷ V. en ce sens P. ANCEL, « Imprévision », *op. cit.*, n° 82. – H. PERINET-MARQUET, « L'impact de la réforme du droit des contrats sur le droit de la construction », RDI 2015, p. 251 – J.-D. PELLIER, « Réflexion sur l'imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats (observation sur l'article 1196 du projet de réforme) », LPA 2015, n° 228, p. 8 – S. PIMONT, « Le traitement juridique de l'imprévision dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Deux exercices d'interprétation », in *Les perspectives de modernisation du droit des obligations*, Association Henri Capitant, Dalloz, 2015, p. 67.

¹¹⁷⁸ Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *op. cit.* Selon M. Thierry Revet, la seule possibilité d'éviter cette assimilation serait de considérer que l'acceptation des risques porte sur l'adéquation du prix à la prestation, situation exclue du domaine des clauses abusives en vertu du second alinéa de cet article. Or, l'acceptation des risques ne constitue en rien une estimation de la valeur économique de la prestation, mais a pour objet d'anticiper son intangibilité

¹¹⁷⁹ L'article R. 132-1 5° et 7° du Code de la consommation présume abusive de manière irréfutable toute clause qui aurait pour objet ou pour effet de « contraindre le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service » et de « interdire au consommateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou de son obligation de fourniture d'un service ».

¹¹⁸⁰ M. Pascal Ancel estime toutefois qu'un mécanisme de révision trop restrictif devrait être assimilé à une absence de mécanisme de révision (v. P. ANCEL, « Imprévision », *op. cit.*, n° 82).

¹¹⁸¹ M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », RDC 2016, n° 2, p. 400.

septembre 2015 qui a invalidé une clause en vertu de laquelle, « quelles que soient les circonstances, le prix ne variera pas jusqu'au terme du contrat d'approvisionnement »¹¹⁸².

Les mécanismes de droit commun permettant le rétablissement de l'équilibre économique étant susceptibles d'être écartés, les parties sont donc libres d'aménager conventionnellement les risques du contrat.

b. Gestion conventionnelle des risques du contrat

Les clauses d'aménagement des risques du contrat sont valables, à condition toutefois de les rédiger avec précision. Ce faisant, les parties renoncent à se prévaloir du déséquilibre économique survenu.

196. Exclusion expresse de la force majeure. – M. Mustapha Mekki le souligne, « ces clauses ne sont valables que si elles ont été rédigées avec intelligence »¹¹⁸³. Les événements qualifiés de « force majeure » ne doivent pas être trop nombreux, car cela contreviendrait aux articles 1170 et 1171 du Code civil, ainsi qu'à l'article L. 212-1 du Code de la consommation. En effet, en admettant de trop larges cas de force majeure, il serait trop facile au débiteur de l'obligation de s'en exonérer en toute impunité.

197. Exclusion expresse de l'imprévision. – Survient dès lors la question de la formulation de la clause d'acceptation des risques, simpliste ou plus précise. Cette question revêt en effet une importance particulière dans la mesure où une telle clause se révélera sans doute une clause de style dans les années à venir¹¹⁸⁴.

Il est en effet possible d'accepter les risques en énonçant tout simplement que « l'article 1195 du Code civil n'est pas applicable au présent contrat », ou toute autre formule assimilée. Si rien ne contraint les parties à se montrer davantage pointilleuse, une formulation plus précise identifiant les risques est également envisageable. M. Hervé Le Nabasque relève toutefois que les parties courent corrélativement le risque que cette clause soit interprétée *a contrario* comme

¹¹⁸² L. VOGEL, « Négociations tarifaires fournisseurs/ grande distribution. Comment aborder les négociations 2012 ? », *Concurrences* 2012, p. 1.

¹¹⁸³ M. MEKKI, « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », *op. cit.*

¹¹⁸⁴ H. PERINET-MARQUET, « Droit des contrats : le changement c'est demain », *Constr.-urb.* avr. 2015, repère 4. Sur ce point v. toutefois M. Rémy Libchaber selon lequel « faute d'information sur la pratique actuelle des contrats, il est difficile de dire si la renonciation à la révision de l'article 1195 s'est répandue ; nombre d'indices sont néanmoins en ce sens, qui pourraient réduire l'importance de la perspective de révision au moment crucial d'une crise violente que nul n'avait prévue » (R. LIBCHABER, « Pour une impérativité raisonnée de la révision pour imprévision », *op. cit.*).

n'acceptant que ces risques précisément, dans la mesure où il est impossible de se montrer exhaustif. En effet, « la limitation, voire l'interdiction du droit d'accès au juge [est] toujours, en tant qu'exception, un principe fondamental, interprétée de manière stricte »¹¹⁸⁵. Le risque est justement ici que « la clause d'acceptation d'un risque ne vaudra que pour le risque spécifiquement visé et dans la mesure spécifiquement visée, seulement de ce risque : tout le risque stipulé, mais rien que le risque stipulé »¹¹⁸⁶. Une acceptation générale, et non spéciale, des risques, se révélerait par conséquent plus à propos. La clause d'acceptation ne doit toutefois pas se transformer en liste énumérative, sous peine de se transformer en « piège »¹¹⁸⁷.

L'acceptation d'un risque précis, par hypothèse imprévisible, porte à confusion¹¹⁸⁸. MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier soulèvent ensuite une seconde difficulté, en ce que l'article 1195 pourrait trouver vocation à s'appliquer de nouveau lorsque « le risque effectivement réalisé est sans commune mesure avec ce que les parties auront pu imaginer de pire lors de la conclusion du contrat »¹¹⁸⁹. Dans ces conditions, hors des prévisions des parties, le juge pourrait être tenté de rétablir le jeu de la révision pour imprévision.

M. Mustapha Mekki appelle à la plus grande prudence dans la rédaction de cette clause, dans la mesure où elle prive une partie du bénéficiaire d'une règle supplétive¹¹⁹⁰. M. Hervé Le Nabasque propose ainsi de recourir à la formule sacramentelle suivante « vendeur et acquéreur déclarent, chacun pour ce qui le concerne (ou l'acquéreur seulement, ou le vendeur seulement),

¹¹⁸⁵ H. BARBIER, « Clause d'imprévision », in *Les principales clauses des contrats d'affaires*, F. BUY, M. LAMOUREUX, J. MESTRE et J.-Ch. RODA (dir.), 2^e éd., LGDJ-Lextenso, coll. Les intégrales, 2018, p. 427. V. également en ce sens MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier selon lesquels « compte tenu du fait que la toile de fond de ces clauses n'est plus la jurisprudence *Canal de Craponne* mais l'article 1195 du Code civil, elles risquent d'être interprétées strictement » (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 400).

¹¹⁸⁶ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, *ibid.*

¹¹⁸⁷ V. en ce sens MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier selon lesquels « tout événement non visé ouvrirait la porte à la révision ou à la résolution du contrat » (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, *op. cit.* p. 401).

¹¹⁸⁸ V. en ce sens J.-D. PELLIER, « Réflexion sur l'imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats (observation sur l'article 1196 du projet de réforme) », *LPA* 2015, n° 228, p. 8. V. également Ph. CHAUVIRE, « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *op. cit.*

¹¹⁸⁹ « Le juge pourrait décider in fine que la clause en question ne valait pas pour une variation phénoménale, proprement inimaginable, que nul n'aurait pu envisager » (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 401).

¹¹⁹⁰ M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *op. cit.*

assumer le risque qui pourrait être lié à un changement de circonstances imprévisible au sens dudit article¹¹⁹¹ ».

L'anticipation des parties n'est pas nécessairement aussi radicale et le déséquilibre économique du contrat peut être appréhendé sans donner lieu à résolution du contrat ou à une modification des risques de celui-ci. L'anticipation peut donc se révéler davantage nuancée, conduisant à éviter les déséquilibres économiques postérieurement à la formation du contrat.

B. L'anticipation nuancée

De manière plus nuancée, les parties peuvent appréhender le déséquilibre économique en convenant qu'elles préfèrent tenter de le résoudre en stipulant une clause de renégociation du contrat (1.). De même, les parties les plus soucieuses de la stabilité de leur convention peuvent également convenir d'une clause de révision automatique du prix, évitant tout litige (2.).

1. Renégociation du contrat

La clause de *hardship*¹¹⁹² n'est pas définie par le droit civil. Tout au plus est-elle envisagée, en creux, par l'article 1195 du Code civil¹¹⁹³. Cette clause a une origine conventionnelle : les parties, anticipant un éventuel déséquilibre économique, insèrent une obligation de renégociation au sein de leur convention¹¹⁹⁴. Si, autrefois, la stipulation d'une clause de *hardship* permettait de déjouer conventionnellement la prohibition de la révision pour imprévision, elle n'est aujourd'hui pas dépourvue d'intérêt.

Elle permet désormais de déroger à l'article 1195 du Code civil en encadrant plus précisément les renégociations. Au-delà, les clauses de *hardship* ont également vocation à jouer dans les interstices de l'article 1195, notamment en cas de dépréciation monétaire.

¹¹⁹¹ H. LE NABASQUE, « L'imprévision et les cessions de droits sociaux », *BJS*, 2016, n° 9, p. 538.

¹¹⁹² Aussi appelée clause de renégociation, de sauvegarde, de stabilisation ou de réadaptation, le terme de *hardship* sera ici retenu, car plus utilisé dans la pratique des affaires.

¹¹⁹³ « (...) pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque ». Ce silence se justifie par l'origine de la clause de *hardship*, très fréquente en commerce international. L'article 6 :2 :1 des Principes Unidroit rappelle ainsi le principe de la force obligatoire du contrat, « sous réserve des dispositions suivantes relatives au *hardship* ». L'article suivant énonce ensuite que « en cas de *hardship*, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations ». En pratique, ce type de clause est également retrouvé dans les contrats commerciaux en droit interne, ainsi que dans certains contrats de longue durée. M. Yves Picod cite, à titre d'exemples, « les contrats de franchise, de concession, de fourniture et d'approvisionnement » (v. Y. PICOD, *Jcl. Civ. article 1195*, 2020, n° 46).

¹¹⁹⁴ Le but étant finalement de « traiter amiablement une difficulté qui s'élève lors de l'exécution du contrat et d'éviter qu'elle ne dégénère en un véritable contentieux » (Ch. JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 141).

198. Validité des clauses de *hardship* au regard de l'article 1195 du Code civil. – Concernant l'interrogation quant à la validité des clauses d'aménagement de l'imprévision, une réponse positive conduirait à ce que « toutes les clauses d'adaptation d'usage dans les contrats d'affaires [prévalent] sur le dispositif du texte, lequel n'aura vocation à jouer que dans leurs interstices »¹¹⁹⁵.

La validité des clauses de négociation, dites de *hardship*, est donc en jeu. L'affirmation du caractère véritablement supplétif de l'article 1195 repose sur trois arguments. Le premier est le Rapport au Président de la République à propos de l'ordonnance du 10 février 2016 qui énonce, malgré son autorité contestable, que « comme l'implique la rédaction retenue, ce texte revêt un caractère supplétif, et les parties pourront convenir à l'avance de l'écarter pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat ». M. Yves Picod qualifie une telle clause d'exclusion de « anti-*hardship* », laquelle « pourrait progressivement devenir une clause de style dans les milieux les plus avisés »¹¹⁹⁶.

Il serait, de plus, peu rigoureux d'admettre la possible exclusion conventionnelle de l'article 1195 du Code civil, mais pas son aménagement, moins radical. M. Philippe Stoffel-Munck estime ainsi à ce propos que « qui peut le plus, peut le moins »¹¹⁹⁷ et que « la possibilité d'écarter entièrement le texte présuppose celle de le moduler ». Le troisième argument est d'ordre fonctionnel, en ce que le rôle « suggestif »¹¹⁹⁸ ou « répulsif »¹¹⁹⁹ du mécanisme, invitant les cocontractants à prévoir leur propre mécanisme palliatif, permettrait d'encourager « les parties à définir elles-mêmes les conséquences de l'évolution des circonstances pour le contrat, ce qui est a priori la meilleure garantie de l'efficacité du procédé »¹²⁰⁰. Une telle lecture de l'article 1195 du Code civil devrait probablement être retenue par la Cour de cassation, allant ainsi dans le sens de l'accueil circonspect réservé à l'imprévision en droit positif français.

¹¹⁹⁵ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* 2016, p. 30.

¹¹⁹⁶ Y. PICOD, « Imprévision », *J.-Cl. civ.* Art. 1195, 2020, n° 42.

¹¹⁹⁷ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *op. cit.*. V. également ce sens M. Mustapha Mekki, en des termes quasiment identiques, selon lequel « cette disposition limitée à la seule clause d'éviction ne remet pas en cause la validité des clauses de renégociation, clauses de *hardship* car, selon un raisonnement assez convaincant : qui peut le plus (évincer) peut le moins (aménager) » (M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *op. cit.*). V. également en ce sens J.-B. BRETZNER et G. BARRAL, « Les clauses relatives aux litiges dans la réforme du droit des contrats », *AJ Contrat* 2016, p. 415.

¹¹⁹⁸ H. LE NABASQUE, « L'imprévision et les cessions de droits sociaux », *op. cit.*

¹¹⁹⁹ C. PERES, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G* 2016, n° 16, p. 454.

¹²⁰⁰ C. PERES, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *ibid.*

199. Absence d'effet contraignant de la clause de *hardship*. – La stipulation d'une clause de *hardship* a pour conséquence de contraindre les parties à négocier en vue d'une adaptation du contrat au cas où surviendrait un « changement intervenu dans les données initiales au regard desquelles elles s'étaient engagées vient à modifier l'équilibre de ce contrat au point de faire subir à l'une d'elles une rigueur (*hardship*) injuste »¹²⁰¹. *In fine*, la clause « crée simplement pour les parties une obligation de renégociation en vue d'une réadaptation éventuelle du contrat » et a pour objet le rétablissement de l'équilibre économique du contrat. Le but d'une telle clause est finalement d'éviter le contentieux en trouvant une solution amiable.

La principale interrogation au regard des clauses de *hardship* porte sur leur résultat : les parties sont-elles simplement contraintes de renégocier le contrat, ou doivent-elles aboutir à un accord ? M. Bruno Oppetit se prononce en faveur d'une véritable contrainte de ces clauses, le devoir de renégociation se prolongeant d'une révision dès lors que les propositions seraient raisonnables¹²⁰². Pourtant, dans un arrêt en date du 3 octobre 2006, la Chambre commerciale de la Cour de cassation en a limité l'effet à une simple obligation de renégociation : « si ces clauses n'obligent certes pas chaque partie à accepter n'importe quelle modification proposée par l'autre partie, elles mettent cependant à leur charge, en cas de bouleversement de l'équilibre économique du contrat en raison d'un événement extérieur aux parties, une obligation de renégocier loyalement »¹²⁰³. Le contractant récalcitrant verra, tout au plus, sa responsabilité contractuelle engagée, les parties ne pouvant être contraintes à négocier si elles ne le souhaitent plus¹²⁰⁴. Investies d'un pouvoir de réviser le contrat grâce aux renégociations, les parties ne sont pas tenues d'en user¹²⁰⁵.

En réalité, la question du caractère contraignant des clauses de *hardship* se révèle aujourd'hui d'un moindre intérêt, en ce qu'est désormais offerte aux parties la possibilité de

¹²⁰¹ B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances ; la clause de *hardship* », *JDI* 1974, p. 794.

¹²⁰² B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances ; la clause de *hardship* », *ibid.*

¹²⁰³ Cass. com. 3 oct. 2006, n° 04-13.214.

¹²⁰⁴ D. MAZEAUD, « Renégocier ne rime pas avec réviser ! », *D.* 2007, p. 765.

¹²⁰⁵ D. MAZEAUD, « Renégocier ne rime pas avec réviser ! », *ibid.* : « la décision de la Cour a par ailleurs le mérite de révéler l'inanité d'un argument souvent martelé en doctrine pour justifier le maintien du refus de la révision judiciaire pour imprévision en droit français. Beaucoup d'auteurs, en effet, soutiennent qu'il convient de réduire considérablement la portée du célèbre arrêt *Canal de Craponne*, car le refus de la révision judiciaire qu'il énonce est neutralisé par l'omniprésence des clauses d'adaptation. L'arrêt commenté suffit à démontrer la fragilité de l'argumentation. La présence de telles clauses n'emporte pas, en dépit de la gravité du déséquilibre contractuel provoqué par un changement imprévisible de circonstances, la révision du contrat, que seule l'intervention du juge autoriserait. Il n'est donc pas exact de prétendre que l'insertion de telles clauses pallie les inconvénients inhérents au maintien de la règle jurisprudentielle française ».

saisir le juge afin d'obtenir une révision judiciaire du contrat. Un intérêt certain demeure toutefois en ce qu'il est intéressant d'encadrer le déroulement des négociations, mais également d'instaurer une obligation de renégocier lorsque l'article 1195 du Code civil ne sera pas applicable¹²⁰⁶.

Si la stipulation d'une clause de renégociation constitue une solution conventionnelle satisfaisante, sa mise en œuvre ne conduira pas systématiquement à la révision du contrat. À l'inverse, les clauses de révision automatiques du prix constituent le moyen le plus sûr d'anticiper la survenue d'un déséquilibre économique.

2. Révision du prix

La liberté contractuelle permet aux parties d'anticiper conventionnellement la survenue d'un déséquilibre économique en stipulant une clause d'indexation, c'est-à-dire de prévoir les modalités de révision du prix. Ce faisant, le droit se révèle soucieux du maintien de l'équilibre économique dans l'exécution du contrat.

200. Clause d'indexation. – La clause d'indexation, ou « d'échelle mobile », permet d'actualiser le prix d'un contrat à exécution successive en fonction des variations d'un certain indice de référence¹²⁰⁷, afin de pallier les effets délétères du nominalisme monétaire. Souvent d'origine légale¹²⁰⁸, l'indexation peut être également être conventionnelle, notamment en matière de rente viagère ou de bail. Le choix de l'indice par les parties est particulièrement réglementé, l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier ayant ajouté une condition de validité supplémentaire : l'indice doit avoir un rapport direct avec l'objet du contrat¹²⁰⁹ ; à peine de nullité absolue, pour cause de contrariété à l'ordre public de direction¹²¹⁰. Mais il peut arriver que l'indice choisi par les parties disparaisse ou soit déclaré illicite.

¹²⁰⁶ Cf. *infra* nos 292 et s. concernant les conditions d'application de l'article 1195 du Code civil.

¹²⁰⁷ V. « clause d'échelle mobile » in *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2019, p. 188.

¹²⁰⁸ L'article 17-1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 prévoit l'indice de révision annuel du bail (IRL). Le législateur fournit également un indice pour les contrats de plus de trois mois portant sur des produits (souvent alimentaires), déterminés par décret et dont le prix est sujet à une certaine volatilité (article L. 441-8 du Code de commerce).

¹²⁰⁹ Article L. 112-2 du Code monétaire et financier : « dans les dispositions statutaires ou conventionnelles, est interdite toute clause prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum de croissance, sur le niveau général des prix ou des salaires ou sur les prix des biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention ou avec l'activité de l'une des parties ».

¹²¹⁰ Ces restrictions ont en effet pour effet d'éviter l'inflation consécutive au choix d'un indice trop général. La modification d'un indice trop général pourrait entraîner la modification d'un nombre trop important de prix, et entraîner une inflation. Il convient, afin d'éviter cet écueil, d'« émietter » les indices choisis (sur ce point v. P. PUIG, *Contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 270, p. 271).

Une fois l'indice disparu pour cause d'illicéité en application de l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier, se pose la question de son remplacement. Le juge civil s'est parfois arrogé le pouvoir de substituer un nouvel indice à celui disparu. Afin de contourner les principes de la force obligatoire du contrat et de la non-immixtion du juge dans celui-ci, les magistrats s'abritaient derrière l'interprétation de la volonté des parties¹²¹¹. Le législateur a donc profité de la réforme du droit des obligations de 2016 pour résoudre cette difficulté et a ainsi introduit le nouvel article 1167 du Code civil en vertu duquel « 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 rapproche le plus ». Selon MM. Gaël Chantepeie et Mathias Latina¹²¹², cet article comporte deux vices de rédaction. Faisant preuve tout d'abord d'une « étrange pudeur », le législateur n'a pas cru bon préciser l'identité de celui qui procède à la substitution¹²¹³. Par ailleurs, la particularité du droit français est que l'indice utilisé est souvent, en vertu de l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier, non pas inexistant, disparu ou inaccessible, mais illicite. La question est donc de savoir si le juge (ou éventuellement les parties) peut sauver la clause litigieuse en procédant au remplacement de l'indice illicite, ou si celui-ci est toujours illicite. Les nécessités de la pratique appellent toutefois au maintien de la solution antérieure. La question est peut-être dépourvue d'intérêt au regard de l'introduction de la révision pour imprévision à l'article 1195 du Code civil par la réforme de 2016. Le juge peut en effet désormais « adapter » ou « réviser » le contrat en cas de changement de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat qui rendent l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour la partie qui n'avait pas accepté d'encourir le risque. À considérer que l'illicéité de l'indice soit réellement imprévisible, il serait alors envisageable pour les parties de passer outre les lacunes de l'article 1167 et de se prévaloir au contraire de l'article 1195.

¹²¹¹ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 427, p. 371. V. Cass. civ. 3^e, 22 juill. 1987, n° 84-10.548, *Bull. civ. I*, n° 151 : « mais attendu que la cour d'appel, recherchant la commune intention des parties, a souverainement retenu que leur volonté a essentiellement porté sur le principe de l'indexation et que la stipulation du choix de l'indice en constituant une application, il y avait lieu de substituer à l'indice annulé un indice admis par la loi ». V. également Cass. civ. 3^e, 15 févr. 1972, *Bull. civ. III*, n° 100 ; Paris 28 sept. 1976, *JCP* 1978. II. 18810, obs. J. ROBERT – Cass. civ. 3^e, 16 juill. 1974, *D.* 1974. 681, note Ph. MALAURIE – Cass. civ. 3^e, 12 janv. 2005, n° 03-17.260, *Bull. civ. III*, n° 4 – J. HONORAT, « Les indexations contractuelles et judiciaires » in *Études Flour*, 1979, p. 251.

¹²¹² G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 427, p. 371.

¹²¹³ MM. Gaël Chantepeie et Mathias Latina s'accordent pour reconnaître que le pouvoir de substitution du juge en cas d'illicéité de l'indice est en danger (v. également en ce sens P. PUIG, *Contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 270, p. 271).

201. Clauses de prix dans la cession de droits sociaux. – Les cessions de droits sociaux présentent la particularité que le passif de la société risque de se révéler ultérieurement à la date de la cession. Ce faisant, le cessionnaire court un important aléa financier. Afin de contourner ce risque, il est d'usage de stipuler des clauses de prix¹²¹⁴, de révision du prix ou de garantie de passif. Ces mécanismes permettent ainsi d'assurer l'équilibre économique entre le prix versé par le cessionnaire et la véritable valeur des droits sociaux.

La plus connue est la clause dite d'*earn out*¹²¹⁵. Par la stipulation d'une telle clause, le prix de vente est indexé sur les résultats de la société après la cession de celle-ci, comprenant finalement un aléa¹²¹⁶. Les éléments de référence ne doivent toutefois pas dépendre uniquement de la volonté d'une partie, mais doivent au contraire relever des performances futures de la société cédée. Les cocontractants peuvent également prévoir une clause de « *bad or good leaver* »¹²¹⁷, c'est-à-dire une clause de rachat de droits sociaux, assortie d'un mécanisme de récompense ou de sanction. En France, ces clauses prennent la forme d'une promesse unilatérale de cession d'actions, doublée d'une condition suspensive. Si l'associé quitte la société avant le terme, notamment parce qu'il a commis une faute grave ou par démission, il sera un « *bad leaver* » et vendra à un prix défavorable : le prix fera alors l'objet d'une décote. En revanche, s'il quitte à terme, il sera récompensé en tant que « *good leaver* ». En influant sur le prix de vente, de telles clauses permettent de maintenir les éléments clefs d'une société à leur poste pour une durée déterminée. Si le prix connaît finalement un aléa en ce que la volonté du débiteur influera sur son montant, il reste pour autant déterminé, car ces alternatives ont été conventionnellement détaillées par les parties.

La clause de révision du prix¹²¹⁸ permet la fixation d'un prix définitif à la suite d'une période au cours de laquelle les cessionnaires vont pouvoir contrôler la véritable situation de la société cédée, au jour de la cession¹²¹⁹. Les parties vont alors fixer un prix provisoire,

¹²¹⁴ Sur ce point, v. plus généralement J. MOURY et B. FRANÇOIS, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 112 et s. – M. STOCLET, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, thèse Paris II, 2008.

¹²¹⁵ J. MOURY et B. FRANÇOIS, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 115 et s.

¹²¹⁶ C'est en cela que la clause d'*earn out* se distingue de la clause de révision du prix, car elle n'a pas pour objet de rétablir l'équilibre économique au jour de la cession.

¹²¹⁷ J. MOURY et B. FRANÇOIS, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 118.

¹²¹⁸ J. MOURY et B. FRANÇOIS, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 126 et s.

¹²¹⁹ Th. BONNEAU, « Clause de révision du prix », *Dr. sociétés*, 2001, n° 5, comm. 75. V. également la définition apportée par M. Jacques Moury : « lorsque les paramètres sur lesquels les contractants ont souhaité asseoir le calcul du prix sont incomplets au jour de l'échange des consentements, mécanisme dont la finalité est de réviser, pour l'ajuster à partir de données reflétant alors exactement ce qu'était la situation de l'entreprise au jour de la cession, le prix » (J. MOURY, « Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente », *D.* 2014, p. 1950). Plus précisément, « soit les éléments qui sont entrés dans le champ contractuel au moment de la cession n'existent pas ou n'ont pas été correctement évalués : soit de nouvelles dettes apparaissent

susceptible d'être révisé sur le fondement de cette clause. M. Mathieu Stoclet définit ainsi la révision du prix comme « toute obligation qui naît en même temps que celle de payer le prix, et qui a pour objet de corriger le déséquilibre créé par l'opération de cession entre les patrimoines du vendeur et de l'acheteur »¹²²⁰. Plus précisément, la révision du prix intervient lorsque « le cédant indemnise le cessionnaire des moins-values affectant les actions cédées du fait de l'apparition de nouvelles dettes par rapport à celles existant au jour de l'achat, étant précisé que l'indemnisation est plafonnée au montant du prix »¹²²¹. La valeur de l'actif net au jour de la cession sera ainsi estimée *a posteriori*, puis comparée au montant ayant servi de base au prix convenu par les parties. La différence sera compensée par la mise en jeu de la révision du prix¹²²². Dans cette hypothèse, l'éventuelle restitution ne saurait être supérieure au montant du prix fixé par les parties lors de la formation du contrat¹²²³, à la différence de la clause de garantie de passif¹²²⁴.

La clause de révision du prix se distingue de la clause de garantie de passif en ce que la première a trait à la formation du contrat, tandis que la seconde relève de son exécution. En effet, « la clause de révision du prix fait varier celui-ci en fonction d'éléments *antérieurs* au jour de la formation du contrat de vente qui, à ce moment ignorés des parties dans leur exactitude, sont de nature à avoir une incidence sur la *valeur* des titres à ce *moment-là* »¹²²⁵. À l'inverse, la clause de garantie de passif est indifférente à la formation du contrat¹²²⁶ : la cession de droits sociaux se voyant appliquer le régime de la vente, les garanties offertes par le droit

après la cession, dont l'origine est antérieure à la cession, mais qui étaient inconnues à cette époque et n'ont donc pas été prises en compte » (H. LECUYER, « La garantie de révision de prix », *Dr. et patr.* 2008, n° 175.

¹²²⁰ M. STOCLET, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, *op. cit.*, n° 460, p. 317.

¹²²¹ M. COZIAN, A. VIANDIER et FL. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 20^e éd., Litec, n° 740.

¹²²² H. DUBOUT, « La distinction des clauses d'ajustement de prix et des clauses de garantie dans les contrats d'acquisition d'entreprises », *BJS*, 2004, n° 6, p. 891 : « L'ajustement fait essentiellement appel à une mécanique comptable. On dresse une photographie comptable de l'entreprise cible au jour de la cession et l'on compare la valeur de l'actif net ainsi obtenue avec celle qui a servi de base au prix initialement convenu. Le prix final est ajusté sur la différence constatée. Il s'agit, de tenir compte dans le prix final de l'écoulement du temps depuis les derniers comptes audités de l'entreprise cible ». Cet auteur estime ainsi que « la mise en œuvre de la clause d'ajustement de prix conduit à de "simples" discussions comptables et non à des discussions d'ordre juridique. En pratique, ces discussions sont confiées à des experts de sorte que le prix est finalement ajusté à dire d'expert, conformément à l'article 1592 du Code civil, lorsque le contrat est régi par le droit français »

¹²²³ Cass. com. 18 déc. 2001, n° 98-17.320, *RTD com.* 2002. 492, obs. J.-P. CHAZAL et Y. REINHARD : « ce dont il résultait que cette clause constituait une clause de révision de prix et que les parties n'avaient pas entendu que la garantie puisse excéder le prix de cession ».

¹²²⁴ Sur la notion de clause de garantie de passif, v. C. FREYRIA, « Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux », *JCP E* 1992, p. 146 – J. PAILLUSSEAU, « Les droits du cédant d'actions garant de la situation financière de la société cédée », *Banque & droit* 1994, n° 37, p. 11 – J.-P. BERTREL, « La garantie du passif dans les acquisitions de contrôle », *RJDA* avril 1991, p. 243.

¹²²⁵ J. MOURY et B. FRANÇOIS, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 132.

¹²²⁶ J. MOURY et B. FRANÇOIS, *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, *op. cit.*, p. 133.

commun peuvent sembler inefficaces au cessionnaire (garantie des vices cachés, garantie d'éviction), qui exigera la stipulation de garanties supplémentaires. Par la clause de garantie de passif, le cédant s'engage à payer l'intégralité du passif de la société qui se révélerait après la cession. Le montant de celui-ci est alors susceptible d'excéder le prix de vente, dans une logique indemnitaire, et non de rééquilibrage du contrat¹²²⁷. En effet, « la clause de garantie de passif vise à s'assurer de la fiabilité de documents comptables transmis par le cédant, tandis que la clause d'ajustement a pour objet d'ajuster le prix convenu entre les parties à l'aide de comptes de référence pour prendre en considération la situation économique réelle de la société à la date du transfert des droits sociaux »¹²²⁸. La clause de garantie n'a donc qu'un effet indirect sur le prix, par voie de compensation.

¹²²⁷ H. DUBOUT, « La distinction des clauses d'ajustement de prix et des clauses de garantie dans les contrats d'acquisition d'entreprises », *BJS* 2004, n° 6, p. 891 : « il s'agit de compenser le préjudice de l'acheteur pour les conséquences de certains événements garantis par le vendeur, imputables à la période antérieure à la cession et qui se révéleraient pendant un certain temps après celle-ci. ».

¹²²⁸ H. DUBOUT, « La distinction des clauses d'ajustement de prix et des clauses de garantie dans les contrats d'acquisition d'entreprises », *op. cit.*

CONCLUSION DE LA SECTION I

Loin de se désintéresser de la question, le droit appréhende frontalement la question de la prévention du déséquilibre économique au sein des contrats, en encadrant strictement la mise en œuvre du mécanisme estimatoire dans les rapports bilatéraux.

202. Le droit encadre, tout d'abord, la mise en œuvre du mécanisme dans la période précontractuelle en encadrant la circulation des informations entre les parties. Tant la communication, que la réception, mais également les éventuelles phases de réflexion sont régies par le droit. Pareillement, la teneur de l'information circulant entre les parties fait l'objet d'une réglementation précise. Si les parties bénéficient d'une obligation d'information sur les prix, il repose, à l'inverse, sur elles une véritable obligation de s'informer sur la valeur.

203. Le droit encadre également la mise en œuvre du mécanisme estimatoire dans la période d'exécution du contrat. En effet, sont fournies aux parties de nombreuses possibilités d'anticiper la survenue de déséquilibre économique. L'anticipation peut être radicale, par le biais de clauses résolutoires ou d'un réaménagement des risques ou plus nuancée, en imposant une obligation de renégocier ou en stipulant une clause de révision automatique des prix.

Compte tenu de l'importance des règles développées par le législateur en la matière, la mise en œuvre du mécanisme estimatoire se révèle profondément encadrée, laissant peu de place à un éventuel épisode lésionnaire. L'importance des règles justifie ainsi le principe d'indifférence de la lésion, témoignant d'un intérêt paradoxal du droit pour l'équilibre économique du contrat. Les règles en matière de fixation unilatérale du prix contribuent également à encadrer la mise en œuvre du processus estimatoire par le maître du prix, dans le but de coïncider avec une forme d'équilibre économique.

Le droit encadre également l'exécution mécanisme estimatoire lorsque celui-ci est mis en œuvre par une partie seule.

SECTION II

INEFFICACITE DE LA PREVENTION DE L'ABUS DANS LA FIXATION UNILATERALE DU PRIX

Le droit considère le prix comme « convenu » quand bien même il aurait été fixé par une partie seule¹²²⁹. Le rôle du droit ne sera pas ici d'encadrer l'estimation économique réalisée par les parties, mais de veiller à ce que le maître du prix réalise la mission qui lui a été confiée sur le fondement des articles 1164 et 1165 du Code civil. Celui-ci est en effet chargé d'estimer la valeur économique *a posteriori* de la formation du contrat, et donc de fixer le prix de celui-ci. L'arbitraire constitue un risque inhérent à l'exercice d'une telle prérogative par une partie seule. Le droit veille alors à ce que le maître du prix assure bien sa mission d'estimation de la valeur économique, sans en abuser. S'il est tout d'abord possible d'encadrer conventionnellement le rôle du créancier¹²³⁰ ou de compter sur une régulation spontanée par le jeu de la concurrence, le droit instaure également un mécanisme répressif conduisant à la sanction du créancier ayant abusé de son pouvoir de fixer le prix.

La finalité de ce mécanisme est de dissuader le créancier d'abuser de ses pouvoirs : la crainte d'être sanctionné le conduira à réaliser une véritable appréciation unilatérale de la valeur économique. La prévention le déséquilibre équilibre est donc subordonnée à l'efficacité du mécanisme de sanction mis en place par le législateur, reposant sur la mise en œuvre d'une obligation de motivation puis, le cas échéant, de l'intervention du juge en cas d'abus dans la fixation unilatérale du prix. Ces éléments jouent finalement, le rôle de contrepoids. Ceux-ci se révèlent toutefois insuffisants, compte tenu des insuffisances de l'obligation de motivation du point de vue de la sanction, mais également des difficultés d'identification du critère établi par le législateur, l'abus (§1). Au-delà, le résultat du contrôle judiciaire se révèle également inefficace, en ce que la résolution du contrat ne constitue qu'une sanction subsidiaire au regard

¹²²⁹ V. en ce sens Pothier, selon lequel « il n'est pas néanmoins nécessaire que la somme convenue pour le prix égale précisément la juste valeur de la chose ; car le prix, dans le contrat de vente, n'est pas précisément la vraie valeur de la chose, mais la somme à laquelle les parties contractantes l'ont estimée » (R.-J. POTHIER, *Œuvres complètes. Traité du contrat de vente*, 1821, n° 20, p. 16).

¹²³⁰ Sur ce point, v. D. FERRIER, « La détermination du prix : les apports au droit commun des obligations », *RTD com* 1997, p. 49. Cet auteur cite les clauses « d'offre concurrente » qui contraignent le vendeur à l'alignement de son prix sur celui plus intéressant proposé par un concurrent ainsi que les clauses dite « shot gun », fréquentes dans certaines cessions de droits sociaux, « stipulant dans certains contrats une fixation discrétionnaire du prix par une partie avec alternative acceptée par l'autre d'accepter ou de retourner l'offre et, dans ce dernier cas, promesse souscrite par l'offrant initial d'accepter le retour de pollicitation ».

de l'allocation de dommages-intérêts, alors qu'elle s'avère bien plus adaptée, tout comme l'était, antérieurement à la réforme, la révision judiciaire des honoraires excessifs (§2).

§1 – Difficultés de mise en œuvre du contrôle

Le mécanisme de contrôle mis en place par le législateur afin de lutter contre d'éventuels abus dans la fixation unilatérale du prix révèle des difficultés de mises en œuvre. Le contrôle judiciaire final doit, tout d'abord, être précédé de l'exécution d'une obligation de motivation, dont l'efficacité pratique s'avère limitée (I.). Par ailleurs, la démonstration de l'abus constituant la pièce maîtresse de la mise en œuvre du contrôle judiciaire, les difficultés d'identification de l'abus forment d'importants obstacles à l'efficacité du mécanisme préventif (II.).

I. EFFICACITE LIMITEE DE L'OBLIGATION PREALABLE DE MOTIVATION

L'obligation préalable de motivation présente un intérêt théorique certain (A.), mais sa mise en œuvre pratique se révèle limitée (B.).

A. *Efficacité théorique*

La qualité de la démonstration apportée par le créancier pourrait faciliter la tâche du débiteur lors de la phase judiciaire, sans pour autant constituer un réel renversement de la charge de la preuve.

204. Justification de la valeur économique par l'obligation de motivation. – La nature de la réponse apportée par le créancier à la sollicitation du débiteur interroge. L'étendue de l'obligation du créancier dépendra de l'interprétation de l'esprit du texte qui sera retenue. La motivation du créancier peut être interprétée selon deux logiques distinctes. Il est, tout d'abord, possible de considérer que le créancier doit simplement justifier globalement le montant exigé, en démontrant la conformité de celui-ci au mode de calcul utilisé. Il est également envisageable de considérer que le créancier doit démontrer que le prix n'est pas abusif, ce qui n'est pas exactement la même chose. Dans cette seconde hypothèse, le créancier se trouve dans une démarche similaire à celle de la phase judiciaire, dans laquelle il devra « expliciter, c'est-à-dire au fond de justifier les raisons de sa décision »¹²³¹. La question est finalement de savoir si cette explicitation constitue une simple motivation (justification de la valeur économique) ou une véritable pré-caractérisation de l'abus (prix excessif).

¹²³¹ D. FERRIER, « Une obligation de motiver ? », *RDC* 2004, n° 2, p. 558.

Au soutien de la seconde hypothèse, il convient de souligner que s'il suffisait d'établir la conformité du prix à la méthode de calcul déterminée conventionnellement, de nombreux tarifs pratiqués s'avèreraient impossibles à justifier. En effet, « les hypothèses dans lesquelles un rapport mathématique existe entre le prix fixé et le produit ou le service objet du contrat sont rarissimes »¹²³², notamment dans les prestations intellectuelles.

En revanche, chacun des textes comporte une séparation formelle entre la phase de fixation et la phase judiciaire. La caractérisation de l'abus n'est exigée qu'au cours de la seconde de ces phases, si bien que la preuve de celui-ci nécessite l'administration d'une preuve distincte. Le défaut d'équivalence des prestations ne pouvant être source de nullité, il ne peut certainement pas être question pour le créancier de démontrer que le prix est juste¹²³³. La lettre des articles 1164 et 1165 du Code civil impose au créancier d'en « justifier le montant », ce qui, selon le Rapport au Président de la République, reviendrait à « exposer comment le prix a été calculé, au regard des prévisions des parties », c'est-à-dire finalement de justifier l'estimation de la valeur économique effectuée.

Il serait tout à fait illogique d'appliquer au créancier une obligation aussi contraignante au stade de la contestation, qu'au stade de la procédure judiciaire. Toutefois, l'unilatéralisme supposant l'introduction d'un contrepois corrélatif, il était impensable pour le législateur de ne prévoir aucun mode de résolution alternatif du conflit. Par conséquent, l'obligation de motivation a été introduite, dans le seul but de responsabiliser le créancier et d'éviter un recours systématique au juge.

205. Renversement de la charge de la preuve au seul stade des contestations. – C'est au stade judiciaire que l'obligation d'information révèle toute son utilité. Selon les règles de preuve classiques, il appartient au demandeur, c'est-à-dire au débiteur, d'administrer la preuve de l'abus dans la fixation du prix. Or, il est certain que celui-ci se trouve dans une position plus délicate que le défendeur, lequel dispose de davantage d'informations sur le marché en cause, ainsi que les faits, les chiffres et les usages, mais également sur les contraintes du débiteur¹²³⁴.

Selon le Rapport au Président de la République, l'obligation de motivation, instituée par les articles 1164 et 1165, permettrait un véritable renversement de la charge de la preuve.

¹²³² J.-L. FOURGOUX, « Le nouveau droit des obligations à l'épreuve de la pratique -Le prix dans le contrat : une remise en cause de la liberté contractuelle par le droit commun des contrats et le droit du marché ? », *Revue des Juristes de Sciences Po*, 2017, n° 13, p. 3.

¹²³³ E. SAVAUX, « Le contenu du contrat », *JCP G* 2015, p. 20.

¹²³⁴ A. BRUNET et A. GHOZI, « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », *D.* 1998, p. 1.

Pourtant, l'obligation de motivation n'entraîne pas de tel renversement de cette dernière au stade judiciaire. La question est ici de savoir s'il appartient au créancier de justifier, une nouvelle fois, le montant exigé, ou s'il appartient au débiteur de prouver la fixation abusive du prix, à l'aide notamment des éléments non convaincants apportés par le créancier lors de la phase précontentieuse.

La première hypothèse est celle d'un véritable renversement de la charge de la preuve. Puisque le débiteur se prévaut d'une fixation abusive, il aurait dû en apporter la preuve. Le créancier serait ainsi présumé avoir commis un abus dans la fixation du prix et devrait alors prouver la loyauté de son comportement. Ce renversement se comprend aisément, car « le titulaire du pouvoir (...) est le mieux placé pour fournir les éléments de nature à traduire le caractère abusif ou non abusif de sa décision et pour démontrer qu'il avait de bonnes raisons ou tout au moins qu'il n'en avait pas de mauvaises pour la prendre »¹²³⁵. Tel est le raisonnement suivi par la Cour de cassation en matière de contrat d'entreprise, il a ainsi été jugé dans un arrêt de 1997 qu'« il incombe au prestataire, en sa qualité de demandeur, d'établir le montant de sa créance, et, à cet effet, de fournir les éléments permettant de fixer ce montant »¹²³⁶. M. Eric Savaux objecte en revanche que la faveur probatoire faite au débiteur contestant le montant du prix constituerait une contrepartie trop lourde du pouvoir reconnu au créancier¹²³⁷.

La seconde hypothèse est celle d'une application classique de l'article 1353 du Code civil, cette hypothèse étant notamment défendue par Mme Gwendoline Lardeux¹²³⁸. Le débiteur contesterait le montant de la créance, sa tâche étant alors facilitée par les éléments fournis par le créancier au stade précontentieux. Il appartiendrait alors au créancier, au cours d'un second échange d'écritures, de prouver le caractère non-abusif de la fixation. Sans pour autant constituer un réel renversement de la charge de la preuve, le contenu de la motivation fournie par le défendeur au stade des contestations permettrait alors « de caractériser plus facilement l'abus ou l'absence d'abus, ce qui n'est pas sans conséquence sur la charge de la preuve, qui pèse normalement sur la victime »¹²³⁹.

¹²³⁵ D. FERRIER, « Une obligation de motiver ? », *op. cit.*

¹²³⁶ Cass. civ. 1^{re}, 18 nov. 1997, n° 95-21.161, *Bull. civ. I*, n° 313 ; *RTD civ.* 1998, p. 372, obs. J. MESTRE, *RTD civ.* 1998, p. 402, obs. P.-Y. GAUTIER, *Deffrénois* 1998, p. 405, obs. A. BENABENT). V. sur ce point F. LABARTHE et C. NOBLOT, *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008, n° 427, p. 235.

¹²³⁷ E. SAVAUX, « Le contenu du contrat », *op. cit.*

¹²³⁸ G. LARDEUX, « Le contrat de prestation de services dans les nouvelles dispositions du code civil », *D.* 2016, p. 1659.

¹²³⁹ C. GRIMALDI, « La fixation du prix », *RDC* 2017, n° 3, p. 558 – V. également O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 313.

La nature de la règle de preuve étant dictée par l'esprit de la loi, l'analyse de Mme Gwendoline Lardeux ne peut qu'être suivie. En ce qu'il ne s'agit que d'une obligation de motivation, et non une pré-caractérisation de l'abus¹²⁴⁰, le premier alinéa des articles 1164 et 1165 doit être considéré comme une pure application de l'article 1353 du Code civil. En ce qui concerne la phase judiciaire, il est en revanche exact de considérer que l'article 1353 du Code civil ne peut être utilisé afin de faire peser la preuve du caractère justifié du prix sur le créancier. L'obligation de motivation constituerait alors un premier contrepois efficace à la prérogative unilatérale confiée au créancier¹²⁴¹, permettant de pallier les difficultés liées à l'administration et au coût de la preuve¹²⁴².

Si la théorie est satisfaisante, la mise en œuvre de l'obligation de motivation révèle d'importants obstacles, desservant à son efficacité.

B. Inefficacité pratique

L'obligation de motivation ne fait l'objet d'aucune réglementation, tant concernant la sollicitation du créancier par le débiteur, que la réponse de celui-ci et la sanction en cas d'absence de réponse. Ces éléments remettent ainsi largement en cause l'efficacité de l'obligation de motivation en tant que contrepois à la prérogative de fixation unilatérale du prix accordée au créancier.

206. Absence de réglementation quant à la sollicitation du créancier par le débiteur. – Les articles 1164 et 1165 du Code civil n'apportent aucune précision quant aux modalités d'exécution de l'obligation de motivation, permettant de s'interroger sur différents points. Tout d'abord, concernant la mise en œuvre de cette obligation, il est indéniable qu'elle dépend de la volonté du débiteur insatisfait. En revanche, rien n'est indiqué concernant les délais pour agir, ni la forme selon laquelle doit se matérialiser l'interrogation. Une telle imprécision aura nécessairement des conséquences pratiques délétères. À l'inverse, aucun délai de réponse de la part du créancier n'est imposé et la question du caractère quérable ou portable de la justification n'est pas tranchée. L'avant-projet Catala était plus précis sur le sujet, les articles 1121-4 et

¹²⁴⁰ Cf. *supra* n° 204.

¹²⁴¹ V. en ce sens A. BRUNET et A. GHOZI, « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », *op. cit.* et J. HUET, « Critique de la jurisprudence de l'Assemblée plénière sur l'indétermination du prix », in *Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, Litec, 1997, p. 311.

¹²⁴² Ch. JAMIN, « De l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP G* 1996, n° 38, doct. 3959.

1121-5 indiquant que le créancier devait se justifier « à première demande du débiteur faite par écrit avec avis de réception ».

207. Efficacité limitée de l'obligation de motivation compte tenu de l'absence de sanction. – Le législateur semble enfin avoir omis une des principales caractéristiques de la règle de droit : la subordination de son existence à celle d'une sanction. Or, ici, aucune sanction n'est prévue en cas de manquement, tant du débiteur que du créancier.

La première hypothèse est celle dans laquelle le débiteur a directement saisi le juge en réparation du préjudice subi, sans contester le montant du prix auprès de son créancier. Survient dès lors la question de la sanction encourue par le débiteur en cas de manquement à son obligation de motivation. Cette dernière peut être perçue comme une simple formalité, ou au contraire enjoindre à davantage de contrainte, à l'image d'une clause de conciliation ou de médiation obligatoire dont la violation est sanctionnée d'une fin de non-recevoir¹²⁴³. La déjudiciarisation étant la philosophie actuellement adoptée par le législateur, il conviendrait donc de lire les articles 1164 et 1165 du Code civil en ce sens, bien qu'aucune exigence formelle n'ait été formulée, comme cela a pourtant été le cas dans l'article 1195. Le débiteur ne pourrait donc pas engager une action en responsabilité extracontractuelle sans, au préalable, contester le montant du prix auprès de son créancier, sous peine de se voir opposer une fin de non-recevoir. Toute autre lecture de ces dispositions les viderait totalement de leur intérêt, déjà faible.

La seconde hypothèse est celle dans laquelle le créancier exécute imparfaitement voir refuse d'exécuter la motivation du montant du prix lui incombant. Le débiteur pourra alors saisir le juge pour abus dans la fixation unilatérale du prix, les insuffisances du discours du créancier étant alors susceptibles de servir en sa défaveur. La saisine du juge dans le but de constater un simple manquement à l'obligation de motivation ne présente aucun intérêt pratique pertinent¹²⁴⁴. Quand bien même ce dernier constaterait une insuffisance de motivation et, par conséquent, un déséquilibre dans la facturation, le défaut d'équilibre des prestations n'est pas cause de nullité. Il n'est donc pas possible de contourner l'abus dans la fixation du prix en se prévalant pernicieusement de l'obligation de motivation.

¹²⁴³ Cass. civ. 3^e, 16 nov. 2017, n° 16-24.642.

¹²⁴⁴ D. FERRIER, « Une obligation de motiver ? », *op. cit.*

Mme Gwendoline Lardeux le souligne, il s'agit donc davantage d'une règle de preuve que d'un rempart contre l'arbitraire¹²⁴⁵. Le pari du législateur est donc de faire peser la charge de la preuve sur le créancier afin de vouer à l'échec toute contestation possible¹²⁴⁶... En réalité, rien n'empêche le créancier malintentionné de fixer arbitrairement le prix, puis de le justifier tout aussi malhonnêtement. Cette règle n'a donc qu'une vertu préventive.

Au vu de tous ces éléments, il est donc possible de questionner l'utilité du mécanisme proposé, ne pouvant constituer, pour l'instant, un contrepoids suffisant à l'octroi d'une prérogative unilatérale au créancier. Le seconde étape du mécanisme doit donc être étudiée : la l'abus dans la fixation du prix.

II. DIFFICULTES D'APPLICATION DU CRITERE DE L'ABUS

Les articles 1164 et 1165 du Code civil subordonne la mise en œuvre d'un contrôle judiciaire à la preuve d'un abus dans la fixation du prix, lequel se révèle difficile à identifier dans les contrats cadre (A.) et à démontrer dans les contrats de prestation de service (B.).

A. Difficultés d'identification de l'abus dans les contrats-cadre

L'abus dans la fixation unilatérale du prix est une création prétorienne. Douze ans après les arrêts de 1995, M. Jacques Ghestin écrivait que « les juristes ont encore bien du mal à cerner et à caractériser » la notion d'abus¹²⁴⁷. Le contraste entre, d'une part, la richesse des propositions doctrinales¹²⁴⁸ et, d'autre part, la « mince moisson »¹²⁴⁹ des solutions jurisprudentielles conduit à des difficultés d'identification de l'abus, pénalisant la mise en œuvre du contrôle judiciaire et, par conséquent, l'efficacité de la prévention de l'abus dans la fixation unilatérale du prix.

¹²⁴⁵ G. LARDEUX, « Le contrat de prestation de services dans les nouvelles dispositions du code civil », *op. cit.*

¹²⁴⁶ J.-L. FOURGOUX, « Le nouveau droit des obligations à l'épreuve de la pratique -Le prix dans le contrat : une remise en cause de la liberté contractuelle par le droit commun des contrats et le droit du marché ? », *op. cit.*

¹²⁴⁷ J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, II, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 153, p. 128.

¹²⁴⁸ Ce que Mme Marie-Anne Frison-Roche qualifie de « palette d'opinions doctrinales » (M.-A. FRISON-ROCHE, « Va-t-on vers une acception unitaire de l'abus dans la fixation du prix ? » *Revue de la concurrence et de la consommation. Droits et marchés*, 1996, n° 92, p. 13) n'aura eu de cesse de s'élargir, selon M. Jacques Ghestin, à chaque publication (J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, n° 153, p. 128).

¹²⁴⁹ J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, n° 172, p. 147. Très rapidement après 1995, M. Jacques Ghestin a souhaité que le nouveau critère de l'abus évite tout autant « une nouvelle flambée du contentieux, éventuellement sur d'autres terrains, qu'un tarissement complet de ce dernier en rendant impossible un examen du prix par le juge ». Vingt-cinq ans après cette série d'arrêts, les espoirs de la doctrine sont déçus car le bilan s'avère négatif : si l'abus a permis d'éviter l'engorgement des tribunaux, l'examen du prix par le juge semble aujourd'hui n'aboutir que très rarement.

En réalité, un aspect d'identification de l'abus s'avère certain : le débiteur doit être placé dans une situation de dépendance (1.). L'acte de détournement de pouvoir que lui imposera le créancier, l'abus en lui-même, second élément de définition, demeure toutefois incertain (2.).

1. Critère certain : la dépendance du débiteur

Retrouvé en doctrine et confirmé par la jurisprudence, le critère de la dépendance du débiteur s'avère incontournable dans la caractérisation de l'abus¹²⁵⁰.

208. Dépendance économique du débiteur du contrat cadre. – L'ensemble des affaires dans lesquelles l'abus dans la fixation unilatérale du prix a été invoqué présente la particularité de traiter de relations de dépendance économique. Les parties y étant liées par un contrat à exécution successive stipulant une clause d'exclusivité¹²⁵¹, elles sont contraintes de demeurer dans la relation contractuelle et ne sont pas autorisées à se tourner vers un autre que le maître du prix¹²⁵². La juxtaposition d'une relation d'exclusivité à un contrat cadre place nécessairement le débiteur du prix dans une situation de dépendance économique à l'égard de son créancier.

La dépendance économique ne se limite toutefois pas à la seule hypothèse de l'exclusivité. En effet, si l'arrêt *Alcatel*¹²⁵³ visait expressément ce cas, les arrêts de 1995 se sont révélés moins exigeants : « les règles nouvelles ne visent pas seulement la situation dans laquelle l'une des parties est liée par une clause d'exclusivité dont le bénéficiaire pourrait abuser dans la détermination du prix »¹²⁵⁴, bien que ce soit en présence d'une telle clause qu'un abus soit le plus susceptible de survenir. Finalement, le débiteur doit être confronté à l'impossibilité de se soustraire à la volonté de l'auteur du prix, car il ne doit disposer d'aucune autre alternative

¹²⁵⁰ M. Nicolas Molfessis estime ainsi que « ce qui motive en effet une sanction de l'abus, c'est précisément la relation de dépendance : que celle-ci n'existe pas, et l'abus ne saurait avoir été commis » (N. MOLFESSIS, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *LPA* 2000, n° 90, p. 41).

¹²⁵¹ Cass. com. 17 mars 2004, n° 01-16.414 : « contrats successifs d'exclusivité de représentation et de vente, puis de coopération commerciale, conclus avec cette société en 1980 et 1991 » – Cass. com. 5 déc. 2000, n° 97-21.631 : contrat de franchise pourvu d'une clause d'exclusivité – Cass. com. 27 févr. 2001, n° 98-21.075 : exclusivité des achats – Cass. com. 14 janv. 2003, n° 00-16.617 : mandat exclusif – Cass. com. 27 févr. 2001, n° 98-21.075 : exclusivité des achats.

¹²⁵² Selon Mme Marianne Frison-Roche, il s'agit de la situation dans laquelle la partie forte est « bénéficiaire d'un rapport économique contraignant à long terme et dont la partie faible ne peut sortir » (M.-A. FRISON-ROCHE, « Vaut-on vers une acception unitaire de l'abus dans la fixation du prix ? » *op. cit.*)

¹²⁵³ Cass. civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, n° 91-21.009, *Bull. civ. I*, n° 348, p. 251, *JCP G* 1995.II.22371, note L. AYNES ; *D.* 1995, p. 122, note J. GHESTIN ; *JCP E* 1995.II.62, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1995, p. 358, obs. J. MESTRE ; *RTD com.* 1995, p. 464, obs. B. BOULOC.

¹²⁵⁴ J. GHESTIN et M. JEOL, « Revirement de jurisprudence en matière de nullité pour indétermination du prix », *JCP* 1996.II.22565.

que la poursuite de l'exécution contractuelle¹²⁵⁵. Le débiteur se trouve alors dans une situation de contrainte, de nature juridique (le contractant n'est pas en mesure de résilier le contrat à durée indéterminée ou de ne pas renouveler un contrat à durée déterminée) ou factuelle (la partie ne peut contracter avec un tiers en étant en mesure de faire face à la concurrence dans des conditions satisfaisantes, article 420-2 du Code de commerce). L'absence d'exclusivité et, par conséquent, de dépendance économique, s'oppose ainsi à la sanction de l'abus dans la fixation unilatérale du prix¹²⁵⁶. De même, si l'exclusivité n'entraîne aucune contrainte, alors l'abus ne saurait être caractérisé¹²⁵⁷.

À titre d'exemple, dans les deux arrêts de 2002¹²⁵⁸ et 2014¹²⁵⁹ ayant admis l'abus dans la fixation unilatérale du prix, la dépendance économique était bien caractérisée. Dans l'arrêt de 2002, les parties sont un concessionnaire automobile et un importateur, liées par un contrat de distribution intégré¹²⁶⁰. Dans l'arrêt de 2014, les parties, un fournisseur de chair d'escargot et un fabricant, sont également liées par un contrat d'approvisionnement exclusif. Le concessionnaire et le fabricant reprochent respectivement à l'importateur et au fournisseur d'avoir abusé de leur prérogative de fixation unilatérale du prix.

¹²⁵⁵ Cass. com., 9 oct. 2007, n° 06-16.744, *Bull. civ.* IV, n° 23 à propos de la situation de dépendance du débiteur dans la violence économique. Ce premier élément ne manque pas de rappeler les circonstances dans lesquelles la violence économique comme prévue à l'article 1143 du Code civil est susceptible de s'exercer, à la différence près que celle-ci s'exerce lors de la formation du contrat. Sur les circonstances de la violence économique, v. P. ANCEL, « Article 1142 : violence économique », *RDC* 2015, p. 747 – H. BARBIER, « Le vice du consentement pour cause de violence économique », *Dr. et patr.* 2014, n° 240, p. 50 – R. BOFFA, « La validité du contrat », *Gaz. Pal.* 2015, n° 120, p. 18 – M. CHAGNY, « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », *AJCA*, 2016, p. 115 – J.-P. CHAZAL, « La violence économique : violence économique ou abus de faiblesse », *Dr. et patr.* 2014, n° 240, p. 47.

¹²⁵⁶ A titre d'exemple, v. Cass. com. 14 janv. 2003, n° 00-16.617 : absence de dépendance économique, car « l'objet de la clause d'exclusivité est restreint aux lubrifiants utilisés dans la station et retient qu'il était loisible à la société X..., dont il a observé par ailleurs qu'elle était un commerçant averti, de s'approvisionner pour les autres lubrifiants auprès d'autres distributeurs ».

¹²⁵⁷ Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 2004, n° 01-00.475 : « Mme X..., qui bénéficiait d'un préavis d'un mois pour résilier son contrat, avait été tenue informée du changement de politique de la banque plus de six mois avant l'échéance, disposant ainsi du temps nécessaire pour s'adresser à la concurrence, de sorte qu'il n'était pas démontré en quoi elle avait été contrainte de se soumettre aux conditions de la BNP en renouvelant un contrat qu'elle restait libre de ne pas poursuivre ».

¹²⁵⁸ Cass. com. 15 janv. 2002, n° 99-21.172 ; *D.* 2002, p. 1974, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *JCP* 2002. II. 10157, note Ch. JAMIN ; *RTD civ.* 2002. 294, obs. J. MESTRE ET B. FAGES ; *CCC* 2002, comm. 94, obs. L. LEVENEUR.

¹²⁵⁹ Cass. com. 4 nov. 2014, n° 11-14.026 ; *D.* 2015. 183, note J. GHESTIN ; *D.* 2015, p. 529, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; *D.* 2015. Pan. 943, obs. D. FERRIER ; *AJCA* 2015. 78, obs. S. BROS ; *RTD civ.* 2015. 123, obs. H. BARBIER ; *JCP E* 2014, p. 1639, note A.-S. CHONÉ-GRIMALDI ; *CCC* 2015, comm. 38, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

¹²⁶⁰ Dans cet arrêt, la dépendance du concessionnaire était également renforcée par une situation factuelle particulière : l'effondrement général du marché de l'automobile avait été aggravé par une hausse du yen. Le concessionnaire était donc d'autant plus dépendant de l'importateur, maître du prix.

Le critère de la dépendance économique est également retrouvé au sein des arrêts refusant d'admettre l'abus¹²⁶¹. Un arrêt rendu le 30 juin 2004 par la première Chambre civile s'avère révélateur sur ce point. En l'espèce, la débitrice, qui disposait d'un préavis d'un mois afin de résilier son contrat, n'a pas souhaité user de cette prérogative après son information d'une modification tarifaire. La Cour de cassation a alors estimé que ce préavis lui permettait de disposer « du temps nécessaire pour s'adresser à la concurrence, de sorte qu'il n'était pas démontré en quoi elle avait été contrainte de se soumettre aux conditions de la BNP en renouvelant un contrat qu'elle restait libre de ne pas poursuivre », si bien que la dépendance n'était pas caractérisée »¹²⁶².

Il est ainsi possible d'affirmer la certitude du critère de la dépendance, souvent économique, de la victime de l'abus au regard du maître du prix. La deuxième facette de l'abus, l'acte de détournement commis par le maître du prix, se révèle toutefois plus difficile à identifier.

2. Critère incertain : l'objet du détournement de pouvoir du créancier

La problématique de l'indétermination du prix ne donna lieu qu'à quelques affaires, dans lesquelles seuls quelques rares cas d'abus furent reconnus et sanctionnés¹²⁶³. L'étude des enjeux pratiques permettrait d'expliquer l'insuccès de l'abus dans la fixation du prix. L'immense majorité des condamnations pour « indétermination du prix » avant 1995 était prononcée à la demande de la partie, dominante ou dominée, souhaitant se délier aisément de ses engagements contractuels, en violation de la morale commerciale¹²⁶⁴.

¹²⁶¹ Cass. com. 21 janv. 1997, n° 96-18.332, *D.* 1997, p. 414, note Ch. JAMIN ; *BRDA* 1997, n° 3, p. 7 : « le franchiseur a laissé au franchisé la liberté de négocier les prix selon la loi du marché sans souffrir d'une position dominante et arbitraire du franchiseur, ce dont il résulte que la société Mondial chauffage n'a pas commis d'abus dans l'application de la clause d'approvisionnement exclusif » – Cass. com. 14 déc. 1999, 97-20.304 : « la société X... n'avait commis aucun abus, ni en profitant d'une position dominante ou de la dépendance économique de M. Z..., ni dans la fixation des prix des marchandises » – Cass. com. 27 févr. 2001, n° 98-21.075 – Cass. com. 27 mars 2001, n° 98-11.743.

¹²⁶² Cass. civ. 1^{re}, 30 juin 2004, *Bull. civ.* I, n° 190 ; *D.* 2005, p. 1828, note D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2004, p. 749, obs. P.-Y. GAUTIER, et 2005, p. 126, obs. J. MESTRE ET B. FAGES ; *RDC* 2005, p. 275, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.

¹²⁶³ Cass. com. 15 janv. 2002, n° 99-21.172 ; *D.* 2002, p. 1974, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *JCP* 2002. II. 10157, note Ch. JAMIN ; *RTD civ.* 2002. 294, obs. J. MESTRE ET B. FAGES ; *CCC* 2002, comm. 94, obs. L. LEVENEUR et Cass. com. 4 nov. 2014, n° 11-14.026 ; *D.* 2015. 183, note J. GHESTIN ; *D.* 2015, p. 529, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; *D.* 2015. Pan. 943, obs. D. FERRIER ; *AJCA* 2015. 78, obs. S. BROS ; *RTD civ.* 2015. 123, obs. H. BARBIER ; *JCP E* 2014, p. 1639, note A.-S. CHONÉ-GRIMALDI ; *CCC* 2015, comm. 38, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

¹²⁶⁴ I. CORBISIER, « La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises. Réflexions comparatives », *RIDE* 1988, n° 4, p. 767. Il demeure, par ailleurs, en pratique difficile d'imaginer qu'un fournisseur puisse « étrangler » à ce point son distributeur, compte tenu des contraintes du milieu extérieur sur la décision de fixation du prix (L. AYNES, « La question de la détermination du prix », acte du colloque *Le contrat-*

Les solutions admettant l'abus dans la fixation unilatérale du prix se révèlent donc insuffisantes afin de caractériser celui-ci. À l'inverse, les nombreuses décisions refusant de reconnaître l'abus présentent un intérêt, en ce qu'elles permettent d'établir, d'une part, ce que l'abus n'est certainement pas et, d'autre part, ce que l'abus aurait pu être, si les preuves apportées par les parties s'étaient révélées suffisantes. La jurisprudence refuse ainsi d'assimiler à des cas d'abus les hypothèses dans lesquelles le prix serait simplement excessif¹²⁶⁵, distinct du juste prix¹²⁶⁶, arbitrairement fixé¹²⁶⁷, un prix qui aurait dû être fixé selon les tarifs fournisseur et qui ne l'aurait pas été¹²⁶⁸, ou fixé avec intention de nuire¹²⁶⁹.

cadre de distribution : Enjeux et perspectives organisé par le CREDA le 11 décembre 1996). M. Didier Ferrier constate ainsi que tant la sanction de l'abus de position dominante, que la prohibition des ententes ou les exigences de transparence en matière d'offre ou de tarifs « commandent au moins une détermination réaliste, sinon « une fixation (...) non abusive » du prix, venant ainsi priver d'efficacité le mécanisme civiliste d'abus dans la fixation du prix (D. FERRIER, « La détermination du prix : les apports au droit commun des obligations », *RTD com.* 1997, p. 49. L'auteur prédit finalement l'inefficacité de l'abus en énonçant que « en somme on trouvait déjà, dans l'application des règles de formation des contrats et par une référence implicite à l'abus, la solution que viennent de dégager les arrêts d'Assemblée plénière par un recours à une utilisation dévoyée des principes gouvernant les effets des contrats ». M. Jean Calvo vient également à s'interroger : dans la mesure où de nombreuses pratiques sont déjà sanctionnées par le droit de la concurrence (abus de position dominante, entente, abus de dépendance économique, pratique concertée) ou le droit fiscal (prix trop bas ou trop élevés avec un fabricant étranger qui traduirait une évasion fiscale ou un transfert illicite de bénéfices), « en quoi peut donc bien consister l'abus dans la fixation du prix ? » (J. CALVO, « L'indétermination du prix : d'une indétermination à l'autre... », *LPA* 1996, n° 8, p. 20).

¹²⁶⁵ La formulation est parfois peu rigoureuse et peut porter à confusion, v. en ce sens Cass. com. 23 juin 2004, n° 01-15.419 : « en quoi les prix fixés lors des contrats d'application revêtaient concrètement un caractère abusif ». Compte tenu de l'importance de la prohibition de la lésion en droit français, il aurait été *contra legem* d'admettre qu'un prix excessif caractérise un abus dans la fixation unilatérale du prix (v. *contra* G. LARDEUX, « Le contrat de prestation de services dans les nouvelles dispositions du code civil », *op. cit.*). V. en ce sens Cass. com. 17 mars 2004, n° 01-16.414 : « que la cour d'appel a (...) estimé que l'entier préjudice résultant de cette "surfacturation" était constitué du surplus injustifié de prix, dont elle a chiffré le montant ; que le moyen n'est pas fondé ».

¹²⁶⁶ Le contrôle de l'abus dans la fixation du prix ne peut en aucun cas constituer une recherche procédurale du juste prix, laquelle aboutirait à une réglementation judiciaire du prix. Le juge doit donc « partir de la décision de l'auteur du prix, et non établir, *ab initio*, ce qu'il estime être le juste prix » (Th. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Economica, 1999, p. 21). Par ailleurs, « l'admission de l'inégalité entre les parties interdit de déclarer le prix abusif par cela seul qu'il ne serait pas équilibré, qu'il ne satisferait pas, à proportion égale, l'intérêt de chacun : le prix non abusif n'est pas, seulement, le prix que les parties auraient arrêté si elles l'avaient fixé -si les conditions d'une vraie négociation avaient existé. Car une telle exigence fait fi de l'inégalité entre les parties, pourtant consacrée avec l'admission du pouvoir de fixation du prix, qui permet à son titulaire d'assurer sa prééminence dans la détermination du prix, en considérant, d'abord, son intérêt. Là est la grande utilité de la fixation unilatérale, et la consécration de ce pouvoir impose d'en admettre les conséquences. Le prix peut donc être déclaré non abusif même s'il n'est pas équilibré, au sens qui vient d'être indiqué » (Th. REVET, « L'indétermination du prix : les apports au droit des relations de dépendance », *RTD com.* 1997, p. 37).

¹²⁶⁷ Cass. com. 17 mars 2004, n° 01-16.414 – Cass. com. 19 juin 2007, n° 05-20.486.

¹²⁶⁸ Il ne peut s'agir, dans cette hypothèse, que d'une inexécution du contrat.

¹²⁶⁹ Si une telle vision recoupe partiellement la conception restrictive et individualiste de la mauvaise foi selon Saleilles et Ripert, elle s'avère inadaptée à la vie des affaires. Si l'intention de nuire peut en revanche former un indice d'un abus dans la fixation du prix, il ne peut en constituer la condition exclusive. Le commerce supposant des relations symbiotiques, il est difficile d'imaginer une partie engagée pour une longue durée cherchant à nuire volontairement à son cocontractant. La définition de l'abus doit donc aller au-delà de l'intention de nuire (Cass. com. 25 octobre 2017, n° 15-24.060 : une société avait imposé à une autre de baisser ses tarifs « sous la menace d'un déréférencement au profit d'un concurrent »). V. *contra* O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER,

En réalité, l'abus dans la fixation du prix, comme prévu aux articles 1164 et 1165 du Code civil, doit être recherché, non pas dans le prix en lui-même, mais au sein du comportement du maître du prix (a.), à la lumière des intérêts du débiteur (b.).

a. Déloyauté du créancier

Au-delà d'une modification du prix, la fixation unilatérale de celui-ci doit préjudicier au débiteur. À l'instar de l'entreprise placée en position dominante, le créancier ne saurait profiter de cette situation à son unique profit et exploiter sciemment son débiteur. Le créancier détournerait le pouvoir lui étant confié¹²⁷⁰ et viendrait abusivement fixer le prix, comportement coïncidant avec un manquement à l'obligation d'exécuter les conventions de bonne foi (article 1104 du Code civil).

209. Déloyauté du créancier. – La bonne foi, classiquement définie comme la qualité d'une personne qui a la conviction de se comporter loyalement, se traduit en droit par une obligation de loyauté dans la formation et l'exécution des actes juridiques¹²⁷¹. La question est donc de savoir ce que constitue la loyauté, appliquée aux relations de dépendance économique, les parties ayant toujours des intérêts économiques antagonistes. La formation du contrat exige toutefois que celles-ci parviennent à établir un point d'équilibre, liant le créancier et le débiteur par intérêts communs et qu'elles soient liées par un socle commun d'intérêt minimal. Le contrat traduit finalement une forme subtile d'*affectio societatis*, la fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre tout comme le contrat de prestation de services reposant sur la confiance entre les parties¹²⁷².

Il est certain que le créancier, lorsqu'il fixera unilatéralement le prix, cherchera à maximiser son profit ou, du moins, à sécuriser sa situation. La fixation du prix doit profiter au créancier, qu'il majore ou minore le tarif initial ou, plus simplement limite ses pertes (le débiteur peut être étranglé afin que le créancier se maintienne dans la situation initiale), mais ce dernier ne doit pas en oublier le débiteur. Le respect de l'obligation de loyauté est ainsi renforcé dans les contrats-cadre, compte tenu de la relation de dépendance liant les parties. Le

Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article, op. cit., p. 272.

¹²⁷⁰ M. Thierry Revet préconise d'employer l'expression « détournement de pouvoir » plutôt que celle de l'abus, car « c'est bien d'un détournement dont il s'agit lorsque le pouvoir est utilisé à d'autres fins que celle dans laquelle il est conféré » (Th. REVET, « L'indétermination du prix : les apports au droit des relations de dépendance », *op. cit.*).

¹²⁷¹ V. « bonne foi » in *Lexique des termes juridiques*, 27^e éd., Dalloz, 2019, p. 136.

¹²⁷² P. PUIG, « Le prix dans les contrats de prestation de services », in *Le droit spécial des contrats à l'épreuve du nouveau droit commun*, G. LARDEUX, A. SERIAUX et V. EGEA (dir.), PUAM, 2017, p. 57.

respect de cette obligation nécessite ainsi la prise en compte, par le créancier, des intérêts du débiteur. Cette thèse, développée notamment par M. Thierry Revet, s'appuie sur l'idée que la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie est inhérente à la dévolution de la prérogative unilatérale¹²⁷³. La « marque de confiance »¹²⁷⁴ accordée au créancier justifie ainsi un renforcement de l'obligation de loyauté. L'auteur souligne toutefois l'influence de la relation de dépendance quant au résultat de l'exercice de cette prérogative : le maître du prix a la possibilité « de le fixer en privilégiant son intérêt par rapport à celui de l'autre partie, dès lors qu'il n'ignore pas l'intérêt du cocontractant : le prix n'a pas à être d'avantage équivalent pour les deux parties ; leurs intérêts sont ainsi hiérarchisés du fait de la consécration de leur inégalité, ainsi qu'il sera vu plus avant »¹²⁷⁵.

Le créancier ne peut en aucun cas fixer délibérément des prix plaçant son débiteur dans une situation économique intenable, car, ce faisant, il porterait atteinte à ce minimum d'intérêts communs, et, par conséquent, à la poursuite de la relation contractuelle. Le créancier ne peut donc fixer le prix à son seul profit¹²⁷⁶ et est contraint de se soucier des intérêts de son cocontractant¹²⁷⁷. Lorsque le créancier profite de la situation de dépendance économique dans laquelle se trouve le débiteur pour fixer un prix qui pénalise celui-ci, il agit avec égoïsme¹²⁷⁸. Le contrat chargeait le créancier de fixer unilatéralement le prix mais ne l'autorisait pas pour autant de tirer un profit illégitime de cette prérogative¹²⁷⁹.

210. Admission jurisprudentielle de la déloyauté du créancier au titre de l'abus dans la fixation unilatérale du prix. – Antérieurement à 1995, la déloyauté du maître du prix avait

¹²⁷³ Th. REVET, « L'indétermination du prix : les apports au droit des relations de dépendance », *op. cit.* V. également les auteurs suivant, retenant la déloyauté du créancier : M. JEOL, « Le contenu juridique des décisions du 1er décembre 1995 », *RTD com.*, 1997, p. 1 – L. AYNES, « Indétermination du prix dans les contrats de longue durée : de la nullité à la responsabilité contractuelle (un revirement radical de la Cour de cassation) », *D.* 1996, p. 13 – A. LAUDE, « La détermination du prix dans les contrats de distribution », *Daloz Affaires*, 1996, p. 3 – D. BUREAU et N. MOLFESSIS, « Les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats », *LPA* 1995, n° 155, p. 11 – A. COEURET, « Indétermination du prix : une nouvelle jurisprudence », *Dr. et patr.*, 1996, p. 59 – M. JEOL et J. GHESTIN, « Revirement de jurisprudence en matière de nullité pour indétermination du prix », *op. cit.*

¹²⁷⁴ L. AYNES, « Indétermination du prix dans les contrats de longue durée : de la nullité à la responsabilité contractuelle (un revirement radical de la Cour de cassation) », *D.* 1996, p. 13.

¹²⁷⁵ Th. REVET, « L'indétermination du prix : les apports au droit des relations de dépendance », *op. cit.*

¹²⁷⁶ Cass. com. 23 mars 1999, n° 96-10.901 – Cass. com. 6 juin 2000, n° 97-12.260 – Cass. com. 27 mars 2001, n° 98-11.743 – Cass. com. 15 janv. 2002, n° 99-21.172, *JCP G* 2002.II.1057, note Ch. JAMIN ; *D.* 2002, p. 1974, note Ph. STOFFEL-MUNCK, *RTD civ.* 2002, p. 294, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹²⁷⁷ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2008, n° 1356, p. 379.

¹²⁷⁸ D. BUREAU et N. MOLFESSIS, « Les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats », *op. cit.*

¹²⁷⁹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, 1, 4^e éd., PUF, coll. Thémis droit, 2016 – A. BENABENT, *Droit des obligations*, 16^e éd., LGDJ-Lextenso, coll. Précis Domat, 2017.

déjà été sanctionnée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation, en 1992, au sein de l'arrêt *Huard*¹²⁸⁰. De même, en 1994, la première Chambre civile retient une position similaire dans l'arrêt *Alcatel*¹²⁸¹. Ce critère a ainsi été retrouvé, en creux, dans des arrêts rendus par les cours d'appel de Versailles¹²⁸² et de Paris¹²⁸³. Si aucune décision rendue par la Cour de cassation ne prononce la résolution d'un contrat ou l'indemnisation du débiteur pour abus dans la fixation unilatérale du prix en cas de déloyauté du créancier, cette hypothèse est toutefois envisagée dans certains arrêts rejetant l'abus, notamment pour insuffisance de preuve. Ainsi, dans un arrêt du 28 mars 2000¹²⁸⁴, la Chambre commerciale de la Cour de cassation retient que « il n'est pas démontré que les prix pratiqués par la société Total n'étaient pas appliqués à tous ses distributeurs et que cette société avait agi, de mauvaise foi, en imposant des prix arbitraires, non conformes aux conditions du marché de l'époque ». De même, dans un arrêt du 6 juin 2000¹²⁸⁵, la même chambre rejette la demande du débiteur en indemnisation pour abus dans la fixation unilatérale du prix au motif que « qu'il n'est pas établi [que le créancier] aurait fixé ses prix uniquement en fonction de ses propres intérêts et au détriment de ceux de M. X... ». Dans une perspective identique, la Cour de cassation s'attache parfois à l'atteinte portée à l'intérêt commun des parties. Un arrêt du 2 mars 1999¹²⁸⁶ envisage ainsi l'abus dans la fixation

¹²⁸⁰ Cass. com. 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *Bull. civ.* IV, n° 338, 241 ; *JCP* 1993. II. 22164, note G. VIRASSAMY ; *Defrénois*, 1993. 1377, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1993. 124, obs. J. MESTRE : « en privant M. X... des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi ». Plus antérieurement, un lien avait été établi par la jurisprudence entre l'abus et la mauvaise foi à propos de la résiliation d'un contrat (Cass. com. 5 oct. 1993, n° 91-10.408, *Bull. civ.* IV, n° 326, p. 234 : « la Régie avait rompu le contrat de façon abusive et de mauvaise foi »), v. P. ANCEL, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *JCP E, Cah. et dr. Entr.*, 1998, n° 6, p. 30). V. également cet auteur concernant l'identité de domaine et de fonction entre la mauvaise foi et l'abus de droit.

¹²⁸¹ Cass. civ. 1^{re}, 29 nov. 1994, n° 91-21.009, *Bull. civ.* I, n° 348, p. 251, *JCP G* 1995.II.22371, note L. AYNES ; *D.* 1995, p. 122, note J. GHESTIN ; *JCP E* 1995.II.62, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1995, p. 358, obs. J. MESTRE ; *RTD com.* 1995, p. 464, obs. B. BOULOC : « qu'il n'était pas allégué que la société GST-Alcatel eût abusé de l'exclusivité qui lui était réservée pour majorer son tarif dans le but d'en tirer un profit illégitime, et ainsi méconnu son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi ».

¹²⁸² Versailles, 27 janv. 2000, *BRDA* 2000, n° 10, p. 7 ; *RTD civ.* 2000, p. 270, obs. J. MESTRE et B. FAGES : « les augmentations, pratiquées arbitrairement par le loueur, revenaient à déterminer la redevance de manière opaque, sans négociation, sans référence au prix du marché et dans des conditions révélatrices d'un déséquilibre grandissant entre les prestations réciproques des parties ».

¹²⁸³ Paris, 25^e Ch. A, 19 mai 2000, *SA Alcatel Réseaux d'entreprises Ile-de-France c/ SARL Fryma*, inédit ; *RTD civ.* 2000, p. 570, obs. J. MESTRE et B. FAGES : « que cette disproportion, au regard de la clause d'exclusivité, de la durée du contrat, du type de matériel loué et de sa durée d'amortissement, ainsi que de l'état du marché, traduit une majoration du prix dans le but d'en tirer un profit illégitime, caractérisant par là l'abus reproché à l'appelante ; qu'il s'ensuit que la société Fryma, confrontée à la mauvaise foi de sa cocontractante, était fondée à résilier le contrat pour les motifs exposés dans sa lettre du 14 février 1997 ».

¹²⁸⁴ Cass. com. 28 mars 2000, n° 97-10.652.

¹²⁸⁵ Cass. com. 6 juin 2000, n° 97-12.260.

¹²⁸⁶ Cass. com. 2 mars 1999, n° 96-13.496.

unilatérale du prix sous l'angle d'un « manquement à l'obligation contractuelle d'exécuter le contrat dans l'intérêt commun des deux parties ».

Commet ainsi un abus le créancier ne tenant pas compte des intérêts de son débiteur et fixant des prix s'avérant anticoncurrentiels.

b. Péril économique du débiteur

Il s'agit donc de s'intéresser aux conséquences du détournement de pouvoir opéré par le créancier : celui-ci, de mauvaise foi, s'est abstenu de tenir compte des intérêts de son débiteur, mettant celui-ci en péril en le plaçant dans l'impossibilité de faire face à la concurrence.

211. La tendance à conserver : l'impossibilité de pratiquer des prix concurrentiels. – La notion même d'impossibilité de pratiquer des prix concurrentiels, en tant que critère permettant d'identifier un manquement du créancier dans l'exercice de sa prérogative unilatérale de fixation du prix, est issue de l'arrêt *Huard*¹²⁸⁷.

La fixation unilatérale du prix par le créancier fut considérée comme abusive par la Cour de cassation dans un arrêt du 5 juin 2002, en ce que le créancier « avait pris des mesures imposant des sacrifices à ses concessionnaires, eux-mêmes fragilisés, au point de mettre en péril la poursuite de leur activité », sans pour autant s'imposer la même rigueur¹²⁸⁸. Dans cet arrêt, la Cour considère donc que l'abus réside, finalement, dans le fait de rendre impossible, pour le débiteur, de faire face à la concurrence, son activité étant mise « en péril ». De même, dans un arrêt en date du 4 novembre 2014, la Chambre commerciale de cassation a également admis l'abus dans la fixation unilatérale du prix, car « les prix unilatéralement fixés par la société Camargo, excessifs dès l'origine, ne permettaient pas à la société Larzul de faire face à la concurrence »¹²⁸⁹. A la différence de la date de l'abus (dès la formation du contrat dans l'arrêt

¹²⁸⁷ Cass. com. 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *Bull. civ.* IV, n° 338, 241 ; *JCP* 1993. II. 22164, note G. VIRASSAMY ; *Defrénois*, 1993. 1377, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1993. 124, obs. J. MESTRE : « qu'en jugeant dès lors que la société BP devait être tenue pour contractuellement responsable du préjudice invoqué par M. X..., préjudice tenant aux difficultés consécutives à l'impossibilité pour ce dernier de faire face à la concurrence, après avoir pourtant constaté qu'elle était néanmoins tenue, en raison de la politique des prix en matière de carburants, de lui vendre ceux-ci au prix qu'elle pratiquait effectivement, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations de fait, en violation des articles 1147 et 1148 du Code civil ».

¹²⁸⁸ L'arrêt relève ainsi que « dans le même temps, [le créancier] a distribué à ses actionnaires des dividendes prélevés sur les bénéfices pour un montant qui, à lui seul, s'il avait été conservé, lui aurait permis de contribuer aux mesures salvatrices nécessaires en soulageant substantiellement chacun de ses concessionnaires et que notamment, en ce qui concerne le Garage Schouwer, il aurait pu disposer à son endroit d'un montant équivalant à l'insuffisance d'actif que celui-ci a accusé ».

¹²⁸⁹ Cass. com. 4 nov. 2014, n° 11-14.026 ; *D.* 2015. 183, note J. GHESTIN ; *D.* 2015, p. 529, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; *D.* 2015. Pan. 943, obs. D. FERRIER ; *AJCA* 2015. 78, obs. S. BROS ; *RTD civ.* 2015. 123, obs.

de 2014, postérieurement à celle-ci, en 2002), ces deux décisions présentent donc le point commun de sanctionner la situation dans laquelle le créancier exige de son débiteur un prix ne lui permettant pas de s'imposer face à ses concurrents et venant, en conséquence, mettre en péril son activité. De nombreuses décisions dans lesquelles la Cour de cassation rejette la demande en abus dans la fixation unilatérale du prix assimilent également l'abus à l'impossibilité, pour le débiteur de faire face à la concurrence ¹²⁹⁰.

Le prix est alors considéré comme « intenable »¹²⁹¹ pour la partie faible au contrat, car il ne pourrait être généralisé dans l'espace ni maintenu dans le temps sans la disparition de l'acteur. M. Bertrand Fages le souligne, la fixation unilatérale du prix ne doit porter atteinte ni à l'équilibre contractuel, ni à l'équilibre concurrentiel. Ainsi, « le prix doit être fixé à un niveau qui n'empêche pas l'autre partie de faire fonctionner normalement son activité dans la situation de dépendance qui est la sienne »¹²⁹², c'est-à-dire que le prix fixé doit permettre au débiteur de se maintenir sur le marché et de faire face à la concurrence. La situation de dépendance subie par le débiteur doit toutefois être prise en compte, en ce que si ce dernier « ne peut prétendre au même profit que le contractant dominant, [il] doit pouvoir réaliser un profit qui assure, toutes choses égales par ailleurs, le maintien de son entreprise »¹²⁹³.

212. Rapprochement entre le droit civil et le droit de la concurrence. – Cette prise en compte de la dépendance économique du débiteur lors de la caractérisation de l'abus conduit à opérer un rapprochement entre le droit civil et le droit de la concurrence. Cette branche du droit

H. BARBIER ; *JCP E* 2014, p. 1639, note A.-S. CHONÉ-GRIMALDI ; *CCC* 2015, comm. 38, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

¹²⁹⁰ Dans un arrêt en date du 30 novembre 2000, la Cour de cassation estime que la société se prétendant victime d'un abus dans la fixation unilatérale du prix ne justifie pas cette allégation, car « ne prouve aucune infraction au jeu de la libre concurrence » (Cass. com. 30 oct. 2000, n° 97-18.390). De même, le 14 janvier 2003, l'action en indemnisation pour abus dans la fixation unilatérale du prix intentée par le créancier contre le débiteur échoue, car « la société X... n'avait pas les moyens de pratiquer des prix concurrentiels » (Cass. com. 14 janv. 2003, n° 00-16.617). Enfin, le 4 février 2004, la Chambre commerciale de la Cour de cassation déclare une partie infondée à invoquer pour la première fois en cassation le moyen selon lequel « le contrat de commission aurait dû, pour se conformer aux règles de la concurrence, contenir une clause d'alignement des prix fixés par le commettant sur les prix les moins élevés pratiqués dans la zone de chalandise du commissionnaire, en contrepartie de l'exclusivité d'achat stipulée » (Cass. com. 4 févr. 2004, 97-20.254). Plus généralement, v. également Cass. com. 2 mars 1999, n° 96-13.496 – Cass. com. 14 déc. 1999, n° 97-20.304, *D. Aff.* 2000, p. 74 – Cass. com. 30 oct. 2000, n° 97-18.390 – Cass. com. 27 févr. 2001, n° 98-21.075 – Cass. com. 20 mai 2003, 01-17.232 – Cass. com. 17 déc. 2005, n° 01-16.505 – Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2013, n° 12-16.314 – Cass. com. 4 nov. 2014, n° 11-14.026 – Cass. com. 5 juillet 2016, n° 14-28.879.

¹²⁹¹ M.-A FRISON-ROCHE, « Va-t-on vers une acception unitaire de l'abus dans la fixation du prix ? », *Atelier de la concurrence* du 10 avril 1996, *L'abus dans la fixation du prix : les acceptions concevables*, *Revue de la concurrence et de la consommation*, supplément juillet-août 1996, n° 92, p. 13. L'auteure emploie par la suite l'expression de « prix suicidaire ».

¹²⁹² B. FAGES, « L'abus dans les contrats de distribution », *JCP E, Cah. et dr. Entr.*, 1998, n° 6, p. 11.

¹²⁹³ Th. REVET, « L'indétermination du prix : les apports au droit des relations de dépendance », *op. cit.*

recourt en effet régulièrement à la notion de « position dominante », dont elle sanctionne « l'abus ». L'abus de position dominante consiste, pour une entreprise, à profiter de sa position pour fausser la concurrence¹²⁹⁴ en réalisant l'un des actes visés par l'article L. 420-2 du Code de commerce¹²⁹⁵. Mme Marie-Anne Frison-Roche souligne ainsi que l'affirmation de l'existence d'un abus par le droit commun des contrats conduit à « façonner (...) en droit commun un abus de dépendance économique, en faisant l'économie de la preuve d'un marché pertinent affecté »¹²⁹⁶.

La question de l'articulation entre ces deux conceptions de l'abus se pose. Sur ce point, MM. Jacques Ghestin et Michel Jéol estiment que le droit de la concurrence pourra jouer un rôle complémentaire par rapport au droit civil¹²⁹⁷. Mme Marie-Anne Frison-Roche relève la nécessité de l'existence d'une « corrélation (...) du traitement judiciaire du prix »¹²⁹⁸ entre le droit de la concurrence et le droit civil. En effet, « on ne peut pas soutenir sérieusement qu'en matière de fixation du prix, le droit civil se chargeait de la morale (intention de nuire/abus de droit classique) tandis que le droit de la concurrence se chargerait de l'efficacité économique attachée au libre fonctionnement du marché ». Cette articulation conjointe ne doit pas toutefois donner lieu à ce que l'auteure appelle une « vampirisation », rappelant que la recherche de l'abus dans la fixation unilatérale du prix en droit des contrats ne doit pas se limiter au résultat de l'abus, c'est-à-dire à un prix distinct de celui du marché¹²⁹⁹.

L'abus dans la fixation unilatérale du prix par le créancier d'un contrat-cadre réside finalement dans le fait pour ce dernier de ne pas tenir compte des intérêts de son débiteur dépendant et de placer ce dernier dans une situation de péril économique. Hormis le critère de

¹²⁹⁴ CJUE, 14 février 1978, *United Brands et United Brands Continental BV/Commission*, 27/76, point 65 : « la position dominante concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis à vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs ».

¹²⁹⁵ Plus généralement, la jurisprudence sanctionne, au titre de l'abus de position dominante, les prix prédateurs (ADLC n°04-D-17 § 66), les prix discriminatoires (ADLC n°14-D-05 § 244), le traitement discriminatoire (ADLC n°19-D-26 § 358 et s.) les remises fidélisantes (Paris 9 nov. 2004, n°2004/08960), les remises de couplage (Cass. com. 28 juin 2005, n° 04-13.910), la rétention et l'utilisation d'informations (Paris, 12 oct. 2017, n° 15/14038) et le dénigrement (Paris 26 mars 2015, n° 2014/03330).

¹²⁹⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, « Va-t-on vers une acception unitaire de l'abus dans la fixation du prix ? » *op. cit.*

¹²⁹⁷ J. GHESTIN et M. JEOL, « Revirement de jurisprudence en matière de nullité pour indétermination du prix », *op. cit.*

¹²⁹⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, « Va-t-on vers une acception unitaire de l'abus dans la fixation du prix ? », *op. cit.*

¹²⁹⁹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Va-t-on vers une acception unitaire de l'abus dans la fixation du prix ? », *op. cit.* : « cette visée d'un juste prix risque d'aboutir à une réglementation judiciaire de l'économie par un contrôle inédit des prix, ce qui est très grave. On s'est tant plaint de l'économie administrée, il faudrait prendre garde à l'économie juridictionnalisée ».

la dépendance, ces critères se révèlent difficilement transposables aux contrats de prestation de service.

B. Difficultés de preuve de l'abus aux prestations de service

Si la situation de dépendance du débiteur du prix d'un contrat de prestation de services s'avère aisément identifiable, tel n'est pas le cas du détournement de pouvoir du créancier, pour des raisons probatoires.

213. Identification de la dépendance du débiteur au sein des contrats de prestation de service. – La situation du débiteur d'un contrat cadre ou de celui d'un contrat de prestation de services se révèlent plus proches qu'elles n'y paraissent. Dans ces deux hypothèses, le créancier se retrouve en position de force pour des raisons économiques¹³⁰⁰ ou intellectuelles face au débiteur. M. Raymond Martin estime ainsi qu'il existe toujours « un risque d'abus d'influence de la part des détenteurs du pouvoir toujours un peu mystérieux de guérir, de parler, de consulter ou de faire des miracles dans la gestion des entreprises (le talent non plus n'a pas de prix)... »¹³⁰¹, c'est-à-dire des professionnels libéraux. Couplée à l'impossibilité d'estimer, à l'avance, le montant d'une prestation intellectuelle, cette difficulté risque de conduire à des cas de surfacturation, que M. Raymond Martin qualifie « d'abus d'élasticité », commis par des « brebis galeuses »¹³⁰². Le client se trouve donc à la merci du prestataire de service, lequel est libre de facturer le prix qu'il souhaite.

214. Difficultés d'identification probatoires du détournement de pouvoir au sein des contrats de prestation de service. – La loyauté est aisée à identifier au sein des relations de

¹³⁰⁰ Le débiteur doit donc être placé dans une situation de contrainte, de nature juridique (le contractant n'est pas en mesure de résilier le contrat à durée indéterminée ou de ne pas renouveler un contrat à durée déterminée) ou factuelle (la partie ne peut contracter avec un tiers en étant en mesure de faire face à la concurrence dans des conditions satisfaisantes, article 420-2 du Code de commerce). Finalement, le débiteur doit être confronté à l'impossibilité de se soustraire à la volonté de l'auteur du prix et ne disposer d'aucune autre alternative que la poursuite de l'exécution contractuelle (Cass. com., 9 oct. 2007, n° 06-16.744, *Bull. civ.* IV, n° 23 à propos de la situation de dépendance du débiteur dans la violence économique). Ce premier élément ne manque pas de rappeler les circonstances dans lesquelles la violence économique comme prévue à l'article 1143 du Code civil est susceptible de s'exercer, à la différence près que celle-ci s'exerce lors de la formation du contrat. Sur les circonstances de la violence économique, v. P. ANCEL, « Article 1142 : violence économique », *RDC* 2015, p. 747 – H. BARBIER, « Le vice du consentement pour cause de violence économique », *op. cit.* – R. BOFFA, « La validité du contrat », *Gaz. Pal.* 2015, n° 120, p. 18 – M. CHAGNY, « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », *op. cit.* – J.-P. CHAZAL, « La violence économique : violence économique ou abus de faiblesse », *Dr. et patr.* 2014, n° 240, p. 47.

¹³⁰¹ R. MARTIN, « La réduction des honoraires de l'avocat par le pouvoir judiciaire. Recherche archéologique », *JCP G* 1999, n° 6, doct. 110.

¹³⁰² R. MARTIN, « La réduction des honoraires de l'avocat par le pouvoir judiciaire. Recherche archéologique », *op. cit.*

dépendance intellectuelle : il s'agit pour le créancier de ne pas profiter de l'ignorance de son cocontractant afin de surfacturer.

La preuve de l'abus reposant sur le débiteur se révèle délicate à rapporter, faisant ainsi obstacle à l'efficacité du mécanisme. Le débiteur suspectant un détournement de pouvoir du créancier devra supporter la charge de la preuve lors d'une action en justice. Il lui appartiendra alors de prouver que le créancier a bien commis cet abus, que celui-ci soit d'élasticité ou d'influence, en apportant la preuve d'une surfacturation. Il s'appuiera en pratique sur le résultat de l'obligation de motivation fourni par son cocontractant.

Il convient tout d'abord de souligner l'influence du succès de la prestation. En effet, les professions libérales, intellectuelles, ne sont souvent tenues qu'à une obligation de moyens. Par conséquent, si le résultat est atteint, le débiteur satisfait ne relèvera pas forcément la surfacturation, ou l'attribuera aux qualités, sans doute exceptionnelles, du praticien. Il se révélera finalement peu enclin à agir contre son créancier, et ce d'autant qu'il risque d'être découragé par la longueur des procédures judiciaires... Or, le succès n'est pas exclusif de l'abus : le professionnel peut tout à fait atteindre le résultat escompté, tout en surfacturant. Nombre d'abus dans la fixation unilatérale du prix risquent ainsi de rester indétectables¹³⁰³.

Le débiteur consciencieux ou déçu de la prestation lui ayant été fournie sera, en revanche, davantage susceptible de tenter de relever l'abus. La charge de la preuve pesant sur lui se révèle alors lourde, puisqu'il devra démontrer que son créancier aurait dû produire un travail de meilleure qualité ou alors le réaliser en moins de temps ou effectuer d'autres actes. Le « pouvoir toujours un peu mystérieux de guérir, de parler, de consulter ou de faire des miracles dans la gestion des entreprises¹³⁰⁴ » dénoncé par le doyen Cornu exerce ici toute son emprise. Puisque le débiteur n'avait pas les compétences, *a priori*, de déterminer le prix, il est peu probable qu'il en soit capable *a posteriori*, si bien qu'il sera très difficile de prouver qu'un abus a été commis.

Le critère du prix excessif était donc davantage maniable pour le justiciable qui n'avait qu'à prouver une différence entre le prix exigé et le prix de marché. Il est à l'inverse impensable de faire peser sur le créancier une présomption d'abus, dès lors que le prix exigé serait supérieur au prix de marché. Cette solution serait beaucoup trop sévère pour le créancier, lequel, à la

¹³⁰³ Il convient de souligner que les honoraires excessifs ne permettaient pas non plus, de leur temps, de sanctionner la malhonnêteté de ce type de comportement.

¹³⁰⁴ G. CORNU, *RTD civ.* 1971, p. 170, obs. sous CA Rennes, 17 avr. 1969.

moindre différence de valeur, devrait systématiquement prouver qu'il a réellement utilisé les heures ou les actes facturés afin de réaliser la prestation.

Le mécanisme mis en place par le législateur se révèle difficile à mettre en œuvre, en ce que l'élément déclencheur du contrôle s'avère délicat à identifier. Au-delà, l'efficacité de ce dernier est également limitée.

§2 – Efficacité limitée du contrôle

Le contrôle de l'abus dans la fixation unilatérale du prix révèle également une efficacité limitée. En effet, si la résolution constitue une sanction adaptée, elle n'est toutefois appliquée qu'à titre subsidiaire (I.), au regard des dommages-intérêts, sanction principale et particulièrement inadaptée aux contrats de prestation de service (II.).

I. OPPORTUNITE DE LA RESOLUTION JUDICIAIRE, SANCTION SUBSIDIAIRE

Si l'anéantissement judiciaire du contrat sanctionne la fixation abusive des contrats-cadre depuis la série d'arrêts d'Assemblée plénière en 1999, elle n'est offerte à la victime, partie à un contrat de prestation de service, que depuis 2018¹³⁰⁵. Bien qu'envisagée seulement à titre subsidiaire, la résolution constitue la sanction idéale à l'abus dans la fixation unilatérale du prix.

215. Efficacité de la résolution judiciaire. – La commission d'un abus dans la fixation unilatérale du prix ne pouvant qu'altérer la confiance entre les cocontractants, il est légitime d'accorder au débiteur la possibilité de se dégager d'une telle relation contractuelle. Au contraire, la solution est même plus satisfaisante que l'allocation de dommages-intérêts, en ce qu'elle permet de libérer le débiteur qui ne souhaiterait pas conserver la prestation¹³⁰⁶. La possibilité de choix entre les sanctions introduit également une forme de souplesse dans la sanction, ce qui n'était pas le cas avant 2016, où seule la révision était obligatoire. L'introduction de l'abus aura eu le mérite de faire apparaître cette possibilité¹³⁰⁷.

216. Le « cas échéant », prérequis à la résolution judiciaire. – La résolution, aux côtés de l'exception d'inexécution, de l'exécution forcée en nature et de la réduction unilatérale du prix,

¹³⁰⁵ Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0093 du 21 avril 2018, texte n° 1.

¹³⁰⁶ V. *contra* G. LARDEUX, « Le contrat de prestation de services dans les nouvelles dispositions du code civil », *op. cit.*

¹³⁰⁷ Le recours à la résolution judiciaire témoigne de l'influence de la *common law* sur le droit positif français. Plus pragmatique, la *common law* préfère mettre fin aux relations contractuelles et laisser la partie faire une « meilleure affaire » auprès d'un autre contractant, plutôt que de contraindre les parties à trouver un terrain d'entente.

constitue une sanction de l'inexécution du contrat. Celle-ci doit être, selon les termes de l'article 1224 du Code civil, « suffisamment grave ». L'article 1128 du Code civil, directement relatif à la résolution judiciaire, énonce quant à lui que « le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts ». Le législateur n'a donc pas établi un critère précis permettant la mise en œuvre de la résolution judiciaire, préférant accorder une importante marge d'appréciation au juge judiciaire.

La formulation peut néanmoins interroger et il s'agit finalement de savoir si l'abus constitue en lui-même une inexécution suffisamment grave, ou si, au contraire, il existerait une hiérarchie de gravité au sein des différents cas d'abus¹³⁰⁸, certains, plus graves, méritant davantage la résolution que d'autres. Il semblerait qu'il faille retenir la première hypothèse, en ce que l'abus constitue un détournement de pouvoir confié au créancier. L'équilibre de la transaction repose sur la confiance du débiteur à l'égard du créancier. Tout manquement à l'obligation de bonne foi reposant sur le créancier, toute utilisation arbitraire de son pouvoir, doit être sanctionnée. Si certains abus dans la fixation unilatérale du prix ont des conséquences plus dramatiques que d'autres, tous les abus présentent le même niveau de gravité : le créancier a détourné le pouvoir qui lui avait été confié. Tout abus dans la fixation unilatérale du prix est ainsi suffisamment grave *per se*, et justifie la mise en œuvre de la révision judiciaire.

Dès lors qu'il ne s'agit pas d'exclure certains types d'abus, le recours à l'expression « le cas échéant » par l'article 1164 du Code civil pourrait être interprété autrement, en considération de la catégorie contractuelle visée. La résolution, ayant pour effet de mettre un terme au contrat (article 1229 du Code civil), nécessite que celui-ci soit toujours en cours d'exécution au jour de la décision judiciaire. En revanche, si le contrat est à exécution instantanée, admettre la résolution reviendrait à accorder au débiteur la nullité du contrat. Or, la nullité et la résolution sont bien différentes, la première étant rétroactive, la seconde produisant des effets pour l'avenir uniquement¹³⁰⁹. Cela signifie, à l'inverse, que les contrats à

¹³⁰⁸ MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina semblent de cet avis, énonçant que « la résolution ne pourra, en effet, être prononcée par le juge que si l'abus est "suffisamment grave" » (G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 419, p. 364).

¹³⁰⁹ Il convient toutefois de relever que l'article 1129 du Code civil assortit la résolution d'une restitution « lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu », ayant des effets très similaires à l'annulation sur ce point. Le législateur précise alors que cette sanction porte le nom de « résiliation ».

exécution instantanée doivent être exclus du champ d'application de la résolution, car la résolution n'a pas lieu d'être dans ce type de convention.

217. Le contrat cadre, objet de la résolution judiciaire. – Concernant l'objet de la résolution, la question ne se pose que dans le cas des contrat-cadre, juxtaposant par définition des conventions, par opposition aux contrats de prestation de service. Sur ce point, deux hypothèses peuvent être alternativement envisagées. La fixation abusive du prix s'avère susceptible de faire encourir la nullité du contrat cadre en lui-même, ou du seul contrat d'application dont le prix aurait été abusivement fixé.

Certains auteurs se montrent favorable au maintien du contrat cadre et à la résolution du seul contrat d'application litigieux. M. Nicolas Molfessis estime que le seul rôle du juge serait finalement d'inciter le créancier « par persuasion, à adopter un comportement non abusif pour l'avenir¹³¹⁰ ». De même, Mme Andrée Brunet et M. Alain Ghozi considèrent que le maintien de la convention cadre devrait « imposer aux parties, au visa de l'art. 1134, de négocier pour son exécution un nouvel accord, conforme cette fois aux exigences de la loi »¹³¹¹. Cette solution serait, selon ces auteurs, similaire à celle retenue en matière de nullité de la sûreté, n'atteignant pas l'acte accessoire. Pourtant, en pratique, seules les conventions d'application présentent un intérêt économique en ce qu'elles seules font justement l'objet d'un prix. Les contrats d'application ne sont donc en aucun cas « accessoires » au contrat cadre, bien au contraire. Ces auteurs estiment enfin que le maintien du lien entre les cocontractants par la nullité du seul contrat d'application « diminuerait plus encore l'utilisation détournée de l'action en nullité puisque les parties ne se trouveraient pas déliées ». Dès lors que l'absence de prix dans le contrat cadre et la fixation unilatérale au sein du contrat d'application sont reconnues, il n'y a plus, pour les parties, aucune tentation d'invoquer cette faille afin de se défaire de leurs engagements. Il n'y a plus lieu de choisir une sanction afin de lutter contre un mal lorsque celui-ci a disparu.

Maintenir le contrat cadre et résoudre le seul contrat d'application soulève la même difficulté que l'allocation de dommages-intérêts dans un contrat imparfaitement inexécuté : les parties sont toujours liées, alors même que le créancier a adopté un comportement manifestement déloyal et reste susceptible de récidiver. S'il est bien sûr possible, théoriquement, d'allouer des dommages-intérêts dans un premier temps, puis de résoudre le contrat, la réalité de la vie des affaires s'oppose à un tel dispositif.

¹³¹⁰ N. MOLFESSIS, « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *LPA* 2000, n° 90, p. 41.

¹³¹¹ A. BRUNET et A. GHOZI, « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », *D.* 1998, p. 1.

Si la résolution judiciaire paraît constituer, hormis les difficultés liées aux restitutions, une sanction idéale à l'abus dans la fixation unilatérale du prix, tel n'est pas le cas de l'allocation des dommages-intérêts.

II. INOPORTUNITE DES DOMMAGES-INTERETS, SANCTION PRINCIPALE

Compte tenu des difficultés de caractérisation et de leur inopportunité pratique, les dommages-intérêts se révèlent une sanction difficilement applicable et inadaptée à l'abus dans la fixation unilatérale du prix, dans les contrats-cadre. Le recours à la résolution judiciaire constituerait ainsi une sanction préférable (A.). À l'inverse, l'allocation de dommages-intérêts permet de réparer aisément le préjudice subi par le débiteur du prix dans le cadre d'un contrat de prestation de service surévalué (B.).

A. *Dans le contrat-cadre*

Parce que le préjudice subi par le débiteur s'avère délicat à déterminer, les dommages-intérêts se révèlent une sanction peu opportune lorsque l'abus a été commis par le créancier d'un contrat cadre, nuisant à l'efficacité générale du mécanisme.

218. Délicate détermination du préjudice subi par le débiteur indépendamment de la recherche du juste prix. – Le choix des dommages-intérêts en matière de contrat-cadre n'est pas toujours pertinent. Les dommages-intérêts ont pour rôle de réparer un préjudice ponctuel, leur montant étant calculé à hauteur de celui-ci. Or, il s'avère délicat de délimiter le préjudice subi par le débiteur victime d'une fixation abusive du prix. Compte tenu de la définition retenue de l'abus, bien distincte du prix lésionnaire, le préjudice ne saurait être égal à la différence avec les tarifs qui auraient dû être pratiqués par le créancier, bien qu'il soit particulièrement tentant de calculer le montant du préjudice sur cette base. Le préjudice dont souffre le débiteur a pour origine le détournement de pouvoir du créancier et doit être indemnisé dans cette perspective.

MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina délivrent un exemple afin d'illustrer la différence de nature entre la révision du prix et la réparation du préjudice : « prenons, par exemple, un contrat cadre, passé entre A et B prévoyant notamment la fourniture, pendant une période déterminée, d'un produit manufacturé. Le prix du produit était initialement fixé par A à un prix unitaire de 200. Quant à B, il revendait ces produits, après avoir appliqué sa marge, à 220. Imaginons que A ait augmenté le prix à 400, sans aucune raison, simplement pour profiter abusivement de l'engagement d'approvisionnement exclusif de B. Imaginons que, compte tenu de l'augmentation du prix, B n'ait plus été en mesure d'appliquer sa marge ; il ne trouvait plus,

en effet, des acheteurs qu'à 401. S'il y a révision du prix, elle se fera en fonction du prix que le juge considèrera comme juste ("non abusif"), par hypothèse, 200. Pour chaque produit acheté, B pourra donc obtenir de A la restitution du "trop payé", soit 200. Au contraire, si le juge doit indemniser le débiteur du prix, son étalon ne sera plus le prix juste, mais le préjudice subi par le cocontractant. Or, dans l'exemple, le préjudice consiste en la perte de marge de B, qui est passé de 20 à 1. Pour chaque produit acheté, B pourra ainsi obtenir de A une indemnisation de 19, ce qui reconstituera sa marge, et réparera son préjudice¹³¹² ».

Le recours aux règles d'indemnisation du fait d'un abus de position dominante afin de déterminer les contours du préjudice subi par le débiteur ne manque pas de séduire¹³¹³. Ainsi, l'article L. 481-3 du Code de commerce liste ainsi les différents chefs de préjudice indemnisables : perte résultant du surcoût ou de la minoration, gain manqué, perte de chance et préjudice moral. Toutefois, indemniser selon les deux premiers de ces chefs reviendrait effectuer une réfaction du contrat, opération distincte de l'allocation de dommages-intérêts. Finalement, seul le préjudice moral se révèle convaincant : le débiteur souffre en effet d'avoir été abusé au cours d'une relation de dépendance. Quand bien même ce préjudice serait apprécié avec souplesse, il est possible que celui-ci n'égalise pas la perte de marge infligée, c'est-à-dire les conséquences économiques de l'abus. Cette impasse révèle ainsi les limites pratiques de l'abus au sein d'un contrat-cadre, lorsqu'il est sanctionné par des dommages-intérêts.

Par ailleurs, les contrats-cadre étant conclus pour de longues durées, rien ne s'oppose à ce que, après une première condamnation, le créancier renouvelle son détournement de pouvoir. Aucune sanction de la récidive n'a été établie, alors que le débiteur se retrouve piégé dans une relation contractuelle dans laquelle la confiance a été brisée. Le prix étant exigible dès sa fixation unilatérale, le débiteur devrait s'en acquitter, puis supporter le coût et la longueur de la procédure judiciaire. Ces difficultés ont été très clairement identifiées par Mme Andrée Brunet et M. Alain Ghozi pour lesquels elles s'avèrent « mortelles » : « car un prix excessif, dût-il devoir être sanctionné par les tribunaux, pourra provoquer la chute d'une entreprise en beaucoup moins de temps qu'il n'en faudra aux tribunaux pour réagir. Et ce sera une piètre consolation

¹³¹² G. CHANTEPIE et M. LATINA, La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, *op. cit.*, note n° 1, ss. n° 421, p. 366.

¹³¹³ Les similarités entre l'abus dans la fixation unilatérale du prix, le dol et la violence économique ne se révèlent pas ici d'une grande aide. En effet, en tant que vices du consentement, ces derniers sont sanctionnés par la nullité du contrat (article 1131 du Code civil). Toutefois, la nullité pour dol peut être prononcée accompagnée du versement de dommages-intérêts, ceux-ci ne comprenant « que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution » (article 1231-4 du Code civil).

pour l'acheteur "failli" que de savoir qu'il pourra recouvrer quelques fonds au titre des indemnités susceptibles de lui être allouées désormais, à moins d'admettre largement le référé préventif en pareille situation, en s'inspirant des sanctions ouvertes judicieusement contre la violation des contrats de distribution »¹³¹⁴.

Les dommages-intérêts ne constituent pas une sanction adaptée à l'abus dans la fixation du prix du contrat-cadre. Il en va de même au sein des contrats de prestation de service.

B. Dans le contrat de prestation de services

Compte tenu de la difficulté à identifier le préjudice subi par la victime de l'abus dans la fixation unilatérale du prix, l'allocation de dommages-intérêts, opération distincte de la révision directe du prix, s'avère constituer une sanction peu opportune, nuisant à l'efficacité générale du mécanisme (1.), par opposition à la révision judiciaire des honoraires, désormais disparue (2.).

1. Inopportunité de l'allocation de dommages-intérêts

Par le biais de l'allocation de dommages-intérêts, le juge va opérer une révision indirecte du prix, les dommages-intérêts se compensant avec le prix préalablement versé par le client¹³¹⁵. S'il y a bien une révision du prix, celle-ci n'intervient donc qu'à titre collatéral : elle n'est indirecte que par l'effet de la compensation, et non par son objet. Il s'agit davantage d'une sanction de l'inexécution du contrat, et particulièrement de la mauvaise foi du créancier. Dans la mesure où les dommages-intérêts ont une vocation réparatrice à hauteur du préjudice subi par la victime de l'abus, la détermination de l'étendue de celui-ci révèle toute son importance.

219. Distinction entre l'allocation de dommages-intérêts et la révision directe du prix. – L'article 1165 permet d'allouer des dommages-intérêts au débiteur, victime du créancier ayant abusé de son pouvoir de fixer unilatéralement le prix du contrat de prestation de services. L'engagement de la responsabilité délictuelle suppose classiquement la réunion de trois

¹³¹⁴ A. BRUNET et A. GHOZI, « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », *op. cit.*

¹³¹⁵ Le choix d'une révision indirecte est symbolique, le juge judiciaire faisant traditionnellement l'objet d'une certaine méfiance, la force obligatoire du contrat s'opposant à son immixtion au sein de celui-ci. Par contraste avec l'admission de l'imprévision à l'article 1195 du Code civil, l'article 1165 est dans la lignée de la conception classique du rôle du juge : son pouvoir de révision lui a été ôté, tout comme, d'ailleurs, celui de fixation du prix. En admettant la révision indirecte du prix par le prisme des dommages-intérêts, le législateur accorde une protection au débiteur sans toutefois autoriser une atteinte judiciaire à l'intégrité du contenu du contrat. Sans pour autant s'immiscer dans le contrat, le juge pourra en corriger les effets néfastes (sur ce point, v. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 421, p. 366).

conditions : faute, préjudice et lien de causalité (article 1240 du Code civil). Si la faute est caractérisée, sans difficulté, par l'abus commis par le créancier, la question de la nature du préjudice subi interroge davantage. En accord avec l'esprit du texte, le préjudice indemnisable doit porter, non pas sur la différence de prix observable, mais sur l'abus infligé au débiteur¹³¹⁶. Celui-ci ne souffre pas d'avoir contracté à un prix excessif, mais d'avoir été abusé. L'abus ne réside pas dans le prix en lui-même, mais dans sa fixation. La différence est de taille, car « ce préjudice n'est pas nécessairement égal à la différence entre le prix "juste" et le prix abusif »¹³¹⁷.

220. Difficulté de transposition de la créance de réparation pour fixation abusive du prix aux contrats de prestation de services. – L'exemple développé précédemment par MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina¹³¹⁸ est éloquent en ce qu'il illustre la différence entre les deux visions de créances de réparation, mais il intervient dans le contexte particulier d'un contrat cadre. Or, cet exemple semble difficilement transposable aux contrats de prestation de service.

L'étude du préjudice subi par le débiteur permet de mettre en lumière une importante limite de mise en œuvre de l'article 1165 du Code civil. Il s'agit de la situation dans laquelle le prestataire aurait abusé de sa prérogative de fixation unilatérale du prix, sans pour autant que le débiteur subisse de préjudice : le déséquilibre dans la facturation n'est pas manifeste. L'hypothèse est tout à fait envisageable en pratique : l'avocat fixe par exemple quelques heures de plus que la réalité, sans que la facture finale soit significativement trop élevée au regard de la prestation fournie. Le client paiera alors un prix trop élevé au regard de la prestation effectivement réalisée, mais qui restera dans le haut de la fourchette des prix de marché. Il est

¹³¹⁶ V. *contra* M. Thierry Revet selon lequel « les dommages et intérêts ne peuvent, en effet, avoir pour objet essentiel que de réparer le préjudice résultant de la différence entre le prix qui aurait été conforme à l'intérêt des deux parties, puisque le prix est un élément de la loi commune qui doit donc satisfaire l'ensemble des sujets de cette loi, et le prix qui a été arrêté par le contractant investi du pouvoir de le fixer seul » (v. Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, n° 2, p. 373). L'auteur assimile ainsi ce mécanisme à une révision judiciaire du prix : le prix abusivement fixé sera réduit au juste prix, par compensation grâce au versement de dommages-intérêts. Cette analyse est contraire à l'esprit du texte, dans la mesure où le critère de l'abus se prétend officiellement déconnecté de l'idée de juste prix, lequel ne constitue au contraire qu'un indice parmi d'autres. Selon M. Thierry Revet, l'office du juge est limité à une recherche mécanique du juste prix, conduisant à la fixation des dommages-intérêts selon la différence entre celui-ci et le prix exigé. L'auteur relève alors que cette nouvelle possibilité « rend d'autant plus surprenante la non-codification de la jurisprudence, bien installée, qui conférerait au juge un rôle plus direct dans la fixation ou dans la correction du prix dans les contrats de prestations de services indépendants ». La contradiction est patente : si le législateur a ostensiblement supprimé la révision judiciaire, ce n'est pas pour la réinstaurer à demi-mot à travers la sanction de l'abus. La contradiction est patente : si le législateur a ostensiblement supprimé la révision judiciaire, ce n'est pas pour la réinstaurer à demi-mot à travers la sanction de l'abus.

¹³¹⁷ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 421, p. 366.

¹³¹⁸ Cf. *supra* n° 218.

indéniable que le débiteur va payer un prix légèrement trop élevé, mais il ne subira pas pour autant de réel préjudice, dans la mesure où le principe reste celui de la liberté des prix et de la prohibition de la lésion. Peut-être ne s'apercevra-t-il même pas lui-même de la « machination » dont il aura été victime. Le débiteur se trouve dès lors dans une zone d'ombre de l'article 1165 du Code civil et n'est pas protégé de la malhonnêteté de son cocontractant¹³¹⁹. Une des conditions exigées par l'article 1240 du Code civil n'est donc pas rapportée et le mécanisme de la responsabilité civile n'a pas vocation à s'appliquer. Dès lors, la légitimité de l'article 1165 du Code civil interroge, car seuls les cas dans lesquels le débiteur a été abusé grossièrement seront sanctionnés.

221. Difficulté de transposition aux contrats de prestation de services matériels. – Autrefois, seuls les contrats donnant lieu à honoraires pouvaient faire l'objet d'une révision judiciaire. Aujourd'hui, l'intégralité des contrats de prestation de services est soumise au mécanisme de l'abus dans la fixation du prix. Une telle extension du champ d'application du mécanisme est retenue à l'article 72 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats, lequel n'opère pas non plus de distinction selon la nature du travail réalisé.

La révision judiciaire des honoraires avait pour finalité de protéger les individus se trouvant dans une position de faiblesse intellectuelle face à certains professionnels. Or, en appliquant l'abus dans la fixation unilatérale du prix à l'intégralité des contrats de prestation de service, le législateur a élargi le champ d'application du dispositif. La volonté de protection qui justifie de lutter contre l'arbitraire du maître du prix « n'est pas inhérent[e] à la nature particulière de tel ou tel contrat, mais bien plutôt à l'exercice de certaines professions »¹³²⁰. Les

¹³¹⁹ Le débiteur n'était toutefois pas protégé non plus par la révision des honoraires excessifs, dans la mesure où un léger décalage ne suffisait pas à mettre en œuvre le mécanisme. Cet angle mort de l'article 1165 du Code civil est à rapprocher de l'influence du succès ou de l'échec de la prestation du professionnel sur la volonté du débiteur d'agir en justice. L'esprit humain a des limites que le droit est incapable de pallier.

¹³²⁰ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les obligations*, II, Sirey, n° 154, p. 141. Ainsi, s'il est certainement compréhensible de se trouver dans une situation d'ignorance face à un avocat ou un architecte, les circonstances sont bien différentes face à un professionnel exerçant une profession matérielle, notamment lorsque la prestation est instantanée (garagiste, restaurateur, coiffeur). La part de mystère entourant l'estimation de la valeur économique n'est pas un trait commun à l'ensemble des contrats de prestation de service, la difficulté à estimer à l'avance la quantité et la difficulté du travail à réaliser ne se retrouvant que dans les prestations intellectuelles. L'arbitraire de l'unilatéralisme est donc davantage à craindre dans les prestations intellectuelles que dans les prestations matérielles et justifie la restriction du champ d'application du mécanisme de contrôle. Et cela bien que la distinction entre prestation intellectuelle et prestation commerciale soit elle-même empreinte d'arbitraire (sur la porosité dans la distinction, v. C. NOBLOT, « L'opposition des activités intellectuelles et matérielles en droit privé », *JCP G* 2010, n° 3, doctr. 69). V. *contra* M. Benjamin Ménard, selon lequel « contrairement au marché forfaitaire, le contractant d'un marché non forfaitaire n'accepte pas tous les risques qui peuvent venir affecter le prix, notamment celui de devoir fournir une prestation plus importante que celle imaginée à la conclusion du contrat » (B. MENARD, « La fixation du prix dans les contrats de prestation de services à la lumière de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », *RTD civ.* 2019, p. 263).

fondements qui justifient la révision des honoraires sont insuffisants pour admettre une généralisation de l'abus dans la fixation unilatérale du prix à l'intégralité des contrats de prestation de service.

La révision indirecte du prix, par le biais de l'allocation de dommages-intérêts, constitue une sanction inadaptée à l'abus dans la fixation unilatérale du prix dans le contrat de prestation de service. Il s'ensuit le regret accentué de la disparition de la sanction traditionnelle des honoraires excessifs.

2. Opportunité regrettée de la révision judiciaire directe du prix

Le laconisme de l'article 1165 interroge naturellement quant à la survie de la prérogative traditionnellement octroyée au juge judiciaire de réviser le montant des honoraires excessifs¹³²¹. Traditionnellement, un régime particulier était en effet réservé aux honoraires des professions libérales. Dans les contrats donnant lieu à honoraires¹³²², la partie s'estimant lésée, souvent le débiteur du prix, pouvait porter le contrat devant le juge afin d'user du pouvoir de révision de celui-ci : le juge révisait les honoraires fixés, même forfaitairement, par les parties, à condition qu'ils soient excessifs. Il s'agissait bien ici d'un pouvoir de révision, et non pas de fixation, dans la mesure où le prix avait été bilatéralement déterminé par les parties. L'article 1165 ne fait état d'aucune prérogative judiciaire en ce sens, ce qui paraît attester de sa disparition. Si la doctrine reste divisée¹³²³ et la jurisprudence pour l'instant silencieuse, aucun argument en

¹³²¹ De longue date, le juge judiciaire s'était vu accorder la prérogative de réviser le montant des honoraires excessifs (Cass. req., 12 janv. 1863, *DP* 1863, I 302, sur les origines plus anciennes du mécanisme, v. E. VAN DIE VOET et G. VAN DIE VOET, « Le pouvoir du juge de réduire le salaire contractuellement fixé à l'agent d'affaires, histoire d'une jurisprudence », in *Mélanges Dabin*, t. II, Sirey, 1963, p. 911). A l'origine destinée aux mandataires, cette jurisprudence fut progressivement étendue à de nombreuses professions libérales : experts-comptables (Cass. com. 2 mars 1993, *Bull. civ.* IV, n° 83, *D.* 1994, som. 11, obs. KULLMANN), généalogistes (Cass. civ. 1^{re}, 6 juin 2012, n° 11-10.052) ...

¹³²² Sur ce point, v. C. NOBLOT, « L'opposition des activités intellectuelles et matérielles en droit privé », *JCP G* 2010, doctr. 69.

¹³²³ Si quelques rares auteurs se montrent résolus (Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *op. cit.* – M. LATINA et G. CHANTEPIE, *La réforme du droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2016, Dalloz, Hors collection, p. 364, n° 420), la majorité envisage le maintien de la révision judiciaire des honoraires excessifs malgré le silence de l'article 1165 du Code civil (F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – innovations – perspectives*, Dalloz, 2016, n° 23.223 – C. GIJSBERG, « La révision du prix », *RDC* 2017, n° 3, p. 564 – J. GHESTIN et F. LABARTHE, « Observations générales », *LPA* 2015, n° 177, p. 17 – F. LABARTHE, « La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service. Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du code civil », *JCP G* 2016, n° 23, p. 642 – B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats*, éd. Francis Lefebvre, 2016, n° 416 – Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 766, p. 478 – P. PUIG, « Le prix dans les contrats de prestation de services », *op. cit.* – B. MENARD, « La fixation du prix dans les contrats de prestation de services à la lumière de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », *op. cit.* – D. MAZEAUD, « Réforme du

faveur du maintien de la révision judiciaire ne convainc, amenant ainsi à la conclusion regrettable de la disparition (a.). Un argument se révèle toutefois convaincant, mettant en lumière une faille dans le raisonnement du législateur et autorisant de ce fait la survie de la révision judiciaire des prix forfaitairement fixés (b.).

a. Insuffisance des arguments en faveur d'un maintien général de la révision des honoraires excessifs

Tant l'argumentation d'une codification à droit constant que celle reposant sur la commutativité subjective doivent être écartés : la révision judiciaire des honoraires ne semble pas avoir survécu à la réforme de 2016.

222. Caractère contestable de l'argument d'une codification à droit constant malgré le silence de la réforme. – Le premier argument invoqué par la doctrine¹³²⁴ au soutien du maintien de la révision judiciaire est l'origine prétorienne de la règle, celle-ci ayant toujours été appliquée sans pour autant faire l'objet d'une consécration légale¹³²⁵. La règle spéciale, réservée à une fraction des contrats de prestation de services, pourrait déroger au droit commun en application de l'adage *specialia generalibus derogant* (article 1105 du Code civil).

L'argument est toutefois contestable : au-delà des éléments invoqués précédemment au soutien du maintien de la fixation judiciaire¹³²⁶, la règle énoncée à l'article 1105 du Code civil suppose que le spécial déroge au général. Or, compte tenu de la définition restrictive retenue du contrat de prestation de services¹³²⁷, « le contrat de prestation de services visé à l'article 1165 du code civil revêt un champ d'application identique aux contrats pour lesquels la jurisprudence

droit des contrats : que vont les règles jurisprudentielles non codifiées, devenir ? », in *Mélanges Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 529.

¹³²⁴ C. GIJSBERG, « La révision du prix », *op. cit.* – P. PUIG, « Le prix dans les contrats de prestation de services », *op. cit.* – B. MENARD, « La fixation du prix dans les contrats de prestation de services à la lumière de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », *op. cit.*

¹³²⁵ Si l'usage est de d'établir l'origine de la révision judiciaire des honoraires excessifs à 1867, il semblerait que le pouvoir modérateur du juge remonte en réalité à l'Ancien Régime (v. C. GIJSBERG, « La révision du prix », *op. cit.* – J. GHESTIN et F. LABARTHE, « Observations générales », *op. cit.* et E. VAN DIE VOET et G. VAN DIE VOET, « Le pouvoir du juge de réduire le salaire contractuellement fixé à l'agent d'affaires, histoire d'une jurisprudence », *op. cit.* M. Charles Gijsberg soutient ainsi que l'on « peut douter que le silence de la loi puisse valoir abrogation d'une règle prétorienne qui avait, jusqu'alors, prospéré à l'ombre de toute permission législative et alors que le rapport au président de la République indique clairement le souhait de reconduire les solutions antérieures en la matière ».

¹³²⁶ Cf. supra nos 159 et s. et v. D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : que vont les règles jurisprudentielles non codifiées, devenir ? », *op. cit.*

¹³²⁷ Cf. supra n° 154.

autorise la fixation judiciaire du prix, et auquel cas la maxime ne [peut] avoir vocation à s'appliquer »¹³²⁸.

Il peut par ailleurs paraître surprenant que le législateur, affirmant une volonté certaine d'opérer « une codification à droit constant de la jurisprudence, reprenant des solutions bien ancrées dans le paysage juridique français bien que non écrites »¹³²⁹ et alerté par la doctrine¹³³⁰, n'ait pas saisi l'occasion de consécration *expressis verbis* offerte par la réforme de 2016, comme pour tant d'autres mécanismes d'origine prétorienne¹³³¹, ni celle de la loi de ratification de 2018¹³³². M. Thierry Revet se montre très clair et tranche le débat : « la réforme opérée par l'ordonnance du 10 février 2016 est une réforme générale du droit des contrats. Il s'agit donc bien d'une entreprise de codification au sens strict du terme, c'est-à-dire d'un travail de systématisation des règles. Cela signifie que le législateur est nécessairement censé avoir considéré l'ensemble de la matière. Dans ces conditions, lorsqu'il s'est saisi d'une question, ce qu'il a fait précisément, et notamment, en matière de prix, il faut présumer que ce qu'il a dit explicitement exprime la position qu'il voulait adopter relativement à cette question, en tous ses aspects. En conséquence, le silence du législateur ne peut *a priori* que signifier que ce qu'il n'a pas repris du droit antérieur a été abandonné par lui (étant entendu) que cette position vaut pour les seules questions à propos desquelles le législateur s'est prononcé expressément. Il reste qu'en matière de prix du contrat d'entreprise, le fait que le législateur lui ait consacré une disposition dédiée sans évoquer du tout la faculté de révision judiciaire du prix, alors que cette faculté constituait une solution ancienne et constante, impose, dans le contexte de codification que j'ai indiqué plus haut, de considérer que l'intention du législateur, par ce silence, a été d'abandonner

¹³²⁸ B. MENARD, « La fixation du prix dans les contrats de prestation de services à la lumière de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », *op. cit.*

¹³²⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25.

¹³³⁰ J. GHESTIN et F. LABARTHE, « Observations générales », *op. cit.*

¹³³¹ Ont, entre autres, été consacrés la nullité du contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers (article 1124 alinéa 3 du Code civil), (article 1209 du Code civil), la nullité du contrat pour illicéité du but poursuivi (article 1162 du Code civil), la nullité des clauses privant l'obligation essentielle du contrat de toute portée (article 1168 du Code civil), la possibilité pour le stipulant d'exiger du promettant l'exécution de son engagement envers le bénéficiaire (article 1209 du Code civil), la responsabilité du maître en vertu des engagements du gérant lorsqu'il ratifie la gestion en connaissance de cause (article 1301-3 du Code civil), le caractère définitif du choix exercé par le débiteur entre des prestations alternatives (article 1307-1 du Code civil), la définition prétorienne de la force majeure (article 1218 du Code civil)...

¹³³² Cette volonté est toutefois contredite par certains travaux parlementaires, notamment le rapport de M. Pillet, sénateur, selon lequel : « il n'y a plus lieu de remettre en cause les choix réalisés dans la rédaction de l'ordonnance, dès lors qu'ils ne posent pas de difficulté majeure ou ne constituent pas des malfaçons » (F. PILLET, *rapp. Sénat*, n° 22, p. 57). M. Benjamin Ménard le souligne : il y a de quoi se perdre ! (v. B. MENARD, « La fixation du prix dans les contrats de prestation de services à la lumière de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », *op. cit.*).

cette jurisprudence. Pour dire les choses autrement, dans un tel contexte, je ne trouve aucun indice qui soutienne le maintien de cette jurisprudence après l'entrée en vigueur de la réforme »¹³³³. Dans la mesure où il ne saurait être reproché à la réforme d'avoir explicitement rejeté ce mécanisme, il conviendrait donc de considérer que celui-ci n'a pas été repris¹³³⁴.

223. Caractère contestable de l'argument de la commutativité subjective. – Au soutien du maintien de la révision judiciaire malgré le silence de l'article 1165 du Code civil, il est fréquemment affirmé que les raisons qui justifiaient l'immixtion du juge avant 2016 demeureraient aujourd'hui¹³³⁵. Parmi les nombreuses justifications invoquées au soutien de la révision judiciaire, la plus importante, sans pour autant être la plus convaincante, est celle de la spécificité du service rendu.

Si les fondements de cette prérogative ont beaucoup été discutés¹³³⁶, il semblerait que la définition apportée par le doyen Cornu fasse aujourd'hui l'unanimité : la protection des clients face à l'abus d'influence de certains professionnels malintentionnés. La finalité du mécanisme serait ainsi de « protéger les usages contre certains professionnels dont il est difficile d'apprécier la réalité et la valeur des prestations avant qu'elles n'aient été exécutées »¹³³⁷, ce qui suppose une relation de confiance entre les parties¹³³⁸. Cette protection particulière accordée au débiteur repose sur le principe de la commutativité subjective (article 1108 du Code civil) : les parties ne peuvent être tenues qu'à ce à quoi elles se sont engagées. Or, dans l'hypothèse d'un contrat de prestation de services, il est fréquent qu'elles ignorent précisément ce à quoi elles s'engagent, si bien que le prix n'est pas fixé en adéquation avec le travail réellement fourni. Même en cas de fixation d'un taux horaire, un fort risque d'arbitraire pèse sur le client, car il est possible que le client se voit facturer davantage que ce que la prestation a réellement nécessité¹³³⁹.

¹³³³ Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *op. cit.*

¹³³⁴ Ph. STOFFEL-MUNCK, « Vers une modification de la jurisprudence sur la réduction des honoraires excessifs ? », *RDC* 2018, n° 1, p. 23.

¹³³⁵ Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *op. cit.*

¹³³⁶ Ce débat relève davantage du constat que du reproche, dans la mesure où ce pouvoir du juge ne saurait recevoir de véritables critiques (F. LABARTHE et C. NOBLOT, *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008, n° 431, p. 237). D'autres fondements ont ainsi été avancés à travers le temps : acception objective de la cause, lésion, équité.

¹³³⁷ H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II, 11^e éd., Dalloz, coll. Grands arrêts, 2000, n° 266, p. 557.

¹³³⁸ P. PUIG, « Le prix dans les contrats de prestation de services », *op. cit.*

¹³³⁹ L'abus réside alors dans ce que M. Raymond Martin qualifie d'abus d'élasticité : le risque d'arbitraire s'exprime au sein de la variable. (R. MARTIN, « La réduction des honoraires de l'avocat par le pouvoir judiciaire. Recherche archéologique », *op. cit.*).

La spécificité du service rendu n'est donc pas un fondement exclusif à la révision judiciaire des honoraires, et serait tout à fait susceptible de se retrouver au sein de l'abus. Il est en effet possible de considérer que commet un abus le professionnel qui fixe un prix bien supérieur au travail qui aura réellement été effectué. Par conséquent, le mécanisme de l'abus permet de lutter contre les dangers de l'arbitraire dans la fixation unilatérale du prix, tout comme le faisait auparavant la révision judiciaire des honoraires. Il ne semble pas y avoir de besoin pratique que la révision judiciaire des honoraires survive.

224. Caractère contestable de l'argument du recours au fondement de l'article 1223 du Code civil. – Il pourrait également être envisageable d'admettre la survie de la révision judiciaire par une substitution de fondement, en ayant recours à l'article 1223 du Code civil. Ce dernier autorise, en effet, la réduction unilatérale du prix en cas d'exécution imparfaite du contrat. En cas de contestation de la réduction opérée, le juge judiciaire sera chargé de vérifier l'équilibre des prestations et, le cas échéant, de réviser lui-même le contrat. M. Philippe Stoffel-Munck relève toutefois une profonde différence de nature entre ces deux mécanismes : l'article 1223 « présume une exécution imparfaite alors que la jurisprudence relative aux honoraires excessifs peut s'appliquer quand bien même la prestation accomplie serait en tous points parfaite ; elle s'ordonne uniquement à la disproportion entre la rémunération et le service convenus, sous réserve toutefois que le client n'ait pas accepté voire versé celle-ci connaissance prise de la consistance de celui-là »¹³⁴⁰.

Compte tenu de ces arguments, il semblerait que la révision judiciaire des honoraires excessifs soit appelée à disparaître, à l'exception du cas des contrats dont le prix serait forfaitairement fixé.

b. Survie de la révision judiciaire dans les contrats de prestation de service pourvus d'un prix forfaitairement fixé

La survie de la révision judiciaire doit toutefois être encouragée, dans le cas des honoraires forfaitairement fixés et ce d'autant que la réforme du droit des contrats spéciaux se prononce en ce sens.

¹³⁴⁰ Ph. STOFFEL-MUNCK, « Vers une modification de la jurisprudence sur la réduction des honoraires excessifs ? », *op. cit.*

225. Argument en demi-teinte du champ d'application de l'article 1165 du Code civil. –

L'argument le plus convaincant, retrouvé chez MM. Denis Mazeaud¹³⁴¹, Charles Gijsberg¹³⁴² et Pascal Puig¹³⁴³, séduit par sa simplicité. La lettre de cette disposition prévoit en effet un mécanisme de sanction en cas d'abus dans la fixation unilatérale du prix, cette dernière n'ayant vocation à s'appliquer qu'à « défaut d'accord des parties avant leur exécution ». Les auteurs rappellent alors que la révision des honoraires suppose que ceux-ci aient été fixés préalablement à l'exécution du contrat. Par conséquent, la sanction de l'abus dans la fixation unilatérale du prix ne saurait être applicable en cas d'accord des parties, c'est-à-dire lorsque des honoraires sont fixés forfaitairement. La révision judiciaire des honoraires survivrait alors dans cette hypothèse.

Cette lecture clarifierait ainsi les débats quant au recours au verbe « pouvoir » au sein de l'article 1165 du Code civil¹³⁴⁴. Serait ainsi instauré un système alternatif. Le prix pourrait ainsi, comme le suggère cette disposition, être fixé par le créancier après l'exécution du contrat. Dans ce cas, le prix ne pourrait faire l'objet que d'un contrôle judiciaire par le prisme de l'abus. Le prix pourrait également être fixé conventionnellement par les parties lors de la formation du contrat : dans cette hypothèse, l'article 1165 serait inapplicable et la révision judiciaire demeurerait.

L'argument proposé par MM. Denis Mazeaud, Charles Gijsberg et Pascal Puig doit par conséquent être partiellement écarté¹³⁴⁵. La révision judiciaire des honoraires ne se maintient que dans une perspective particulièrement réduite, puisque seuls les contrats de prestation de service dans lesquels le prix aura été forfaitairement fixé donneront lieu à révision. La jurisprudence ancienne est finalement inversée : si, antérieurement, tous les contrats donnant lieu à honoraires étaient susceptibles de faire l'objet d'une révision, notamment en cas d'honoraires forfaitaires, seuls ces derniers peuvent l'être aujourd'hui.

226. Éclatement des mécanismes de sanction par l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux. –

L'article 72 de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux maintient le principe de la révision judiciaire en énonçant très clairement que « lorsque le prix

¹³⁴¹ D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : que vont les règles jurisprudentielles non codifiées, devenir ? », *op. cit.* M. Denis Mazeaud semble toutefois plus circonspect que MM. Charles Gijsberg et Pascal Puig quant à la pertinence de cet argument, qu'il juge comme étant « le moins fragile » de tous ceux évoqués précédemment.

¹³⁴² C. GIJSBERG, « La révision du prix », *op. cit.*

¹³⁴³ P. PUIG, « Le prix dans les contrats de prestation de services », *op. cit.*

¹³⁴⁴ Cf. *supra* n° 157.

¹³⁴⁵ M. Denis Mazeaud a, pour sa part, toujours jugé cet argument comme étant « le moins » fragile (D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : que vont les règles jurisprudentielles non codifiées, devenir ? », *op. cit.*).

est fixé d'un commun accord, chaque partie peut en demander la révision au juge s'il est manifestement dérisoire ou excessif, à moins qu'il n'ait été convenu qu'il était fixé forfaitairement ». Les idées précédentes ont donc été reprises et les doutes dissipés quant à la disparition du pouvoir de révision judiciaire. L'introduction de cette disposition ne règle toutefois pas toutes les difficultés et complique au contraire davantage la situation.

L'article 72 de l'avant-projet ignore tout d'abord l'une des critiques apportées à l'article 1165 du Code civil : pas plus que l'article 1165, l'article 72 ne distingue entre les prestations matérielles et les prestations intellectuelles. Par ailleurs, l'admission de l'article 72 de l'avant-projet contribuerait à aggraver l'éclatement dont est victime le droit des contrats. Les problèmes d'articulation sont évidents : « pour quelle raison le droit commun du contenu du contrat sanctionnerait-il sous forme de dommages et intérêts le seul abus dans la fixation unilatérale du prix de la prestation de service, alors que les règles qui lui seraient propres autoriseraient le juge à en réviser le prix pourtant convenu entre les parties ? »¹³⁴⁶. Le régime du prix dans le contrat de prestation de services serait ainsi scindé entre, d'une part, le droit commun des contrats et, d'autre part, le droit des contrats spéciaux. Le prix fixé conventionnellement lors de la conclusion du contrat serait envisagé par le droit spécial des contrats et pourrait faire l'objet d'une révision judiciaire, tandis que l'article 1165 continuerait de régir le cas dans lequel le créancier fixe unilatéralement le prix *a posteriori*, à défaut d'accord des parties... Une telle organisation paraît contraire à l'objectif d'intelligibilité de la réforme de 2016.

¹³⁴⁶ B. MENARD, « La fixation du prix dans les contrats de prestation de services à la lumière de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », *op. cit.*

CONCLUSION DE LA SECTION II

L'efficacité des mécanismes légaux mis en œuvre pour prévenir les cas d'abus dans la fixation unilatérale du prix se révèle limitée : les deux contrepois mis en place par le législateur afin de lutter contre le potentiel arbitraire du maître du prix sont insuffisants.

227. La première phase du mécanisme de contrôle mise en place par le législateur repose sur la consécration d'une obligation de motivation. Contraindre le créancier, maître du prix, à justifier la fixation unilatérale opérée paraît, de prime abord, constituer un important prérequis : l'obligation de motivation est un contrepois à l'arbitraire. L'efficacité de cette obligation est toutefois à déplorer, en ce qu'elle n'est pas encadrée et ne fait l'objet d'aucune sanction.

Lors de la seconde phase du mécanisme de contrôle, la victime d'un abus dans la fixation unilatérale du prix pourra solliciter une sanction judiciaire à l'encontre du maître du prix. Le mécanisme manque toutefois d'efficacité, en ce que l'abus ne fait l'objet d'aucune définition. Si celui-ci peut être délimité, voire identifié, au sein des contrats-cadre, il est, en revanche, difficilement transposable aux contrats de prestation de service. L'abus suppose, en effet, une dépendance du débiteur à l'égard du créancier du prix, ainsi qu'un acte de détournement de la part de celui-ci : sa mauvaise foi doit mettre en péril les activités du débiteur. Or, à la différence de la condition liée à la dépendance, cette dernière condition relative à la mauvaise foi du créancier se révèle délicate à prouver au sein des contrats de prestation de services, venant, dès lors, limiter l'efficacité du mécanisme de contrôle dans ce type de contrat.

228. Une fois l'abus identifié, il appartiendra au juge d'appliquer la sanction prévue par le législateur : allocation de dommages-intérêts ou, le cas échéant, résolution du contrat. Hormis les difficultés liées aux restitutions, la résolution du contrat constitue une sanction plus adaptée à la problématique de la fixation unilatérale du prix. Paradoxalement, la résolution n'aura été consacrée qu'à titre subsidiaire de l'allocation de dommages-intérêts.

Ces derniers se révèlent une sanction inadaptée, tant dans les contrats-cadre, dans lesquels ils ne permettent pas de surmonter la disparition de la confiance entre deux parties liées pour une longue durée, ni ne garantissent l'absence de récurrence, tout comme dans les contrats de prestation de service, dans lesquels le préjudice subi par le débiteur se révèle difficile à identifier. L'abandon par la réforme de la révision judiciaire des honoraires excessivement fixés est regrettable, même s'il devrait subsister au sein des contrats de prestation de services dont le prix aurait été forfaitairement fixé.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Les deux écueils de l'estimation de la valeur par les parties que constituent la lésion et l'abus dans la fixation unilatérale du prix, sont inégalement abordés par le droit civil. Les mécanismes de prévention de la lésion se révèlent pleinement efficaces, tandis que ceux relatifs à l'abus s'avèrent insuffisants.

229. Les mécanismes mis en place dans le cadre de l'estimation bilatérale de la valeur économique afin de prévenir le risque d'apparition d'épisodes lésionnaires se révèlent très efficaces. Il s'agira, dans un premier temps, de parvenir à une parfaite information des parties, tant par l'encadrement de la circulation de l'information, que par la détermination de la teneur de celle-ci. Ce faisant, le législateur permet aux parties de réaliser une appréciation éclairée de la valeur économique, venant éviter le risque de lésion.

Dans un second temps, il s'agira d'encourager les parties à anticiper la survenue d'un déséquilibre économique dans la formation du contrat, par le biais de différentes stipulations contractuelles. Cette anticipation pourra être radicale et conduire à la résolution du contrat ou, au contraire, au maintien de celui-ci avec renonciation des parties à se prévaloir d'un éventuel déséquilibre économique. L'anticipation est également susceptible d'être plus nuancée en admettant une modification du contrat, postérieurement au début de l'exécution.

230. Les mécanismes mis en place dans le cadre de l'estimation unilatérale de la valeur économique afin de prévenir le risque d'abus dans la fixation du prix se révèlent moins efficaces que les précédents. Ces mécanismes, installés dans l'optique d'un contrôle judiciaire, sont tout

d'abord délicats à mettre en œuvre. Le préalable, l'obligation de motivation reposant sur le créancier maître du prix, ne fait l'objet d'aucune sanction et révèle donc une efficacité pratique limitée. Le contrepois qu'elle est censée incarner se révèle donc insuffisant. De même, la mise en œuvre du contrôle judiciaire reposant sur le critère de l'abus est également délicate à mettre en œuvre, compte tenu de l'absence de définition de l'abus et de sa difficile transposition aux contrats de prestation de service.

Enfin, le contrôle en lui-même se révèle d'une efficacité limitée, manquant à son objectif de contrepois : l'action en abus dans la fixation unilatérale du prix a peu de risque de prospérer ou de sanctionner réellement le créancier. Si la résolution constitue une sanction adaptée, elle n'est toutefois que subsidiaire au regard des dommages-intérêts, sanction principale et inadaptée. Si la révision judiciaire des honoraires semble bel et bien avoir disparu, il demeure toutefois envisageable que celle-ci perdure, opportunément, au sein des contrats de prestation de service dont le prix aurait été forfaitairement fixé.

Conclusion du titre II

Le prix, juridique, constitue donc l'expression de la valeur telle qu'elle a été convenue par les parties. La mise en œuvre du mécanisme estimatoire par les parties est finement encadrée par le droit.

231. L'encadrement du mécanisme estimatoire par le droit intervient tout d'abord par l'identification de l'auteur de l'estimation de valeur. Le droit n'apporte aucune réponse impérative à la question de savoir si l'estimation de la valeur, c'est-à-dire la détermination du prix, doit être unilatérale ou bilatérale. La réforme n'a en effet consacré aucun principe général de détermination, ou d'indétermination du prix. Le choix d'une règle supplétive s'avère plus pertinent : il appartient aux différents contrats spéciaux de fixer leurs propres règles de détermination du prix et, à défaut, d'envisager la validité du contrat dont le prix serait unilatéralement fixé *a posteriori* de l'exécution contractuelle, et donc indéterminé.

Placées à tort dans la partie de droit commun du Code alors qu'elles relèvent du droit des contrats spéciaux, les articles 1164 et 1165 du Code civil confirment la fixation unilatérale du prix au sein des contrats cadre et l'affirment pour les contrats de prestation de service. Dans le premier cas, l'unilatéralisme de la règle prétorienne de 1995 aura été remplacé par un unilatéralisme impératif, malgré quelques insuffisances textuelles. Dans le second cas, la consécration d'une fixation unilatérale du prix contraignante s'avère novatrice au sein des contrats de prestation de service, réduits aux contrats d'entreprise et de mandat, et ce d'autant que celle-ci conduit à l'éviction du juge, autrefois chargé de fixer le prix dans ces conventions.

232. L'encadrement de la mise en œuvre du mécanisme estimatoire intervient également à travers deux séries de règles, encadrant la mise en œuvre du mécanisme estimatoire. Le droit adopte une attitude préventive et met en œuvre un véritable arsenal législatif à cette fin afin d'assurer l'équilibre entre le prix et la valeur. Lorsque la valeur est estimée par les parties et la fixation du prix conjointe, le législateur lutte contre le risque de lésion en assurant une parfaite

information des parties, mais également en leur offrant la possibilité d'anticiper la survenue d'un déséquilibre économique lors de la formation du contrat. L'ensemble de ces règles s'avère efficace, par opposition aux règles relatives à l'abus dans la fixation unilatérale du prix.

En effet, la sanction de l'abus dans la fixation unilatérale du prix, ayant pour objectif d'encadrer l'estimation de la valeur économique par une partie seule, se révèle d'une efficacité limitée. Les motivations de cet échec sont doubles : d'une part compte tenu de la difficile mise en œuvre du contrôle judiciaire et, d'autre part, compte tenu du choix de sanction opéré par le législateur. Si la sanction subsidiaire prévue par le législateur, la résolution judiciaire, s'avère pertinente, l'opportunité des dommages-intérêts s'avère discutable, particulièrement dans les contrats d'entreprise et de mandat dans lesquels la révision judiciaire constituait une sanction parfaitement adaptée.

Si la mise en œuvre du mécanisme estimatoire conduit à une appréciation conventionnelle et subjective de la valeur, le droit ne se désintéresse toutefois pas de l'équilibre économique du contrat puisqu'il encadre, au contraire, rigoureusement l'estimation réalisée par les parties.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

De la définition du prix donnée par Portalis¹³⁴⁷ peuvent être tirés différents enseignements, établissant l'inscription du droit dans une dynamique de recherche de l'équilibre économique du contrat.

233. La recherche, par le droit, d'un équilibre entre le prix et la valeur intervient tout d'abord par l'expression intellectuelle de la valeur par le prix. Le droit reçoit directement la notion de valeur à travers celle de prix, bien que cette traduction demeure parfois imparfaite. Plus précisément, le droit appréhende directement les notions économiques de valeur d'usage et de valeur d'échange.

Le prix en tant que concept juridique exprime également la valeur d'un point de vue matériel, en ce que le prix permet le passage d'un jugement de valeur à une somme d'argent. La nature monétaire du prix est contestée et doit faire l'objet d'une nouvelle définition, à travers un prix qui peut porter sur une obligation monétaire ou sur une obligation de transférer la propriété ou de mise à disposition.

¹³⁴⁷ J.-É.-M. PORTALIS, *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil*, *op. cit.*, p. 598 : « on appelle prix la portion ou la somme d'argent qui, comparée à cette valeur, est réputée lui être équivalente »

234. La recherche d'un équilibre entre le prix et la valeur intervient également lors de la mise en œuvre du mécanisme estimatoire, venant encadrer l'apparente liberté absolue des parties de fixer le prix. Le prix constitue, en effet, l'expression convenue de la valeur par celles-ci : les règles déterminant les conditions de l'accord des parties quant au prix fluctuent selon la nature du contrat en cause. De manière supplétive, la fixation unilatérale *a posteriori* de la formation du contrat doit être envisagée.

Si le droit considère que l'équilibre entre le prix et la valeur est atteint du seul fait que le prix a été convenu par les parties, cette considération s'avère, en pratique, proche de la réalité. Un véritable arsenal législatif est, en effet, mis en place afin de prévenir l'apparition d'un déséquilibre économique. Lors de la formation du contrat, ces règles visant à l'information des parties ou à l'anticipation des difficultés s'avèrent particulièrement efficaces. En revanche, lorsque le prix est unilatéralement fixé, le contrôle de l'abus se révèle délicat à mettre en œuvre et les sanctions peu opportunes, venant restreindre l'efficacité du mécanisme et, de là, la prévention du déséquilibre économique.

Au-delà de cette dynamique de recherche d'un équilibre entre le prix et la valeur, le droit s'inscrit également dans une démarche de traitement du déséquilibre entre le prix et la valeur.

SECONDE PARTIE
TRAITEMENT DU DESEQUILIBRE ECONOMIQUE

M. Rémy Cabrillac rappelle que selon le principe de l'autonomie de la volonté, le droit n'aurait pas à se préoccuper de l'équilibre des prestations »¹³⁴⁸. L'étude de l'appréhension juridique du déséquilibre économique dans l'exécution du contrat a, en effet, pour prérequis de se désintéresser de l'objectivité de l'équilibre préexistant. Le contrat est présumé équilibré car il résulte de la volonté des parties. Chaque contrat comporte une part d'aléa, à travers un risque de gain ou de perte¹³⁴⁹, les conventions étant, par essence, le plus souvent spéculatives¹³⁵⁰. La survenue d'un déséquilibre économique majeur est, toutefois, susceptible de perturber les prévisions économiques réalisées par les parties lors de la formation du contrat. Le prix ne correspond plus à la valeur convenue par les parties.

La correction du déséquilibre économique s'articule entre d'une part, le respect de la force obligatoire du contrat et l'intangibilité de celui-ci, et, d'autre part, la nécessité de délier les parties en situation d'iniquité. La force obligatoire du contrat s'oppose à une modification du contenu contractuel non souhaitée par les parties, mais l'équité commande, parfois, leur libération lorsque le déséquilibre économique s'avère insoutenable.

¹³⁴⁸ R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 11^e éd., Dalloz, coll. Cours, 2014, n° 81, p. 73.

¹³⁴⁹ MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier emploient à ce propos l'expression « d'aléa normal du contrat » (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 402).

¹³⁵⁰ Le propos doit toutefois être nuancé, en ce que les contrats dits de « collaboration » comportent très peu de spéculation sur les risques, compte tenu de la relation symbiotique qu'ils imposent. De ce fait, « l'aléa normal du contrat est limité et les juges admettront donc plus facilement l'imprévision » (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 402).

L'étude du traitement du déséquilibre économique met en lumière, dans un premier temps, la nécessité de s'interroger quant à la finalité de l'application du mécanisme correctif et, par conséquent, quant au choix du mécanisme correctif applicable. En effet, s'il est possible de délier les parties en anéantissant, rétroactivement ou non, le contrat qui les lie, des considérations pratiques justifient également un maintien du lien contractuel, tout en procédant à une modification substantielle de celui-ci. Le choix de la sanction diffère ainsi entre les contrats dans lesquels le déséquilibre procède d'un dysfonctionnement du mécanisme économique et ceux dans lesquels il découle d'un manque de prévision des parties (titre I).

Le traitement du déséquilibre économique nécessite, dans un second temps, d'étudier l'atteinte portée à l'intangibilité du contrat, en déterminant le titulaire de cette fonction, ainsi que l'étendue de ses prérogatives. Dans cette perspective, les différents cas de déséquilibre économique présentent de grandes similarités (titre II).

Titre I

Mécanisme correctif applicable

Désormais consacrée au sein de l'article 1168 du Code civil¹³⁵¹, la prohibition de la lésion est souvent invoquée afin de justifier l'indifférence du droit au regard du déséquilibre économique et, *a fortiori*, de la valeur. Revenir sur la parole donnée pour des raisons purement économiques porterait atteinte tant à la force obligatoire du contrat, qu'à l'autonomie de la volonté des parties. Hors exceptions, le déséquilibre économique initial est indifférent, ne produit aucun effet de droit et ne saurait dès lors faire l'objet d'une quelconque sanction¹³⁵².

Si le droit admet la correction du déséquilibre économique dans une liste exhaustive de dérogations, l'une d'entre elle, l'inexécution, conduit à reconsidérer le principe ou, du moins, à distinguer la correction du déséquilibre survenu au cours de la formation du contrat, de celui-ci survenu au cours de l'exécution de celui-ci. Compte tenu de l'importance des mécanismes préventifs développés, il existe peu de cas dans lesquels le droit admet la correction du déséquilibre économique né lors de la formation du contrat. Le mécanisme estimatoire, si efficient qu'il paraisse, connaît toutefois quelques failles. Ces dysfonctionnements conduisent à une discordance entre le prix et la valeur, c'est-à-dire à un déséquilibre économique, lequel

¹³⁵¹ « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ». Il convient toutefois de relever que, à l'inverse de l'ancien article 1118 du Code civil, le terme de « lésion » n'a pas été repris par le législateur lors de l'élaboration de la réforme. Cette disparition est toutefois dépourvue de conséquences techniques, « compte tenu de la définition qui en est donnée ». Des difficultés d'articulation doivent toutefois être relevées, certaines dispositions faisant encore directement référence à la lésion, comme notamment l'article 1149 (G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2018, n° 428, p. 372). L'article 1168 du Code civil est conçu comme une exception aux articles 1170 et 1171, lesquels visent les défauts d'équivalence des obligations contractuelles. Seule l'inéquivalence économique est visée à l'article 1168.

¹³⁵² Le principe est donc davantage celui de l'indifférence de la lésion, que celui de son ignorance. La différence est subtile, mais bien réelle. Ignorer revient à nier l'existence, alors que le droit reconnaît bien l'existence de la lésion. Il choisit toutefois de ne lui accorder aucun effet.

est, exceptionnellement, sanctionné par le droit¹³⁵³. À l'inverse, la correction du déséquilibre économique dans l'exécution du contrat est accrue depuis l'ordonnance du 10 février 2016, compte tenu de l'introduction, d'une part, de la révision pour imprévision et, d'autre part, d'un principe général de révision du contrat pour inexécution.

Au-delà du nombre de cas donnant lieu au traitement du déséquilibre économique, la formation et l'exécution du contrat se distinguent par la nature des correctifs applicables. Ainsi, lorsque le déséquilibre survient dès la formation du contrat, le droit n'offre qu'une sanction unique : l'annulation de celui-ci, la révision ne pouvant être envisagée qu'au sein d'hypothèses très restreintes (chapitre I). À l'inverse, la correction du déséquilibre économique dans l'exécution du contrat se révèle plurielle, oscillant entre l'anéantissement du contrat et sa révision, au regard de la perte d'utilité du contrat (chapitre II).

¹³⁵³ Il ne s'agira pas, au sein de ces développements, de discuter de l'opportunité de la correction du déséquilibre économique dans la formation du contrat : l'admission généralisée de la lésion soulèverait nécessairement d'importantes problématiques de sécurité juridique, lesquelles nuiraient à l'efficacité du commerce.

CHAPITRE I

UNICITE DE LA CORRECTION DU DESEQUILIBRE LORS DE FORMATION DU CONTRAT

Le mécanisme estimatoire, en apparence efficient, connaît toutefois quelques failles. Son dysfonctionnement conduit à une discordance entre le prix et la valeur, c'est-à-dire à un déséquilibre économique, lequel est, occasionnellement, sanctionné de nullité par le droit. Afin d'éviter les comportements opportunistes¹³⁵⁴ et l'altération de la force obligatoire du contrat¹³⁵⁵, les hypothèses de recours à la nullité en cas de déséquilibre économique doivent être strictement encadrées.

Il s'agira des cas dans lesquels, malgré les efforts déployés par le droit pour une information parfaite des parties¹³⁵⁶, l'estimation de la valeur économique n'est pas correctement réalisée. Une application correcte du mécanisme estimatoire a pour effet de s'opposer à toute correction du déséquilibre économique, en vertu de la force obligatoire du contrat. Telle est la prohibition de principe énoncée à l'article 1168 du Code civil et le droit des contrats se révèle averse de toute forme de contrôle judiciaire de l'équilibre contractuel. En revanche, lorsque ce mécanisme n'a fait l'objet d'une application rigoureuse, le déséquilibre économique sera envisagé par le droit et corrigé (section I).

¹³⁵⁴ Y.-M. LAITHIER, obs. ss Cass. civ. 3^e, 9 oct. 2008 ; *RDC* 2009, p. 53.

¹³⁵⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10^e éd., LGDJ, 2018, n° 666, p. 369.

¹³⁵⁶ Cf. *supra* partie 1, titre 2, chapitre II, section I.

La nullité se présente alors comme la sanction naturelle du déséquilibre économique dans la formation du contrat¹³⁵⁷. La primauté de l'annulation doit ainsi être maintenue, malgré la possibilité de recourir subsidiairement à la révision du contrat (section II).

¹³⁵⁷ Y. PICOD, « nullité », *Rep. dr. civ.* 2019, n° 1 : « la nullité se présente comme l'anéantissement rétroactif de l'acte juridique irrégulier : elle est la sanction judiciaire des conditions de formation de l'acte juridique ».

SECTION I

CAS DE DESEQUILIBRE ECONOMIQUE CORRIGE PAR LE DROIT

Si, comme le proclame l'article 1168 du Code civil, le droit des contrats est avare du contrôle judiciaire de l'équilibre des prestations, la matière opère, en revanche, un large contrôle des conditions de validité du contrat. En assimilant le déséquilibre économique à un défaut de condition de validité du contrat, absence de contenu (§1) ou de consentement (§2), le droit parvient indirectement à sanctionner le déséquilibre économique dans la formation du contrat.

§1 – Assimilation du déséquilibre économique à une absence de contenu du contrat

L'article 1128 du Code civil érige le contenu du contrat au rang des conditions de validité de celui-ci. L'absence de contrepartie est la situation dans laquelle l'une des parties exécute son obligation, sans rien obtenir en retour. C'est autour de l'idée d'absence de retour que la majorité du contentieux sur la sanction du déséquilibre économique dans la formation du contrat s'est concentrée. En effet, l'absence de retour peut être objective : le débiteur n'obtient objectivement rien (I.). Mais la notion de « rien » est finalement subjective et, parfois, au regard de l'importance du prix payé, le bien cédé ou la prestation fournie s'avérera décevant et assimilable au néant. L'absence de contrepartie devient alors subjective. Cette perspective a reçu un accueil nuancé en jurisprudence, avant d'être sanctionnée à l'article 1169 du Code civil (II.).

I. ABSENCE DE CONTREPARTIE OBJECTIVE

L'absence totale de contrepartie encourt, en théorie, la nullité, car le prix constitue une condition de validité du contrat à titre onéreux (A.). En revanche, l'absence de contrepartie non monétaire ou l'absence de prix peut permettre la requalification du contrat en donation en nature ou de somme d'argent dans le seul cas du contrat de vente (B.).

A. Refus de l'admission d'un contrat à titre onéreux dépourvu de prix

La question de l'absence de contrepartie objective peut sembler aisée à résoudre : un contrat à titre onéreux dépourvu de prix encourt la nullité, à moins qu'il ne trouve sa contrepartie dans un ensemble plus complexe. Le prix, en tant que contrepartie objective, constituerait ainsi une condition de validité du contrat à titre onéreux. Les règles de droit civil s'opposent à l'admission d'un contrat à titre onéreux dépourvu de prix, conduisant à une assimilation du titre onéreux et du titre gratuit.

235. Théorie de l'indifférence du prix dans le contrat d'entreprise développée par M. Pascal Puig¹³⁵⁸. – Il est tout d'abord possible d'envisager l'admission du contrat dépourvu de prix, cette hypothèse ne doit pas être retenue. Une telle admission aurait pour conséquence qu'un contrat à titre onéreux soit valable, indifféremment de l'existence d'un prix, ce qui irait totalement à l'encontre de la distinction entre le titre onéreux et le titre gratuit. Cette thèse est pourtant défendue par M. Pascal Puig. Dans l'hypothèse spéciale du contrat d'entreprise, cet auteur admet la validité d'un contrat d'entreprise à titre gratuit, soutenant ainsi l'indifférence de l'existence du prix. Une telle possibilité est également retenue à l'article 71 de l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux, lequel énonce que « le contrat de prestation de service peut être conclu à titre onéreux ou à titre gratuit ».

M. Pascal Puig avance pour cela deux séries d'arguments. La lettre de l'article 1710 du Code civil ne ferait, tout d'abord, pas obstacle à une telle admission, dans la mesure où les articles 1917 et 1986 ont déjà été dévoyés en matière d'onérosité du mandat et du dépôt. Cet auteur soulève, par ailleurs, le caractère inopportun d'un refus de qualification au seul motif de la gratuité, car « il est permis de douter de la pertinence d'une discrimination fondée sur la seule présence d'une rémunération. (...) Le rejet de la qualification impliquerait un véritable changement de nature du fait de la gratuité (ce qui est le cas entre le louage et le prêt, ou entre la vente et la donation). Or, entre les services gratuits et les services onéreux, la différence n'est, au mieux, que de degrés »¹³⁵⁹. Ainsi, la promesse d'un service justifierait l'octroi d'un cadre juridique unique, indifféremment de l'existence d'une contrepartie.

Cette proposition appelle deux séries de critiques. Tout d'abord, l'argument selon lequel les articles 1986 et 1917 ont été interprétés largement ne justifie pas une lecture *contra legem* de l'article 1710. Ce dernier exige bel et bien un prix, alors que les deux dispositions précédentes laissaient la porte ouverte à la gratuité. La différence entre le service gratuit et l'onéreux ne relève, par ailleurs, pas que du degré : il existe une nette différence de nature entre le service d'ami et le service professionnel. En témoignent ainsi les contrats de dépôt et de mandat salariés, dans lesquels les obligations du mandataire et du dépositaire sont aggravées¹³⁶⁰.

¹³⁵⁸ P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, éd. Panthéon Assas, 2002, n^{os} 28 et s., p. 56 et s. – P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 8^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2018, n^o 808, p. 687.

¹³⁵⁹ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, *ibid.* V. également P. PUIG, *op. cit.*, éd. Panthéon Assas, 2002, n^o 30, p. 57 : « la qualification du contrat dépend de son objet et de sa finalité, lesquels ne sont aucunement affectés par la nature de l'obligation du maître de l'ouvrage ».

¹³⁶⁰ V. ensemble les articles 1927 et 1928 du Code civil.

236. Le prix, prestation non caractéristique du contrat. – Au soutien de cette thèse, il serait également possible d’invoquer l’argument selon lequel le prix ne constitue pas la prestation caractéristique du contrat¹³⁶¹. Cette dernière est souvent définie de manière négative comme étant « la prestation pour laquelle le prix est dû »¹³⁶². À titre d’exemple, en matière de vente, l’objet du contrat est le service global offert par le vendeur, centré autour de la chose vendue¹³⁶³, et non le prix. Si le prix permet de distinguer la vente de la donation, ou le contrat d’entreprise du contrat d’assistance bénévole, il ne permet pas de distinguer ces conventions entre elles.

Ce rôle revient à l’obligation principale, celle sans laquelle les parties n’auraient pas songé à conclure le contrat¹³⁶⁴. Dans sa thèse dédiée à l’étude de la prestation caractéristique du contrat, Mme Marie-Elodie Ancel la définit comme suivant : « la réalité, c’est qu’il existe en principe une prestation que l’on ne peut pas impunément éliminer du contrat et qui doit être déterminée conventionnellement ; une prestation qui, dans ces conditions, pèse plus spécifiquement et plus fortement que les autres sur le régime contractuel, à l’égard tant de l’“existence” que de la substance de l’accord considéré. (...) Autrement dit, la prestation caractéristique apparaît comme *la prestation qui pèse le plus fortement et le plus spécifiquement sur l’ensemble du régime de telle ou telle figure contractuelle et des contrats qui leur ressortissent* »¹³⁶⁵. Selon Mme Marie-Elodie Ancel, le refus de l’Assemblée plénière de la Cour de cassation d’appliquer l’article 1129 du Code civil à l’obligation de payer¹³⁶⁶ confirmerait l’exclusion de celle-ci de la catégorie des prestations caractéristiques du contrat. Ainsi, « l’objet

¹³⁶¹ L’expression « prestation caractéristique du contrat » est rattachée à l’article 4, paragraphe 2, de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

¹³⁶² P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *RCDIP*, 1991, p. 287.

¹³⁶³ R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 225, 1992, n° 323.

¹³⁶⁴ J.-F. OVERSTAKE, *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 91, 1963, p. 23.

¹³⁶⁵ M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2002, n° 7, p. 5. MM. Dominique Bureau et Nicolas Molfessis se montrent sur ce point plus réservés : « La Cour de cassation pourrait donc avoir souhaité aligner la notion d’objet sur celle de prestation caractéristique, favorisant de la sorte le rapprochement de ces notions » (v. D. BUREAU et N. MOLFESSIS, « Les arrêts de l’Assemblée plénière de la Cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats », *LPA* 1995, n° 155, p. 11) et citent *a contrario* les propos de M. Jean Foyer (J. FOYER, « Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *JDI*, 1991, p. 601).

¹³⁶⁶ Cass. ass. plén, 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.578, *Bull. A.P.*, n° 7, p. 13, *Compagnie du téléphone* ; *JCP G* 1996, II, 22565, concl. M. JEOL, note J. GHESTIN ; *D.* 1996, jurispr. p. 13, concl. M. JEOL, note L. AYNES ; *JCP E* 1996, 776, note L. LEVENEUR ; *JCP N* 1996, n° 13, p. 493, étude D. BOULANGER ; *LPA* 27 déc. 1995, p. 11, note D. BUREAU et N. MOLFESSIS – Cass. ass. plén, 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688, *Bull. A.P.*, n° 9, p. 16, *Société Le Montparnasse* – Cass. ass. plén, 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.999, *Bull. AP* n° 7, p. 13, dit *Cofratel*.

du contrat, dans un contrat synallagmatique, c'est l'objet de l'obligation principale du débiteur autre que le débiteur du prix »¹³⁶⁷.

Cette idée est ainsi reprise par M. Gérard Sousi, lorsque celui-ci énonce que « en matière de contrat, on parle de prix, de loyers ou de salaires, selon qu'il s'agit d'une vente, d'un bail ou d'un contrat de travail : c'est donc l'objet du contrat (vente-bail-contrat de travail) qui est révélé par la seule qualification de l'objet de l'obligation du débiteur, et par voie de conséquence, c'est l'objet d'obligation du débiteur qui est révélé »¹³⁶⁸. Il est donc possible d'affirmer de manière générale que, dans l'opération de qualification du contrat, seules doivent « être prises en considération les obligations permettant de distinguer les différents contrats les uns des autres »¹³⁶⁹.

237. Nécessaire maintien de la distinction entre l'onéreux et le gratuit. – Peu importe que le prix ne permette pas de qualifier le contrat avec précision, son rôle est ailleurs : en ce qu'il permet le passage de la gratuité à l'onérosité, il constitue la « marque première »¹³⁷⁰ de cette distinction. La qualification des contrats a donc lieu grâce à un raisonnement en deux étapes. Il convient ainsi dans un premier temps d'établir l'existence d'une contrepartie. S'il existe une contrepartie, le contrat serait à titre onéreux. En revanche, en l'absence de celle-ci, il sera à titre gratuit. Survient alors la seconde étape, laquelle consiste à identifier la prestation caractéristique afin de qualifier correctement le contrat.

Il serait *contra legem* d'admettre la validité d'un contrat onéreux dépourvu de prix, dans la mesure où l'article 1106 du Code civil énonce que « le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose ». La reconnaissance d'un tel contrat reviendrait à nier la distinction existante entre l'onéreux et le gratuit. Une vente sans prix est tout aussi inconcevable intellectuellement qu'un contrat d'entreprise sans prix. Si une certaine fluidité entre les catégories juridiques permet de pallier la porosité de critères parfois insuffisants, il n'est pas possible de les fusionner à outrance. Tant que la distinction entre l'onérosité et le gratuit perdurera, il est inenvisageable d'admettre la validité d'un contrat à titre onéreux dépourvu de prix.

¹³⁶⁷ F. LEDUC, « La détermination du prix, une exigence exceptionnelle ? », *JCP*, 1992, I.3631.

¹³⁶⁸ G. SOUSI, « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », *RTD civ.* 1982, p. 514.

¹³⁶⁹ D. BUREAU et N. MOLFESSIS, « Les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats », *op. cit.*

¹³⁷⁰ Ch. LARROUMET, *Les obligations. Le contrat*, III, 5^e éd., Economica, coll. Droit civil, n° 392, p. 363.

Il est donc impossible de reconnaître la validité du contrat à titre onéreux dépourvu de prix. L'existence d'une contrepartie monétaire objective apparaît finalement comme une condition, non seulement de qualification, mais aussi de validité du contrat. Au-delà, la question de l'absence de contrepartie non monétaire doit également être examinée.

B. Requalification en donation du contrat de vente dépourvu de contrepartie

S'il est impossible d'admettre l'existence d'un contrat onéreux dépourvu de prix, la requalification en contrat de bienfaisance constituerait une solution intermédiaire. La requalification du contrat en permettrait la survie : le contrat serait simplement « déclassé » de l'onérosité vers la bienfaisance.

Toutefois, bien qu'une telle opération soit admise à titre subsidiaire de la vente vers la donation, celle-ci ne saurait faire l'objet d'une généralisation. Une telle requalification serait contraire à la volonté des parties. Dans l'imaginaire collectif, la vente ou la prestation de service sont des contrats à titre onéreux et doivent le demeurer¹³⁷¹. Une extension de la qualification ne présente par ailleurs aucun intérêt pratique et porterait en elle le germe d'une complexification des relations contractuelles.

238. Requalification en donation. – La requalification en donation, permettant de faire échapper l'acte à la nullité du contrat, est rarement invoquée par les parties à l'acte, mais davantage par les héritiers du vendeur-donateur ou par l'administration fiscale, s'estimant lésés. Deux hypothèses doivent ici être distinguées¹³⁷².

Il est tout d'abord possible que la donation soit dite « déguisée », en ce que le prix stipulé au sein de l'acte de vente correspond à la valeur du bien, mais qu'une contre-lettre occulte prévoit que le prix ne sera en réalité jamais versé par le débiteur. Le déséquilibre économique est alors total et la donation a pour objet le bien transmis. La validité de la donation déguisée est ainsi reconnue à l'article 1201 du Code civil, lequel énonce que « lorsque les parties ont conclu un contrat apparent qui dissimule un contrat occulte, ce dernier, appelé aussi contre-

¹³⁷¹ V. également en ce sens l'arrêt Cass. soc. 3 juin 2009, n° 08-40.981, *Bull. civ.* V, n° 141, dit « *Ile de la tentation* » ; *Dr. soc.* 2009, p. 788 : « dès lors qu'elle est exécutée, non à titre d'activité privée mais dans un lien de subordination, pour le compte et dans l'intérêt d'un tiers en vue de la production d'un bien ayant une valeur économique, l'activité, quelle qu'elle soit (...) est une prestation de travail (...) ».

¹³⁷² La Cour de cassation ne se montre toutefois pas toujours rigoureuse et tend à intervertir les deux qualifications. Ainsi, un récent arrêt a qualifié de donation déguisée une hypothèse de donation indirecte (Cass. civ. 1^{re}, 11 juill. 2019, n° 18-19.415, *Gaz. Pal.* 2019, n° 41, p. 62, note L. JUZAN ; *Dr. et patr.* 2019, n° 297, p. 53, note Ch. BLANCHARD ; *Droit de la famille*, 2019, n° 10, p. 31, obs. M. NICOD ; *Gaz. Pal.* 2020, n° 1, p. 92, note A.-L. CASADO).

lettre, produit effet entre les parties ». La jurisprudence est toutefois venue subordonner la validité de la donation déguisée, mais aussi de la donation indirecte, à la réunion des conditions de fond des actes à titre gratuit. Les conditions de forme de l'article 931 du Code civil sont donc négligées, « les libéralités faites sous le couvert d'actes à titre onéreux sont valables lorsqu'elles réunissent les conditions de forme requises pour la constitution des actes dont elles empruntent l'apparence »¹³⁷³. Le contrôle des conditions de forme de l'acte à titre onéreux se révèle toutefois léger, en ce qu'un arrêt a ainsi admis la validité d'un acte de vente dont le prix avait pourtant été laissé en blanc¹³⁷⁴.

Il est également envisageable que le prix inscrit et effectivement payé soit dérisoire au regard de la valeur du bien, auquel cas il s'agira d'une donation indirecte. Dans cette seconde hypothèse, la donation ne porte que sur la différence entre la valeur réelle du bien et le prix effectivement versé. La cour d'appel de Paris résume ainsi la donation indirecte en ces termes : « l'évaluation des titres pour une valeur symbolique, sans aucun rapport avec la valeur réelle du bien, qui correspond en fait à une vente à vil prix, établit le caractère gratuit des conventions et l'absence de contrepartie à l'acte »¹³⁷⁵.

La requalification en donation, tant déguisée qu'indirecte, nécessite donc de rapporter la preuve des trois conditions de fond liées aux actes à titre gratuit (article 894 du Code civil) : l'intention libérale du donateur, l'appauvrissement irrévocable de celui-ci ainsi que l'acceptation du donataire. S'ajoute de surcroît une condition supplémentaire, en cas de requalification du contrat de vente en donation : la preuve d'un déséquilibre économique. Deux limites doivent toutefois être soulevées face à la requalification des ventes à prix dérisoire en donation déguisée ou indirecte. La première réside au sein de l'application de droit des successions. Les héritiers solliciteront un rapport à la succession, ce dernier étant toutefois limité à « la différence entre la valeur du bien donné et le prix payé », c'est-à-dire à l'avantage réellement conféré au donataire¹³⁷⁶. Par ailleurs, une seconde limite découle de l'application de règles de droit fiscal¹³⁷⁷.

¹³⁷³ Cass. civ. 1^{re}, 22 oct. 1975, *Bull. civ.* I, n° 288. V. également Cass. civ. 1^{re}, 16 nov. 2013, n° 12-23.363.

¹³⁷⁴ Cass. civ. 1^{re}, 9 nov. 1976, *Bull. civ.* I, n° 341, *Defrénois* 1977, article 31467, n° 79, p. 941, obs. J.-L. AUBERT.

¹³⁷⁵ Paris, 18 mars 2019, n° 17/02187, à propos de la transmission d'une entreprise familiale.

¹³⁷⁶ Cass. civ. 1^{re}, 11 juill. 2019, n° 18-19.415, *Gaz. Pal.* 2019, n° 41, p. 62, note L. JUZAN ; *Dr. et patr.* 2019, n° 297, p. 53, note Ch. BLANCHARD ; *Dr. fam.* 2019, n° 10, p. 31, obs. M. NICOD ; *Gaz. Pal.* 2020, n° 1, p. 92, note A.-L. CASADO.

¹³⁷⁷ Cass. com. 8 février 2017, n° 15-21.366. « Une libéralité est taxable quelle que soit la qualification juridique de la convention. Dès lors, si elle est en mesure de prouver la gratuité de l'opération, l'administration peut réclamer l'impôt : -sur les donations déguisées, c'est-à-dire sur les libéralités présentées sous la forme d'autres actes ou

Le déséquilibre en valeur, conduisant à la requalification en donation indirecte, produit bel et bien des effets de droit, en ce qu'il permet de modifier la nature du contrat. La requalification, bien que constituant une importante immixtion judiciaire, révèle toutefois la véritable intention des parties et ne saurait, dès lors, constituer une atteinte à la liberté contractuelle.

La question de l'existence du prix doit également être abordée subjectivement, sous le prisme de l'article 1169 du Code civil.

II. ABSENCE DE CONTREPARTIE SUBJECTIVE

Il a pu être envisagé de se prévaloir du mécanisme de la cause afin d'obtenir la nullité du contrat en cas d'absence de contrepartie réelle. La jurisprudence a ainsi déjà énoncé que « l'absence d'objet de l'obligation de l'acquéreur, qui ne s'engage au versement d'aucun prix réel et sérieux, compose l'absence de cause de l'obligation du vendeur »¹³⁷⁸. Ainsi, « une telle contrepartie dérisoire ne correspond pas aux attentes légitimes d'un vendeur rationnel, créancier du prix »¹³⁷⁹ et ce serait donc sur le terrain de la cause, subjective, qu'il conviendrait d'étudier le prix dérisoire. Si la jurisprudence a condamné cette possibilité (A.), l'ordonnance de 2016 a consacré le contrôle de l'équilibre subjectif à travers la notion de contrepartie non illusoire (B.).

A. Refus de principe d'une assimilation du déséquilibre économique au défaut de cause

La théorie de la cause subjective, permettant le recours à l'économie du contrat afin d'en obtenir la nullité, est réfutée par la doctrine, ainsi que par l'ordonnance du 10 février 2016.

239. Contrôle de l'équilibre économique du contrat par la subjectivisation de la cause.

– Au cours des années 1990 est apparu un glissement quant à la notion traditionnelle de cause en droit civil. À l'origine, la cause, au sens objectif du terme, constituait un rempart contre le déséquilibre absolu¹³⁸⁰ : n'était donc considéré comme déséquilibré qu'un contrat à titre

conventions ; – sur les donations indirectes, c'est-à-dire sur les conventions qui, sans aucune simulation, revêtent accessoirement le caractère d'une libéralité. La donation indirecte est une libéralité qui est dispensée des formes solennelles exigées pour les donations par l'article 931 du code civil. Elle reste néanmoins soumise à la réunion de toutes les conditions de fond des donations ordinaires de l'article 894 du C. civ. à savoir : -l'intention libérale du donateur, c'est-à-dire l'« *animus donandi* » ; -le dessaisissement immédiat et irrévocable du donateur entraînant son appauvrissement ; -l'acceptation par le bénéficiaire, ayant pour conséquence un enrichissement à due concurrence » (BOI-ENR-DMTG-20-10-1-20190602, n° 100). La charge de la preuve de ces trois éléments repose sur l'administration fiscale (Civ 1^{re}, 24 nov. 1965, *Bull. civ. I*, n° 644 – Cass. civ. 1^{re}, 7 févr. 1967, *Bull. civ. I*, n° 50).

¹³⁷⁸ Cass. civ. 1^{re}, 20 oct. 1981, n° 80-14.741, *Bull. civ. I*, n° 301 ; *D.* 1983. 73, note Ch. LARROUMET.

¹³⁷⁹ R. BOFFA, « Juste cause (et injuste clause) », *D.* 2015, p. 335.

¹³⁸⁰ D. MAZEAUD, *Defrénois*, 1997, p. 336.

onéreux dépourvu de toute contrepartie. La cause objective était également qualifiée de cause « abstraite », en ce qu'elle était stéréotypée par type de contrat. Ainsi, « pouvait être vérifiée dans tous les cas l'aptitude du contrat à la réalisation de sa finalité économique : opération d'échange économique pour les contrats à titre onéreux ou "acte de bienfaisance" pour les contrats à titre gratuit »¹³⁸¹. La cause constituant l'une des conditions de validité du contrat, car elle en justifie l'engagement, la sanction encourue était alors la nullité. Cette conception de la cause permet de combattre uniquement les déséquilibres structurels, lesquels se traduisent par une absence totale de contrepartie, et donc d'engagement valable de l'autre partie, appréciée lors de la formation du contrat. Dans cette perspective, le contrôle de la cause objective « n'emporte, en effet, pas une atteinte intolérable à la liberté contractuelle, pas plus qu'elle ne fragilise immodérément la stabilité contractuelle »¹³⁸².

La cause de l'obligation ainsi conçue devait être opposée à la cause du contrat¹³⁸³, laquelle était indifférente à la validité de celui-ci. Peu importe les mobiles qui ont conduit les parties à contracter, dès lors que ceux-ci sont licites. S'est opposée à cette conception traditionnelle une théorie moniste plus moderne, issue du droit canonique et portée notamment par M. Jacques Maury : la cause subjective¹³⁸⁴. Dans cette nouvelle acception permettant la réintroduction de la règle morale au sein du contrat, se « substitue à l'appréciation abstraite de la prestation contrepartie, une analyse concrète de l'utilité et de l'équilibre des obligations contractuelles »¹³⁸⁵. Finalement, la cause subjective constitue les mobiles, concrets, personnels, du contractant¹³⁸⁶. Appliquée aux contreparties monétaires, une telle interprétation de la cause risquerait de porter atteinte à la sécurité contractuelle, car « dès qu'une partie aura eu connaissance du but poursuivi par son cocontractant et ce que le but ne sera pas viable économiquement, son cocontractant pourra demander la nullité du contrat pour défaut de cause »¹³⁸⁷. Dans cette vue nouvelle, la cause ne se contente plus « d'assurer la promotion d'un

¹³⁸¹ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil : les obligations*, 17^e éd., Sirey, 2020, n° 1263, p. 429.

¹³⁸² D. MAZEAUD, « La cause : pour que survive la cause en dépit de la réforme ! », *Dr. et patr.* 2014, n° 240, p. 38.

¹³⁸³ Cass. civ. 1^{re}, 12 juill. 1989, n° 88-11.443, *Bull. civ.* I, n° 293, p. 194 ; *JCP* 1990.II.21546, note D. DAGORNE-LABBE : « si la cause de l'obligation de l'acheteur réside bien dans le transfert de propriété et dans la livraison de la chose vendue, en revanche la cause du contrat de vente consiste dans le mobile déterminant, c'est-à-dire celui en l'absence duquel l'acquéreur ne se serait pas engagé ».

¹³⁸⁴ Sur la cause subjective, v. J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Jouve et cie, 1920 et Ph. REIGNE, *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, thèse Paris 2, 1993.

¹³⁸⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil: les obligations*, 11^e éd., Précis, Dalloz, 2013, n° 342, p. 387.

¹³⁸⁶ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil : les obligations*, *op. cit.*, p. 431.

¹³⁸⁷ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil: les obligations*, *op. cit.*, n° 342, p. 388.

équilibre contractuel minimal, en protégeant chaque cocontractant contre l'absence d'apparence d'un engagement réciproque. Elle est exploitée pour contrôler l'intérêt du contrat, au jour de sa formation ou de son exécution et dans cette perspective, elle est appréhendée comme le but contractuel commun poursuivi par les parties au contrat, comme l'intérêt qui les a amenées à conclure le contrat litigieux »¹³⁸⁸.

Il peut être reproché à la cause subjective de la cause de faire doublon avec l'objet. Il s'agit en effet de vérifier que l'obligation réciproque a un contenu. Pourtant, M. Romain Boffa relève que les deux notions présentent une différence de fonction. En effet, « le grand mérite de la cause est d'envisager, sous l'angle de la contrepartie, l'obligation, non pas du point de vue du débiteur de l'obligation, mais du point de vue de son créancier. (...) Lorsqu'un contrat de vente comporte un prix dérisoire, l'acheteur s'engage bien à quelque chose. Le contrat a un contenu. Simplement, si la nullité est encourue, c'est parce qu'une telle contrepartie dérisoire ne correspond pas aux attentes légitimes d'un vendeur rationnel, créancier du prix ». M. Philippe Jouary estime à cet effet que « le prix dérisoire vient stigmatiser la disproportion entre le prix accordé par les contractants à une chose et sa valeur objectivement appréciée, tandis que le défaut d'objet tend plus directement à révéler le caractère illusoire d'une "valeur incorporelle" (par exemple un brevet) ou d'un service ou la perte d'une chose »¹³⁸⁹.

240. Référence à l'économie du contrat dans l'examen de la cause. – C'est grâce au recours à la notion « d'économie du contrat »¹³⁹⁰ que la théorie de la cause subjective s'est illustrée en jurisprudence, permettant la réalisation d'une analyse plus réaliste et globale de la contrepartie économique à l'opération envisagée. Ainsi, il a été affirmé que « l'existence de la cause d'un contrat doit être appréciée à l'aune de l'ensemble contractuel indivisible dont il fait partie »¹³⁹¹. Ce faisant, « l'économie du contrat se manifeste dans la détermination des

¹³⁸⁸ D. MAZEAUD, obs. ss Cass. com. 13 févr. 2007, *Bull. civ.* IV, n° 43 ; *RDC* 2007, p. 710.

¹³⁸⁹ Ph. JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, thèse Paris II, 2002, n° 444, p. 212.

¹³⁹⁰ Sur ce point v. S. PIMONT, *L'économie du contrat*, PUAM, 2004. M. Jacques Ghestin propose ainsi la définition suivante : « structure globale, ensemble cohérent, organisé et ordonné, considéré comme un tout, en ce qu'il regroupe un ensemble de normes ou de règles articulées entre elles, dont la finalité est l'opération juridique poursuivie par les parties. (...) Elle traduit, par une formule commode et conforme au sens commun du mot "économie", la nécessité de comprendre le contrat comme un ensemble structuré et cohérent » (J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, 4^e éd., LGDJ, coll. Lextenso, 2013, n° 661, p. 460).

¹³⁹¹ Cass. civ. 1^{re}, 13 juin 2006, n° 05-18.469, *Bull. civ.* I, n° 308, p. 267. La Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel annulant trois cessions entre un artiste compositeur et ses éditeurs, au motif que celle-ci aurait dû rechercher si « le contrat de cession ne s'inscrivait pas dans le cadre d'une opération économique constituant un ensemble contractuel indivisible, de sorte qu'il ne pouvait être annulé pour absence de cause. »

conditions de formation du contrat, à travers le contrôle de l'existence de la cause »¹³⁹². Cette théorie a reçu un accueil limité en matière d'existence de la contrepartie¹³⁹³ et s'est illustrée au sein de quelques arrêts isolés et « hétérodoxes »¹³⁹⁴. Ce faisant, la Cour a amplifié le rôle de la cause dans le temps¹³⁹⁵, alors que, considérant son rôle de condition de validité du contrat, son existence n'était vérifiée que lors de la formation de celui-ci.

Dans sa décision *Point Club Vidéo*, la première Chambre civile de la Cour de cassation a prononcé la nullité d'un contrat de fourniture de cassettes vidéo, au motif que la sous-location à des habitants d'un petit village s'était révélée déficitaire en pratique. En effet, pour des raisons pratiques, « l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible ». Ainsi, « le contrat était dépourvu de cause, dès lors qu'était ainsi constaté le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes »¹³⁹⁶. Ce faisant, la Cour de cassation apprécie la suffisance de la contrepartie reçue par chacune des parties et contrôle ainsi l'équilibre économique du contrat, sur le fondement de la cause subjective¹³⁹⁷, alors même que la cause objective du contrat existait bel et bien. Selon Mmes Yvaine Buffelan-Lanore et Virginie Larribau-Terneyre, « le défaut de rentabilité du contrat, apprécié grâce à une projection dans la phase d'exécution du contrat, est ici révélateur de l'absence de contrepartie, alors même que le contrat comportait des obligations valables qui se servaient "abstraitement" de cause (elles avaient pour objet des prestations qui constituaient la contrepartie de l'autre) »¹³⁹⁸.

Le recours à la cause en matière de prix permet, paradoxalement, de « sauver » les contrats conclus à prix symbolique¹³⁹⁹. En effet, en l'absence de véritable contrepartie

¹³⁹² E. HOUSSARD, « L'économie du contrat », *RJDO* 2002, vol. 15, n° 1, pp. 7-65.

¹³⁹³ La théorie de la cause s'est également illustrée dans d'autres domaines, comme la lutte contre les clauses abusives au profit des professionnels (Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *Chronopost*, *Bull. civ.* IV, n° 261, p. 223 ; *D.* 1997. 121, note A. SERIAUX ; *D.* 1997, Somm. 75, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP* 1997. II. 22881, note D. COHEN ; *CCC* 1997, n° 24, note L. LEVENEUR ; *JCP* 1997. I. 4002, n° 1, obs. M. FABRE-MAGNAN ; *Deffrénois* 1997, p. 333, obs. D. MAZEAUD) ainsi que pour créer une interdépendance juridique à des contrats économiquement liés bien que distincts (Cass. civ. 1^{re}, 4 avr. 2006, *Bull. civ.* I, n° 190). Ce second usage fut vite abandonné, alors que le premier a été consacré au nouvel article 1170 du Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016.

¹³⁹⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE., *Droit civil : les obligations, op. cit.*, n° 400, p. 443.

¹³⁹⁵ D. MAZEAUD, « La cause : pour que survive la cause en dépit de la réforme ! », *op. cit.*

¹³⁹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, n° 94-14.800, *Bull. civ.* I, n° 286, p. 200 ; *D.* 1997, p. 500, note Ph. REIGNÉ ; *Deffrénois* 1996, p. 1015, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP* 1997. I. 4015 obs. F. LABARTHE ; *RTD civ.* 1996, p. 903, obs. J. MESTRE.

¹³⁹⁷ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil : les obligations, op. cit.*, n° 1280, p. 434.

¹³⁹⁸ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil : les obligations, ibid.*

¹³⁹⁹ Bien qu'un tel détour du raisonnement devienne inutile dès lors qu'une nouvelle conception du prix, élargie, est adoptée (cf. *supra* n° 116).

monétaire, ceux-ci auraient dû en principe être annulés. Mais, sur le plan de la cause, « un prix dérisoire peut être parfaitement rationnel, dès lors qu'il est compensé par d'autres éléments qui confèrent « une raison d'être à l'engagement du vendeur »¹⁴⁰⁰ : le recours à l'article 1169 permet de prendre en considération la valeur de la contre-prestation accompagnant le prix symbolique afin d'apprécier l'équilibre économique du contrat dans son ensemble. Finalement, « la prise en compte de l'économie du contrat permet (...) une analyse réaliste du contrat, en évitant des annulations qui auraient été inopportunes comme étant (...) souvent demandées de mauvaise foi par une partie voulant se délier de son engagement au moyen d'une analyse tronquée de l'opération conclue »¹⁴⁰¹. Un raisonnement identique peut être tenu à propos des rentes viagères. En effet, dans les contrats aléatoires, il est impossible de prévoir l'importance de la prestation¹⁴⁰².

241. Réfutation de l'assimilation de l'équilibre économique à la cause d'un contrat onéreux. – L'arrêt *Point Club Video* n'a toutefois jamais connu de suite jurisprudentielle et fut très rapidement abandonné, dans des espèces pourtant très similaires de celle de 1996¹⁴⁰³. M. François Chenédé identifie l'erreur dans le syllogisme tenu par la Chambre civile en ce que « la possibilité d'atteindre l'objectif poursuivi par les parties ne pouvait être considérée comme la cause de l'obligation du locataire. Son obligation de verser les loyers avait pour contrepartie – pour cause – l'obligation de mise à disposition du bailleur, et non la réussite de son entreprise »¹⁴⁰⁴. La Cour de cassation estime ainsi en 2009 que « la cause de l'obligation d'une partie à un contrat synallagmatique réside dans l'obligation contractée par l'autre »¹⁴⁰⁵, venant fermer le recours à la cause dans le but de contester l'équilibre économique du contrat. Il était désormais considéré que la cause, dans les contrats à titre onéreux, portait sur l'existence d'une contrepartie, et non sur l'équilibre économique du contrat. La cause-contrepartie illustre ainsi désormais la fonction d'échange économique du contrat¹⁴⁰⁶.

¹⁴⁰⁰ R. BOFFA, « Juste cause (et injuste clause) », *op. cit.*

¹⁴⁰¹ A. ZELCEVIC-DUHAMEL, « La notion d'économie du contrat en droit privé », *JCP G*, 2001 doctr. 300.

¹⁴⁰² Toutefois, si l'aléa survient trop rapidement, le contrat peut être considéré comme dépourvu de cause. Ainsi, l'article 1975 du Code civil prévoit que la vente conclue avec rente viagère est nulle si le décès du créancier intervient moins de vingt jours après la conclusion du contrat.

¹⁴⁰³ Cass. com. 27 mars 2007, n° 06-10.452, *D.* 2007. Somm. 2970 ; *JCP* 2007. II. 10119, note Y.-M. SERINET, *CCC* 2007, n° 196, note L. LEVENEUR, *RDC* 2008, p. 231, obs. D. MAZEAUD – Cass. com. 9 juin 2009, n° 08-11.420, *RDC* 2009, p. 1345, obs. D. MAZEAUD – Cass. com. 18 mars 2014.

¹⁴⁰⁴ F. CHENEDE, « La cause est morte ... Vive la cause ? », *CCC* 2016, n° 5, doss. 16.

¹⁴⁰⁵ Cass. com. 9 juin 2009, n° 08-11.420, *RDC* 2009, p. 1345, obs. D. MAZEAUD.

¹⁴⁰⁶ À l'inverse, dans un contrat à titre gratuit, la cause est incarnée par l'*animus donandi* du donateur, sans pour autant rechercher les mobiles.

Des rappels à la notion objective de cause sont également effectués dans d'autres branches du droit et notamment en droit bancaire. Ainsi, dans un autre arrêt de 2009, la Chambre commerciale juge que « c'est dans l'obligation souscrite par le prêteur que l'obligation de l'emprunteur trouve sa cause, dont l'existence comme l'exactitude doit être appréciée au moment de la conclusion du contrat »¹⁴⁰⁷. M. Laurent Aynès juge toutefois cette expansion inutile et dangereuse. En effet, « la plupart des injustices qu'elle est censée permettre de dénoncer peuvent être évitées plus efficacement et de manière plus prévisible par d'autres moyens »¹⁴⁰⁸. Au-delà, M. Jacques Ghestin estime que « il ne faut pas généraliser l'importance de cette référence expresse à l'économie du contrat pour le contrôle de l'existence de la cause. (...) "l'économie du contrat" n'est mentionnée que dans un petit nombre d'arrêts pour le contrôle de l'existence de la cause et avec une portée relativement limitée. Il semble difficile, au regard de cette observation, de penser que l'économie du contrat constituerait une notion fonctionnelle qui menacerait le bon usage de la notion de cause »¹⁴⁰⁹.

Bien que la théorie de la cause subjective soit réfutée par la jurisprudence, le contrôle subjectif de l'équilibre contractuel a pourtant été consacré par le législateur au sein de l'article 1169 du Code civil.

B. Contrôle subjectif de l'équilibre du contrat

La réforme du droit des obligations de 2016 annonçait un véritable « *requiem* » pour la cause¹⁴¹⁰. Selon M. Denis Mazeaud, les auteurs de la réforme auraient été influencés par les différentes théories anti-causalistes¹⁴¹¹, ainsi que par les sirènes européennes, ce qui

¹⁴⁰⁷ Cass. com. 7 avr. 2009, n° 08-12.192 ; D. 2009, p. 2080, note J. GHESTIN ; JCP 2009, 77, n° 27, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE.

¹⁴⁰⁸ « Ainsi, pour nous en tenir à ses applications les plus récentes, l'interdiction des clauses limitatives ou exonératoires issue de la jurisprudence *Chronopost* relève d'une politique législative (par exemple, faut-il ou non transposer la prohibition des clauses abusives aux rapports entre professionnels ?) ou de la cohérence du comportement. De même l'interdiction de la pratique des dates de valeur relève-t-elle d'une politique – législative ou professionnelle – de protection des usagers de la banque. L'interdépendance dans les groupes de contrats ? Mais c'est une question de terme extinctif ou de condition résolutoire implicites ; et d'ailleurs la Cour de cassation n'a même pas utilisé la cause dans ses décisions récentes sur les locations financières. L'inutilité pour une société d'un contrat conclu avec son dirigeant ? Mais c'est une question d'abus de biens sociaux. Une compréhension de l'erreur plus large que celle que propose l'article 1110 du Code civil pourrait aussi permettre de traiter les rares cas d'absence de cause à l'insu du débiteur... Au demeurant, les systèmes juridiques étrangers qui n'ont pas l'article 1131 du Code civil ne sont pas moins justes que le système français » (v. L. AYNES, « La cause, inutile et dangereuse », *Dr. et patr.*, 2014, n° 240).

¹⁴⁰⁹ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, *op. cit.*, n° 663, p. 463.

¹⁴¹⁰ R. BOFFA, « Juste cause (et injuste clause) », *op. cit.*

¹⁴¹¹ À titre d'exemple, M. Laurent Aynès s'interroge « Pourquoi donc le juge ou l'arbitre devrait-il *a posteriori* évaluer la rationalité de l'acte de volonté d'un individu capable, éclairé et libre ? La possibilité de ce contrôle

expliquerait la disparition de toute référence à la cause au sein des nouvelles dispositions relatives au contenu du contrat¹⁴¹². Toutefois, selon l'auteur, « la notion de cause passe à la trappe, mais ses fonctions sont maintenues et précisées... », notamment à travers l'article 1169 du Code civil, lequel formule l'exigence d'un prix non dérisoire (1.) ou non illusoire (2.), venant ainsi consacrer un contrôle subjectif de l'équilibre du contrat en droit commun des obligations.

1. Exigence d'une contrepartie non dérisoire

L'article 1169 du Code civil consacre l'exigence d'une contrepartie non dérisoire, généralisant la nécessité d'un prix réel et sérieux, jusqu'ici réservée au contrat de vente, au droit commun des contrats. Par la subjectivité de la notion de prix dérisoire, cette nouvelle disposition constitue un important exemple de contrôle subjectif de l'équivalence des prestations en droit des contrats.

242. Consécration de la cause subjective à travers l'exigence d'une contrepartie non dérisoire. – L'exigence d'un prix sérieux, d'origine prétorienne, existant jusqu'ici dans le cadre de vente et du contrat de bail, a été étendue à l'ensemble des contrats. L'article 1169 du Code civil énonce désormais que « 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 dérisoire¹⁴¹³ », l'application du caractère dérisoire du prix relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond¹⁴¹⁴. Appliquée au prix, cette exigence signifie que le montant convenu par les parties ne peut être trop éloigné de la valeur réelle du bien ou du service faisant l'objet du

débouchant sur la nullité du contrat, même si, en fait, les nullités pour absence de cause sont assez rares, suffit à ébranler la confiance que l'on peut avoir dans l'engagement d'autrui lorsqu'il est gouverné par le droit français. Ce handicap affectant le droit français doit disparaître, parce qu'il n'est pas justifié » (L. AYNES, « La cause, inutile et dangereuse », *op. cit.*).

¹⁴¹² D. MAZEAUD, « La cause : pour que survive la cause en dépit de la réforme ! », *op. cit.* L'auteur poursuit ainsi « Avouons-le, un tel parti pris, un pareil compromis, laisse vraiment perplexe, d'autant plus que, effectivement, l'examen des règles du projet révèle que le rôle joué par la cause en droit positif, que ce soit classiquement (protection de l'intérêt privé contre les déséquilibres structurels) ou récemment (protection contre les clauses de responsabilité abusives), est bel et bien maintenu, du moins pour l'essentiel. Mais le rôle de la cause perdue dans des règles dans lesquelles la notion dont elles sont l'expression, l'incarnation, n'apparaît pas... Tant et si bien qu'à la réflexion, on éprouve le sentiment que c'est moins la disparition de la notion de cause que le projet de réforme emporterait, que la suppression du mot "cause"... La réforme serait donc purement formelle... Des mots, des mots... ».

¹⁴¹³ L'exigence d'une contrepartie non dérisoire est d'origine prétorienne. La Chambre commerciale a eu recours à celle-ci afin de prononcer l'annulation du contrat dans lequel le fournisseur devait obtenir d'une banque et garantir pour un revendeur un prêt de 40.000 F d'une durée de remboursement de cinq années, en contrepartie de d'un engagement de fourniture exclusive aux conditions générales de vente du tarif de l'entreprise (Cass. com. 14 oct. 1997, n° 95-14.285 ; *Defrénois* 1998, art. 36860, p. 1040, obs. D. MAZEAUD). Le contrat était alors annulé pour absence de cause (J. GHESTIN, *Traité de droit civil. La formation du contrat. L'objet et la cause – Les nullités*, II, *op. cit.*, n° 738, p. 494).

¹⁴¹⁴ Cass. civ. 1^{re}, 17 janv. 1966, *Bull. civ.* I, n° 37 – Cass. civ. 3^e, 26 mars 1969, *Bull. civ.* III, n° 265.

contrat. Le prix dérisoire présente ainsi une disproportion telle avec la contreprestation en nature, qu'il ne peut pas en constituer la contrepartie¹⁴¹⁵.

M. Mathias Latina le souligne : « dire que l'article 1169 du Code civil évoque la cause de l'obligation serait un euphémisme. Tout dans ce texte semble tourné vers la notion disparue. (...) Sans conserver les notions d'objet et de cause, le droit commun du contrat consacre deux séries de dispositions à l'utilité et à l'équilibre du contrat. L'article 1169 du Code civil garantit en effet l'intérêt des parties au contrat. Si la contrepartie est illusoire ou dérisoire, le contrat est inutile, ce qui entraîne sa nullité. C'est précisément ainsi qu'était contrôlée la réalité de la cause de l'obligation »¹⁴¹⁶. M. Philippe Jouary soulève toutefois une incohérence : « comment expliquer que la cause intervient pour sanctionner un prix dérisoire, mais pas un défaut d'équivalence ? (...) Il existe une différence de fonction entre l'absence de cause et le défaut d'équivalence : il ne s'agit pas seulement d'une différence de degré, mais bien d'une différence de nature »¹⁴¹⁷. Si les rédacteurs de l'article 1169 issu de l'ordonnance n'ont pas souhaité reprendre formellement le terme de « cause », la jurisprudence ne s'est pas embarrassée d'une telle subtilité. Dans un arrêt postérieur à la réforme, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation a prononcé la nullité de la vente d'une maison d'habitation pour 158 000 F, au motif que « dans un contrat synallagmatique, l'obligation souscrite en échange d'une contrepartie dérisoire ou illusoire est dépourvue de cause »¹⁴¹⁸.

Ce mécanisme ne doit pas pour autant être confondu avec celui de la lésion, le prix illusoire allant au-delà du prix lésionnaire : dans la lésion, le prix est insuffisant au regard de la valeur de la contrepartie, alors que dans le prix dérisoire la contrepartie est tellement faible qu'elle en est devenue inexistante, inutile économiquement¹⁴¹⁹. L'obligation reste valable si la contreprestation fournie n'a qu'une valeur moindre¹⁴²⁰, seule la valeur grossièrement

¹⁴¹⁵ L.-F. PIGNARRE, *Les obligations en nature et de somme d'argent. Essai de théorisation à partir d'une distinction*, LGDJ, 2010, n° 353, p. 281.

¹⁴¹⁶ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 432, p. 377.

¹⁴¹⁷ Ph. JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats, op. cit.*, n° 445, p. 413.

¹⁴¹⁸ Cass. civ. 3^e, 14 février 2019, n° 17-30.942. La vente avait été conclue en 2011, sous l'empire de la loi antérieure à la réforme, mais la formulation retenue par les juges de la Cour de cassation est révélatrice : ces derniers n'étaient pas tenus de se référer à la cause. V. L. THIBIERGE, « La maison de bois », *Lexbase Hebdo - Edition Privée Générale*, avril 2019, n° 779.

¹⁴¹⁹ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 435, p. 379.

¹⁴²⁰ M. Rémy Cabrillac donne l'exemple suivant : « l'obligation du bailleur d'entretenir les lieux loués subsiste, même si les loyers sont insuffisants. Une solution contraire aurait heurté la règle selon laquelle la lésion ne doit être admise qu'exceptionnellement et aurait menacé la sécurité des relations juridiques » (R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, 13^e éd., Dalloz, 2018, n° 96, p. 94).

insuffisante permettant la mise en œuvre de de la disposition précitée. L'article 1169 n'a en effet pas pour objectif de « protéger un contractant contre un déséquilibre économique qui le place dans une situation financière délicate, parce qu'il a mal négocié son contrat ou parce que son partenaire a été plus habile que lui dans la défense de ses intérêts »¹⁴²¹.

Mmes Yvaine Buffelan-Lanore et Virginie Larribau-Terneyre estiment que ce mécanisme, conçu à l'origine afin de contrôler les déséquilibres majeurs au regard de la « structure obligationnelle », a été dévoyé par la montée en puissance de la justice contractuelle, entraînant ainsi une « prise en considération d'éléments extérieurs aux seules obligations contenues dans le contrat pour apprécier la contrepartie, grâce à l'émergence de la notion "d'économie du contrat" qui permet la référence aux objectifs économiques concrets poursuivis par les contractants, pour vérifier l'aptitude du contrat à les réaliser »¹⁴²². Le recours, par la réforme, à la notion de « contrepartie », libérée de la seule référence aux obligations essentielles¹⁴²³, permet d'entériner cette vision et d'apprécier le sérieux de l'économie du contrat. M. François Chenédé partage également cette analyse et énonce que les contrats autrefois annulés pour absence de cause, seront aujourd'hui annulés pour absence de contrepartie¹⁴²⁴. L'auteur estime ainsi que la nullité sera prononcée, non pas pour insuffisance, mais pour absence de contrepartie.

Pourtant, en l'absence de standard, la détermination de la contrepartie « non illusoire » comprend nécessairement des éléments de subjectivité, si bien que l'application de l'exigence d'une contrepartie non illusoire au prix conduit à un contrôle de l'équilibre économique du contrat, témoignant d'un retour discret de la cause subjective.

243. Subjectivité du prix dérisoire. – La nullité est encourue en cas de prix dérisoire. Celui-ci ne fait l'objet d'aucune définition, alors que « la frontière entre ce qui est dérisoire et ce qui ne l'est pas n'est pas évidente à tracer et donc source d'insécurité »¹⁴²⁵. MM. Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Pierre-Yves Gautier citent ainsi le cas d'un lingot d'or vendu à un euro¹⁴²⁶. L'exemple est ici parlant, en ce que le déséquilibre est criant et objectif. La définition est

¹⁴²¹ D. MAZEAUD, « La cause : pour que survive la cause en dépit de la réforme ! », *op. cit.*

¹⁴²² Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil : les obligations, op. cit.*, n° 1350, p. 455.

¹⁴²³ G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.* 2015, p. 1557.

¹⁴²⁴ F. CHENEDE, « La cause est morte ... Vive la cause ? », *op. cit.* : « c'est la cession de droits incorporels dépourvus de toute valeur sérieuse. C'est le contrat de vente ou de bail conclu à « vil prix ». Hier nuls pour absence de cause, ces contrats seront annulés demain pour absence de contrepartie ».

¹⁴²⁵ C. GRIMALDI, « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots », *D.* 2015, p. 814.

¹⁴²⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 10^e éd., Lextenso, coll. Droit civil, 2018, n° 214, p. 164.

également affinée par M. François Chenédé, selon lequel « cette hypothèse correspond à la “fausse cause” de l’ancien article 1131 du Code civil. Loin d’être une notion distincte de l’“absence de cause”, cette formule se contentait de désigner le cas, d’ailleurs le plus fréquent, où le défaut de contrepartie n’avait pas été perçu par le cocontractant lors de la conclusion du contrat. La contrepartie “dérisoire” correspond à l’hypothèse où la contrepartie est si faible qu’elle peut être considérée comme inexistante. C’est la cession de droits incorporels dépourvus de toute valeur sérieuse »¹⁴²⁷.

L’étude de la jurisprudence, antérieure à la réforme, en matière de contrat de vente, où l’exigence d’un prix sérieux ou d’absence de vileté du prix est appliquée de longue date, ne manquera pas d’éclairer sur ce point. La Cour de cassation a tout d’abord énoncé un principe selon lequel « le caractère réel et sérieux du prix ne se confond pas avec la valeur du bien vendu »¹⁴²⁸. Un simple déséquilibre en valeur s’avère, par conséquent, insuffisant à caractériser un prix dérisoire, dans la mesure où cela reviendrait à contourner la prohibition de la lésion¹⁴²⁹. En droit nouveau, la nullité sur le fondement de l’article 1169 du Code civil ne sera ainsi pas encourue pour une simple différence entre le prix et la valeur, mais uniquement en cas de déséquilibre prononcé. Le prix exigé devra être bien en deçà de la valeur réelle du bien.

Si la Cour de cassation semblait affirmer la souveraineté de l’appréciation des juges du fond en la matière¹⁴³⁰, elle se révélait toutefois juge de l’équilibre du contrat à certaines occasions. Avait ainsi été annulée pour prix dérisoire la vente d’une maison d’habitation en bois datant de 1986, pour un montant de 158 000 €¹⁴³¹, un expert ayant constaté, deux mois après la vente, des traces d’un ancien incendie sur la charpente et rendant l’immeuble inhabitable. Le

¹⁴²⁷ F. CHENEDE, « La cause est morte ... Vive la cause ? », *op. cit.* M. François Chenédé rattache toutefois le prix dérisoire à l’absence de contrepartie,

¹⁴²⁸ Cass. civ. 1^{re}, 18 nov. 1997, n° 95-20.540. Ainsi, « la cour d’appel n’était pas tenue de procéder à la recherche invoquée par le moyen pour apprécier souverainement que n’était pas dérisoire un prix par action de 600 francs pour les parts de la société d’exploitation et de 200 francs pour celles des deux autres sociétés ».

¹⁴²⁹ V. en ce sens M. Laurent Leveneur, selon lequel « il ne suffirait pas que la chose vendue soit d’une valeur plus faible, voire nettement plus faible que le prix convenu pour entraîner la nullité, car ce serait méconnaître le principe que la lésion ne vicie pas les conventions (v. L. LEVENEUR, « L’acheteur a payé trop cher : la vente peut-elle être annulée ? », CCC 2019, n° 5, comm. 81).

¹⁴³⁰ Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 2005, n° 03-12.496, *Bull. civ.* I, n° 203, p. 172. Concernant un droit d’usage et d’habitation sur une ferme avec constitution d’une servitude moyennant 30.000 F et à charge, pour le bénéficiaire, d’assurer toutes les réparations, menues ou grosses, et de supporter les charges de chauffage, eau et électricité, la Cour de cassation constate le caractère dérisoire du prix et prononce la nullité du contrat pour absence de cause. La cour d’appel « a, en considération de ces éléments, souverainement, retenu le caractère dérisoire de ce prix pour en déduire exactement l’absence de cause de l’obligation contractée ».

¹⁴³¹ Cass. civ. 3^e, 14 févr. 2019, n° 17-30.942, sur renvoi après cassation, CCC 2019, n° 5, comm. 81, obs. L. LEVENEUR ; *Lexbase Hebdo – Edition Privée Générale*, 2019, n° 779, obs. L. THIBIERGE.

contrôle opéré par la troisième Chambre civile, quant à l'équilibre financier du contrat, est particulièrement explicite, puisqu'elle énonce que la cour d'appel aurait dû « rechercher, comme il le lui était demandé, si l'état du bien au jour de la vente ne rendait pas dérisoire, dès la formation du contrat, la contrepartie à l'obligation de M. X... de payer un prix de 158 000 euros ».

Une limite au recours au prix dérisoire avait toutefois été élevée par la jurisprudence : n'est pas dérisoire un prix simplement insuffisant. La première Chambre a ainsi refusé d'annuler un contrat liant une mannequin à un photographe pour 2 000 F, au motif que cette dernière ne produisait « aucun élément sur sa notoriété en 2001 et sur les rémunérations qui lui étaient versées à cette époque pour des contrats similaires », si bien que la cour d'appel ne saurait déduire « du seul caractère large des termes de la convention que celle-ci aurait été conclue à vil prix »¹⁴³². En effet, un professionnel n'est pas fondé à invoquer le caractère dérisoire du prix afin d'obtenir la nullité du contrat lorsque celui-ci découle d'une erreur d'étiquetage, découlant de sa propre négligence¹⁴³³. Ainsi, dans un arrêt du 4 juillet 1995¹⁴³⁴, le bijoutier Cartier a été débouté de sa demande en nullité du contrat pour prix dérisoire, après avoir vendu une bague d'une valeur de 460 419 F au prix de 100 000 F, à la suite d'une erreur d'étiquetage. Quand bien même la valeur réelle du bien était ici 4,5 fois supérieure au prix exigé, la Cour a refusé de qualifier le prix de « dérisoire », compte tenu de l'identité du vendeur, lequel était un professionnel réputé. En réalité, le prix est ici bien objectivement dérisoire compte tenu de la différence entre le prix exigé et la valeur réelle, mais la première Chambre civile a refusé de prononcer la nullité du contrat afin d'éviter qu'un professionnel puisse se prévaloir de sa propre négligence.

Au-delà de l'exigence d'une contrepartie non dérisoire, l'existence d'un contrôle de l'équilibre subjectif du contrat s'illustre également dans l'exigence d'une contrepartie non illusoire.

2. Exigence d'une contrepartie non illusoire

¹⁴³² Cass. civ. 1^{re}, 11 déc. 2008, n° 07-19.494, *Bull. civ. I*, n° 282.

¹⁴³³ Tout comme un professionnel ne peut se prévaloir de sa propre erreur de calcul.

¹⁴³⁴ Cass. civ. 1^{re}, 4 juill. 1995, n° 93-16.198, *Bull. civ. I*, n° 303, p. 212, *D.* 1996, p. 11, obs. G. PAISANT ; *D.* 1997, p. 206, obs. A.-M. LUCIANI ; *RTD civ.* 1995, p. 881, obs. J. MESTRE ; *JCP E* 1995, pan., p. 1183. V. Également Cass. civ. 1^{re}, 10 févr. 1993, *Defrénois* 1993, art. 35663, n° 129, p. 1375, obs. J.-L. AUBERT ; *CCC* 1993, n° 128, obs. L. LEVENEUR.

La fausseté partielle de la cause n'a pas été envisagée par la réforme. L'analyse du mécanisme relève toutefois la possibilité d'étendre le champ de l'article 1169 du Code civil en lui appliquant la nullité pour contrepartie illusoire (a.). Une assimilation similaire peut également être réalisée à propos des vices cachés, pourtant traditionnellement envisagés dans une optique d'inexécution du contrat (b.).

a. Assimilation de la fausseté partielle de la cause à une contrepartie illusoire

La théorie, controversée, de la fausseté partielle de la cause autorise le contrôle de l'équivalence économique des prestations. Une telle exigence semble être retrouvée à l'article 1168 du Code civil, lequel envisage la contrepartie non illusoire.

244. Application jurisprudentielle de la notion de fausse cause. – La notion de fausse cause était envisagée à l'ancien article 1131 du Code civil, lequel énonce que « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ». La notion, rare en pratique, fit son apparition dans un arrêt rendu par la première Chambre civile le 11 mars 2003¹⁴³⁵. Cet arrêt portait sur l'annulation d'une reconnaissance de dette de la demanderesse « à l'égard de son neveu [qui] existait bien, même si elle s'avérait inférieure à la somme pour laquelle elle s'était engagée ». La Cour de cassation a ainsi énoncé, au sein d'un attendu de principe très remarqué, que « la fausseté partielle de la cause n'entraîne pas l'annulation de l'obligation, mais sa réduction à la mesure de la fraction subsistante ». Dans une approche objective, le contrat avait bien une cause puisque la dette existait¹⁴³⁶. À l'inverse, dans une approche subjective, celui-ci en était partiellement dépourvu compte tenu du déséquilibre économique. En admettant la « fausseté partielle », la Cour de cassation admet une nouvelle possibilité de contrôle de l'équilibre économique subjectif du contrat.

¹⁴³⁵ Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 2003, *Bull. civ.* I, n° 67 ; *JCP G* 2003.I.142, obs. J. ROCHFELD ; *RDC* 2003, p. 39, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2003, p. 287, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁴³⁶ MM. Jacques Mestre et Bertrand Fages relèvent ainsi que « les juges du fond ne pouvaient à la fois décider de l'anéantissement de la reconnaissance de dette pour fausseté de la cause et constater que la dette de la signataire existait quand même bien pour partie. Soit la contrepartie n'existe pas, soit elle existe, et dans ce cas peu importe sa valeur, fût-elle inférieure : la nullité n'est plus concevable que par l'établissement, difficile, d'un vice du consentement ou, de façon plus exceptionnelle encore, d'une vileté du prix. (...) Sur le fondement des dispositions de l'article 1131 du code civil, en tout cas, l'arrêt écarte toute perspective d'annulation de l'obligation pour fausseté partielle de la contrepartie » (J. MESTRE et B. FAGES, « Evitement de l'annulation : « la fausseté partielle de la cause n'entraîne pas l'annulation de l'obligation, mais sa réduction à la mesure de la fraction subsistante » », *RTD civ.* 2003, p. 287).

Une solution similaire, bien que différente du point de vue de la sanction, a été apportée par un arrêt du 31 mai 2007¹⁴³⁷. L'affaire concernait cette fois-ci une cession d'action, la valeur des parts ayant été déterminée eu égard au solde du compte courant de la société. L'acquéreur assigne le vendeur en réduction du prix, le solde étant en réalité trois fois inférieur à ce qui avait été stipulé à l'acte. La Cour de cassation rejette le pourvoi qui se prévalait de l'arrêt de 2003, en énonçant que « dans un contrat synallagmatique, la fausseté partielle de la cause ne peut entraîner la réduction de l'obligation ». La portée de l'arrêt est double, en ce que la Cour confirme, d'une part, l'existence de la fausse cause, tout en limitant, d'autre part, l'action en réduction du prix aux seules reconnaissances de dette¹⁴³⁸. Dès lors, la partie se prévalant de la fausseté de la cause ne pourra se prévaloir que de la nullité du contrat, et non de la réduction du prix.

En effet, la sanction retenue en 2007 – la nullité – n'a pas vocation à se substituer à la sanction de 2003. En effet, Cour de cassation refuse d'appliquer la réduction du prix aux contrats synallagmatiques. Si le contrat de 2007 était bien un contrat synallagmatique, tel n'était pas le cas en 2003 puisqu'il s'agissait d'une reconnaissance de dette. La Cour a donc nuancé sa solution et restreint l'application de la révision du prix aux seuls contrats unilatéraux¹⁴³⁹. Au demeurant, la solution de 2007 reste intéressante, car elle reconnaît l'existence de la fausse cause et la sanctionne de nullité. M. Yves-Marie Laithier se révéla favorable à l'admission de la fausseté partielle de la cause, au motif que « l'élargissement de la notion présente tout de même l'intérêt d'approfondir quelque peu le contrôle du respect de l'équilibre convenu », ainsi qu'à sa sanction par la nullité et non par la réduction du prix (« par hypothèse, le contrat n'est pas totalement privé de l'utilité objective en considération de laquelle l'engagement a été pris. Or il pourrait sembler opportun qu'un contrat qui conserve une utilité soit maintenu, quitte à être révisé. Mais la révision suppose l'intervention du juge et l'existence d'un prix de référence en fonction duquel la valeur respective des prestations échangées peut être appréciée. Or

¹⁴³⁷ Cass. civ. 1^{re}, 31 mai 2007, n° 05-21.316, *Bull. civ. I*, n° 211 ; *JCP G* 2007, I, 195, obs. A. CONSTANTIN ; *RDC* 2007, n° 4, p. 1103, note Y.-M. LAITHIER.

¹⁴³⁸ Sur ce point, v. Y.-M. Laithier, selon lequel « en se référant au contrat synallagmatique, la Cour de cassation aurait voulu réserver le sort des reconnaissances de dette, hypothèse examinée par l'arrêt du 11 mars 2003 et à laquelle se réduirait sa portée en dépit du principe général qu'il contient (v. en ce sens, J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n° 1157, spéc. p. 753). Observons d'abord que pour limiter la portée de l'arrêt du 11 mars 2003 aux engagements unilatéraux, il aurait suffi d'énoncer que « dans un contrat » ou « en matière contractuelle », la fausseté partielle de la cause ne peut entraîner la réduction de l'obligation. Ensuite, à supposer que la distinction entre acte unilatéral et contrat soit celle que la Cour de cassation ait voulu appliquer, sa justification pourrait être la suivante » (Y.-M. LAITHIER, « La fausseté partielle de la cause : entre confirmation et innovation », *RDC* 2007, n° 4, p. 1103).

¹⁴³⁹ V. *contra* J. MESTRE et B. FAGES *RTD civ.* 2003, p. 287, obs. ss Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 2003, *Bull. civ. I*, n° 67.

l'interventionnisme judiciaire n'est pas à l'abri de l'arbitraire lorsque, comme c'est le cas général, aucun prix de référence n'est accessible »¹⁴⁴⁰).

245. Assimilation de la fausse cause à la contrepartie illusoire. – Il semblerait de prime abord que la solution de 2007 n'ait pas été reprise par la réforme. Il aurait en effet été paradoxal de se prévaloir à la fois de la disparition de la cause, tout en traitant de son absence partielle. Il convient dès lors d'envisager le rattachement de la fausseté partielle de la cause aux nouvelles dispositions du Code civil relatives à la formation du contrat.

MM. Jacques Mestre et Bertrand Fages soulignent que l'appréciation subjective de la cause « jette un pont » entre l'erreur et la cause¹⁴⁴¹. Selon M. Yves-Marie Laithier, le rapprochement avec l'erreur est bien envisageable, car après tout « la fausse cause suppose une erreur sur l'une des raisons fondamentales qui ont poussé un cocontractant à s'engager ». Mais, en réalité, toujours selon cet auteur, la fausse cause relève davantage de l'absence de cause que de l'erreur, celle-ci étant « établie lorsque l'une des parties a cru en l'existence d'une contrepartie qui, en réalité, n'existait pas »¹⁴⁴². Il y a, dans la cause, une idée d'existence, qui n'est pas retrouvée dans l'erreur. Bien sûr, la partie n'aurait pas contracté si elle avait su, commettant dès lors une erreur, mais son erreur ne découle pas d'une fausse appréciation de la réalité, mais d'une inexistence de l'objet du contrat, tel qu'espéré. Ce n'est donc pas l'erreur qui est sanctionnée, mais l'absence de cause dont elle découle. Finalement, la notion de fausse cause inclut l'erreur sur l'existence de la cause et les deux notions sont perçues comme synonymes¹⁴⁴³.

Selon M. François Chenédé, la fausse cause serait finalement caractérisée lorsque « le défaut de contrepartie n'avait pas été perçu par le cocontractant lors de la conclusion du contrat »¹⁴⁴⁴. Il propose donc de sanctionner la fausseté de la cause sur le fondement de

¹⁴⁴⁰ Y.-M. LAITHIER, « La fausseté partielle de la cause : entre confirmation et innovation », *RDC* 2007, n° 4, p. 1103.

¹⁴⁴¹ J. MESTRE et B. FAGES, « Evitement de l'annulation : « la fausseté partielle de la cause n'entraîne pas l'annulation de l'obligation, mais sa réduction à la mesure de la fraction subsistante » », *op. cit.*

¹⁴⁴² Y.-M. LAITHIER, « La fausseté partielle de la cause : entre confirmation et innovation », *op. cit.*

¹⁴⁴³ J.-R. BINET, « De la fausse cause », *RTD civ.* 2004, p. 655 : « l'erreur sur la cause est définie comme une erreur portant sur les motifs déterminants de celui qui contracte, à la condition que ces motifs aient été intégrés dans le champ contractuel. Majoritairement, la doctrine enseigne qu'il s'agit d'une variété d'erreur sur les qualités substantielles entraînant la nullité relative du contrat dont elle affecte le consentement sur le fondement de l'article 1110 du code civil. Quand pareille erreur est retenue, on constate que la cause sur laquelle le contractant fondait son engagement est fausse. De là à dire que fausse cause et erreur sur la cause sont deux noms d'une même réalité, il n'y a qu'un pas que la doctrine et la jurisprudence n'ont parfois pas hésité à franchir ».

¹⁴⁴⁴ F. CHENEDE, « La cause est morte ... Vive la cause ? », *op. cit.*

l'article 1169 du Code civil¹⁴⁴⁵. Cet article vise en effet deux possibilités d'annulation du contrat : la contrepartie dérisoire et la contrepartie illusoire. La fausse cause ne saurait relever de la contrepartie dérisoire, car la fausseté partielle de la cause ne nécessite pas que le prix soit ridiculement bas au regard de la contrepartie fournie, ou inversement. Le prix doit simplement ne pas être celui attendu. L'article 1169 vise alors la prestation illusoire. Est illusoire ce qui est propre à faire illusion, ce qui n'est pas réel. L'illusion renvoie justement à la notion d'existence, tout comme la cause.

L'application de l'article 1169 du Code civil à la contrepartie illusoire, c'est-à-dire à l'ancienne fausse cause serait en accord avec la jurisprudence antérieure. Celle-ci écartait en effet la sanction de la nullité pour la reconnaissance de dette, lui préférant la révision du contrat. Or, l'article 1169 vise expressément les contrats à titre onéreux, tandis que la reconnaissance de dette est traditionnellement perçue comme un acte unilatéral.

Au-delà de l'hypothèse de la fausseté, l'exigence d'une contrepartie non illusoire se retrouve également au sein de la garantie des vices cachés.

b. Assimilation du vice caché à une contrepartie illusoire

Compte tenu de l'exigence de l'antériorité du vice à la formation du contrat, la convention comportant un vice caché souffre d'un déséquilibre économique initial à rapprocher de la notion de contrepartie illusoire.

246. Existence d'un déséquilibre économique initial dans le cadre de la garantie des vices cachés. – Énoncé en matière de vente à l'article 1641 du Code civil, la garantie des vices cachés est retrouvée au sein de nombreuses catégories de contrats à titre onéreux, relatifs à une chose tels que la vente d'immeuble à construire¹⁴⁴⁶ (article 1646-1 du Code civil), la vente d'animaux domestiques (article L. 213-7 du Code rural), le bail (article 1721 du Code civil), le crédit-bail, le prêt à usage, le contrat de construction et parfois même certains contrats

¹⁴⁴⁵ F. CHENEDE, « La cause est morte ... Vive la cause ? », *op. cit.* : « cette hypothèse correspond à la “fausse cause” de l'ancien article 1131 du Code civil. Loin d'être une notion distincte de l'“absence de cause”, cette formule se contentait de désigner le cas, d'ailleurs le plus fréquent, où le défaut de contrepartie n'avait pas été perçu par le cocontractant lors de la conclusion du contrat. La contrepartie “dérisoire” correspond à l'hypothèse où la contrepartie est si faible qu'elle peut être considérée comme inexistante (...) Hier nuls pour absence de cause, ces contrats seront annulés demain pour absence de contrepartie. »

¹⁴⁴⁶ En matière immobilière, la garantie des vices cachés constitue *in fine* le pendant de la lésion, en ce qu'elle permet au débiteur du prix de remettre en cause l'équilibre financier de l'opération.

d'entreprise. Sur ce point, bien qu'encouragée par une doctrine ancienne,¹⁴⁴⁷ mais aussi contemporaine¹⁴⁴⁸, la jurisprudence s'est montrée réticente à admettre la garantie des vices cachés au sein du contrat d'entreprise. Pourtant, lorsque l'entrepreneur fournit la matière, le maître de l'ouvrage se retrouve, en pratique, dans une position identique à celle du vendeur. M. Pascal Puig le relève en ces termes « pourquoi le régime de garantie devrait-il différer selon le mode de fabrication, standard ou individualisé, de ce bien ? »¹⁴⁴⁹. Cette distinction s'expliquerait par le risque supérieur couru par l'entrepreneur lorsqu'il réalise une prestation sur mesure, par opposition au vendeur.

La garantie des vices cachés permet, le cas échéant, d'obtenir la nullité du contrat, ou la révision du prix (article 1644 du Code civil)¹⁴⁵⁰, voire le versement de dommages-intérêts (article 1645 du Code civil)¹⁴⁵¹. Relevant du chapitre du Code relatif aux obligations du vendeur, la garantie des vices cachés est traditionnellement envisagée au stade de l'exécution contractuelle. Pourtant, compte tenu de l'instantanéité d'exécution du contrat de vente et de l'exigence de concomitance ou d'antériorité à laquelle est subordonnée la mise en œuvre de la garantie, le vice caché entraîne un déséquilibre économique au sein du contrat dès la formation de celui-ci, ou, plus précisément, du transfert de propriété ou au cours de la jouissance du

¹⁴⁴⁷ Domat estimait ainsi que « si l'entrepreneur est obligé de fournir quelque matière, comme un architecte chargé de fournir les matériaux, il doit la donner bien conditionnée et répondre même des défauts qu'il ignore, car il est tenu de donner bon ce qu'il doit donner, comme celui qui loue une chose est obligé de la donner telle qu'elle doit être pour son usage » (J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 2^e éd., 1701, p. 214).

¹⁴⁴⁸ F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, 2019, n° 744 – J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2^e éd., 2001, n° 32253 – Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, Defrénois, 2003, n° 739 – D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, Dalloz, n° 433 – P. PUIG, *Contrats spéciaux*, *op. cit.*

¹⁴⁴⁹ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, *op. cit.* et v. également P. PUIG, « Application au contrat d'entreprise de la nouvelle garantie de conformité : évolution ou révolution ? », *RDC* 2005, n° 3, p. 963.

¹⁴⁵⁰ Le choix de l'option appartient évidemment à l'acquéreur (Cass. civ. 3^e, 20 oct. 2010, n° 09-16.788 ; *D.* 2010. 2579 ; *RTD civ.* 2011. 141, obs. P.-Y. GAUTIER), celle-ci étant toutefois fermée en cas de revente, de détérioration ou de perte de la chose vendue par l'acquéreur (respectivement Cass. com. 17 mai 1982, *Bull. civ.* IV, n° 182 ; *D.* 1983. IR 479, obs. Ch. LARROUMET – Cass. civ. 1^{re}, 23 oct. 1974 ; *D.* 1977, p. 424 – Cass. civ. 1^{re}, 3 déc. 1996, *Bull. civ.* I, n° 441). Ainsi, « si la perte de la chose vendue arrivée par cas fortuit est aux risques de l'acheteur qui en est demeuré propriétaire, elle ne fait pas obstacle à ce que celui-ci obtienne, par la voie de l'action estimatoire, la réduction du prix que justifie la gravité du vice dont cette chose était atteinte » (Cass. civ. 1^{re}, 3 déc. 1996, n° 94-19.176, *Bull. civ.* I, n° 441 ; *D.* 1997, p. 32 ; *RTD com.* 1997, p. 499, obs. B. BOULOC). Inversement, le juge peut fermer l'option en faveur de la réduction du prix, si le vice n'apparaît pas rédhibitoire (Cass. com. 6 mars 1990, n° 88-14.929, *Bull. civ.* IV, n° 75 ; *RTD com.* 1990, p. 629, obs. B. BOULOC).

¹⁴⁵¹ L'action indemnitaire est tout à fait indépendante de l'exercice de l'action rédhibitoire ou de l'action estimatoire (Cass. com. 1^{er} déc. 1964, *Bull. civ.* III, n° 532. – Cass. com. 25 févr. 1981, *Bull. civ.* IV, n° 111 ; *D.* 1981. IR 445, obs. Ch. LARROUMET. – Cass. com. 19 juin 2012, n° 11-13.176, *Bull. civ.* IV, n° 132 ; *JCP* 2012. 953, avis LEMESLE ; *RDC* 2012, p. 1248, obs. Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ ; *RTD civ.* 2012, p. 741, obs. P.-Y. GAUTIER – Cass. civ. 1^{re}, 26 sept. 2012, n° 11-22.399, *Bull. civ.* I, n° 192 ; *RDC* 2012. 101, obs. J.-S. BORGHETTI ; *RDC* 2013. 161, obs. Ph. BRUN ; *RDC* 2016, p. 164, obs. F. VIAUD).

locataire¹⁴⁵². Peu importe que le vice n'apparaisse que postérieurement à la formation du contrat, dès lors que celui-ci trouve sa source dans une période antérieure.

Le droit de la consommation a également édicté son propre régime, la garantie légale de conformité, laquelle réunit à la fois l'obligation de délivrance conforme et la garantie des vices cachés (articles L. 217-4 et suivants du Code de la consommation).

247. Identification d'une exigence de corrélation entre le montant du prix et l'usage de la chose au sein de la garantie des vices cachés¹⁴⁵³. – Le vice est défini à l'article 1641 du Code civil comme étant le défaut de la chose vendue qui la rend impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminue tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il l'avait connu. La mention de « l'usage » de la chose est ici un renvoi direct à la notion économique de valeur d'usage. La valeur d'usage d'un bien est fonction de son utilité et de sa rareté. Le vice caché vient entraver l'utilisation attendue du bien, diminuant corrélativement ses valeurs d'usage et d'échange. Ne constituera donc un vice que le défaut affectant l'usage de la chose. Il a ainsi été jugé que, en l'absence de clause de garantie de passif ou de réduction du prix, la révélation du passif de la société postérieurement à la vente ne constitue pas un vice caché puisque seule la valeur des parts sociales en est affectée, et non l'usage attendu¹⁴⁵⁴. Il faut, de plus, que cette diminution de l'usage soit caractérisée et le juge conserve la possibilité de refuser l'exercice de l'action en garantie des vices cachés dès lors que l'atteinte à la valeur d'usage serait insuffisante¹⁴⁵⁵. Enfin, peu importe que l'usage de la chose ait été rétabli par une intervention de l'acquéreur, la garantie des vices cachés peut être actionnée dès lors que l'usage n'était pas celui attendu¹⁴⁵⁶.

¹⁴⁵² Le déséquilibre est simplement ignoré des parties et n'est mis en lumière qu'au stade de l'exécution contractuelle. Le vice caché ne constitue pas réellement une inexécution contractuelle en qu'il est inhérent à l'objet du contrat et préexistait à la formation de celui-ci. À l'inverse, l'obligation de délivrance conforme relève davantage de l'exécution contractuelle. Un raisonnement similaire peut également être tenu en matière de garantie d'éviction.

¹⁴⁵³ Le choix aura été fait, au sein de ces développements, d'aborder la garantie des vices cachés sous le prisme de la révision du contrat, alors même que l'article 1644 du Code civil autorise également la réduction du prix. L'action estimatoire constitue toutefois la sanction emblématique de la garantie des vices cachés, et l'action réhibitoire d'une sanction supplétive. La nullité s'applique, en effet, par défaut, et c'est uniquement si, dans sa mansuétude, le débiteur accepte de conserver le bien vicié, que la réduction du prix aura vocation à s'appliquer. Quelle que soit, au demeurant, la perspective retenue, le déséquilibre économique découlant de la garantie des vices cachés, présents dès la conclusion du contrat, produit bien des effets de droit.

¹⁴⁵⁴ Cass. com. 23 janv. 1990, n° 87-17.521, *Bull. civ. IV*, n° 23 ; *D.* 1991, p. 333, note G. VIRASSAMY ; *D.* 1991, somm. 167, obs. O. TOURNAFOND – Cass. com. 4 juin 1996, n° 94-13.047, *Bull. civ. IV*, n° 154 ; *D.* 1996, 176 ; *RTD com.* 1996, p. 680, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *RTD com.* 1997, p. 111, obs. Y. REINHARD et B. PETIT.

¹⁴⁵⁵ Cass. civ. 3^e, 25 janv. 1989, *Bull. civ. III*, n° 23.

¹⁴⁵⁶ Cass. civ. 3^e, 17 févr. 1988, n° 86-15.031, *Bull. civ. III*, n° 38 ; *Defrénois* 1988, p. 1242, obs. G. VERMELLE.

Le recours à l'action estimatoire ne se justifie toutefois que si la valeur d'usage du bien est simplement diminuée, et non totalement abolie. Ainsi, si la chose venait à disparaître compte tenu du vice, seule l'action rédhibitoire serait envisageable et le vendeur doit alors restituer le prix (article 1647 alinéa 1^{er} du Code civil).

Des solutions similaires ont été anticipées par le droit de la consommation. La règle est en effet légèrement différente de celle édictée par le Code civil, puisque le principe en cas de « défaut de conformité » est la réparation ou le remplacement. Ce n'est qu'en cas d'impossibilité que l'acquéreur pourra décider de rendre le bien, ou de solliciter une réduction du prix. L'article L. 217-10 du Code de la consommation précise toutefois que l'option entre la restitution et la révision est ouverte au consommateur, d'une part, si la réparation ou le remplacement ne peut être mis en place dans un délai d'un mois, ou, d'autre part, « si cette solution ne peut l'être sans inconvénient majeur pour celui-ci compte tenu de la nature du bien et de l'usage qu'il recherche ». Ce même article précise également que la restitution ne saurait être envisagée en cas de défaut mineur, faisant ainsi primer la révision du contrat.

248. Lien entre la cause et la garantie des vices cachés. – De plus, dans un récent arrêt, rendu par la troisième Chambre civile le 14 février 2019¹⁴⁵⁷, la Cour de cassation a admis la recevabilité d'une demande fondée sur la nullité de la vente pour absence de cause, alors que le défaut résultait ostensiblement d'un vice caché. L'acquéreur d'un terrain comportant une maison se révélant inhabitable avait payé un prix d'un montant de 158 000 €. Compte tenu des travaux à réaliser, le prix en était même devenu négatif¹⁴⁵⁸, si bien que l'acheteur avait agi en nullité pour dol, et, à défaut, erreur et absence de cause et, à titre subsidiaire, en résolution de la vente pour vices cachés. La cour d'appel refuse d'appliquer la garantie des vices cachés au motif que le contrat litigieux contenait justement une clause d'exclusion, ce que confirme la cour d'appel. Celle-ci déboute également l'acquéreur de sa demande en nullité pour absence de cause, estimant que la vente était causée en ce qu'au jour du contrat, l'acquéreur avait bien reçu la propriété d'une maison qu'il souhaitait acheter, en échange d'un prix convenu entre les parties. Le raisonnement repose ici, à juste titre, sur le fondement de la cause objective.

La cour d'appel accède toutefois à la demande de l'acquéreur concernant la nullité pour erreur, ce que vient casser la Cour de cassation le 4 mai 2016¹⁴⁵⁹, en application d'une

¹⁴⁵⁷ Cass. civ. 3^e, 14 févr. 2019, n° 17-30.942, sur renvoi après cassation, CCC 2019, n° 5, comm. 81, obs. L. LEVENEUR ; *Lexbase Hebdo – Edition Privée Générale*, 2019, n° 779, obs. L. THIBIERGE.

¹⁴⁵⁸ Cf. *supra* n° 14.

¹⁴⁵⁹ Cass. civ. 3^e, 4 mai 2016, n° 15-12.429.

jurisprudence désormais constante en vertu de laquelle la garantie des vices cachés constitue l'unique fondement applicable en cas de défaut de la chose vendue la rendant impropre à sa destination normale¹⁴⁶⁰. La cour d'appel de renvoi s'aligne, en excluant également la nullité pour absence de cause. La Cour de cassation cassera de nouveau l'arrêt d'appel en 2019 pour violation de l'ancien article 1131 du Code civil. La cour d'appel aurait dû « rechercher, comme il le lui était demandé, si l'état du bien au jour de la vente ne rendait pas dérisoire, dès la formation du contrat, la contrepartie à l'obligation de M. X... de payer un prix de 158 000 euros ». La Cour de cassation, consultée pour la première fois sur ce point, semble donc admettre le cumul des actions entre la garantie des vices cachés et la nullité pour absence de cause¹⁴⁶¹. Ce rapprochement entre la garantie des vices cachés et la nullité pour absence de cause témoigne ainsi d'une exigence de corrélation entre le montant du prix et la qualité de la prestation fournie en droit des contrats. Ce faisant, le juge contrôle l'équilibre initial des prestations.

Le mécanisme estimatoire est ainsi dévoyé lorsque les parties manipulent les données relatives au prix et conviennent, conjointement ou non, d'un prix déséquilibré. L'exigence de contrepartie non illusoire formulée par l'article 1169 du Code civil constitue une appréhension directe du déséquilibre en valeur par le droit, conduisant à la nullité du contrat. Une telle sanction peut également être prononcée lorsque le déséquilibre économique a pour origine une mise en œuvre imparfaite du mécanisme estimatoire par les parties.

§2 – Assimilation du déséquilibre économique à une estimation incorrecte de la valeur

La nullité pour absence de contrepartie peut également être prononcée dans une perspective différente, lorsque le mécanisme estimatoire n'a pas été correctement mis en œuvre. Davantage que l'absence totale de contrepartie, la question de l'immixtion judiciaire interroge et toutes les problématiques liées à l'admission de la lésion resurgissent.

¹⁴⁶⁰ Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1996, n° 94-13.921.

¹⁴⁶¹ Déjà admis en matière de dol (Cass. civ. 1^{re}, 6 nov. 2002, n° 00-10.192, *Bull. civ. I*, n° 260, p. 202, *CCC* 2003 n° 38, note L. LEVENEUR), la Cour de cassation maintient toutefois un refus du cumul d'actions entre la garantie des vices cachés et l'erreur sur la substance (Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1996, n° 94-13.921, *Bull. civ. I*, n° 213, p. 148, *D.* 1997, p. 345, obs. O. TOURNAFOND ; *D.* 1998, p. 305, note JAULT-SESEKE – Civ. 3^{ème}, 7 juin 2000, *D.* 2002, Somm. 1002, obs. O. TOURNAFOND ; *CCC* 2002, n° 159, note L. LEVENEUR – Civ. 3^{ème}, 30 mars 2011). V. également sur ce point Y.-M. SERINET, « Erreur et vice caché : variations sur le même thème... » in *Etudes J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 789. M. Louis Thibierge le relève, demeure finalement seul le non-cumul des vices cachés et de l'erreur, mettant ainsi un terme au principe de prévalence des vices cachés sur les autres actions (v. L. THIBIERGE, « La maison de bois », *op. cit.*).

Le principe demeure que les parties sont libres de s'accorder sur un prix ne correspondant pas à la valeur réelle du bien (article 1168 du Code civil). La sévérité de ce principe est d'autant renforcée que de nombreux mécanismes sont mis en œuvre avant la formation du contrat, afin de s'assurer de la parfaite information des parties quant à la véritable valeur du bien. Toutefois, le droit a expressément formulé quelques exceptions à cette prohibition de principe (I.).

Malgré toutes les parades mises en œuvre, le mécanisme estimatoire fait l'objet de quelques dysfonctionnements, inévitables, et une parfaite information des parties n'est pas toujours possible en pratique. Dès lors, le droit ne saurait maintenir un contractant dans une situation délicate : la nullité du contrat doit être envisagée. Il s'agit finalement ici d'appliquer l'article 1103 du Code civil, selon lequel seules les conventions légalement formées ont force obligatoire (II.).

I. LA LESION CORRIGEE

L'article 1168 du Code civil, tel qu'issu de la réforme du droit des obligations, énonce désormais que « dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ». Sans surprise, le principe de la prohibition de lésion, prévu à l'ancien article 1118 du Code civil, a ainsi été repris par la réforme.

L'expression « indifférence de la lésion » est révélatrice : le droit est, en théorie, indifférent à la lésion et ne lui reconnaît aucun effet. Mais cette indifférence n'est pas absolue, en ce qu'il existe des hypothèses dérogatoires dans lesquelles la lésion conduit à la nullité du contrat, témoignant ainsi d'une appréhension juridique du déséquilibre des prestations et, *a fortiori*, de la notion de valeur économique. En sanctionnant la lésion de nullité, tant au sein des contrats commutatifs (A.), que des contrats aléatoires (B.), le droit lui reconnaît une certaine efficacité.

A. *Recevabilité encadrée de la lésion au sein des contrats commutatifs*

L'argument selon lequel le droit ignore le déséquilibre en valeur au nom de la prohibition de la lésion est partiellement erroné, notamment en ce que certains cas de lésion sont reconnus par le droit positif. Ce faisant, le droit accorde des effets à des hypothèses de déséquilibre en valeur. En réalité, l'appréhension du déséquilibre économique est double. S'il est évident que le déséquilibre économique est directement appréhendé au stade de la

délimitation de la lésion (1.), il est également retrouvé au stade de la caractérisation de celle-ci (2.).

1. Rôle du déséquilibre en valeur dans la délimitation de la lésion

Le déséquilibre en valeur est appréhendé directement par le droit à travers différents mécanismes, tant en droit commun des contrats (a.) que dans les contrats conclus par un professionnel (b.).

a. *Domaine de la lésion dans les contrats de droit commun*

Les cas de lésion traditionnellement admis par le droit des contrats autorisent le créancier, ou le débiteur, à se prévaloir d'un déséquilibre économique. Le choix d'admission de ces cas de lésion trouvera toujours à s'expliquer par des motifs politiques.

249. Admission ponctuelle de la lésion du créancier du prix. – Le droit admet ainsi la rescision pour lésion de plus des 7/12^e en matière de vente immobilière (article 1674 du Code civil) et lésion du quart dans le partage de la succession¹⁴⁶² (article 889 du Code civil). Il accorde, en matière immobilière, des effets au déséquilibre en valeur, en permettant l'annulation du contrat à l'initiative du seul vendeur dès lors que le seuil fixé par le législateur est atteint, c'est-à-dire lorsque l'estimation économique réalisée par les parties est inférieure au 7/12^e de la valeur réelle de l'immeuble. L'article 1675 du Code civil se révèle toutefois incomplet au regard des modalités d'appréciation de l'existence de la lésion, le texte indiquant seulement le premier membre de la comparaison à effectuer, la valeur convenue par les parties lors de la formation du contrat. En réalité, cette estimation devra être comparée à la valeur de marché du bien lors de l'action en rachat de la lésion¹⁴⁶³.

Les rares cas de lésion sont l'expression d'un ordre public de protection,¹⁴⁶⁴ car la lésion n'est admise « qu'aux époques où le législateur intervient volontiers dans le domaine économique, soit pour protéger ceux que leur faiblesse intellectuelle ou économique a soumis à la loi du plus fort, soit plus largement au nom de l'équité pour imposer l'équivalence des

¹⁴⁶² La soule versée au cours d'un partage ne constituant pas un prix (cf. *supra* n° 58), la lésion du plus du quart dans le partage ne sera pas étudiée ici. À relever toutefois que l'action en complément de part constitue la règle, et non la rescision. La lésion doit être estimée à la date du partage. Le délai pour agir en lésion a d'ailleurs été ramené de cinq à deux ans afin de davantage correspondre aux réalités économiques actuelles.

¹⁴⁶³ Le choix de la méthode de calcul pour parvenir à établir le prix du marché relève de l'appréciation souveraine des juges du fond (Civ. 1^{re}, 18 déc. 1951 – Cass. civ. 1^{er}, 17 juin 1957 – Cass. civ. 3^e, 19 juin 2007, n° 06-17.699 – Cass. civ. 3^e, 11 janv. 2011, n° 10-15.226 – Cass. civ. 3^e, 2 juin 2016, n° 14.21-142.).

¹⁴⁶⁴ P. DE FONTBRESSIN, « De l'influence de l'acceptation du concept de prix sur l'évolution du droit des contrats », *RTD civ.* 1986, p. 655.

prestations conformément aux principes de la justice commutative »¹⁴⁶⁵. Ainsi, la lésion immobilière se justifie par la volonté de conserver les biens dans la famille. La protection accordée à l'égard du seul créancier se justifie par le fait que si l'individu est parfois contraint de vendre, il ne l'est jamais d'acheter.

250. Modification par la réforme de 2016 de la date d'estimation de la lésion dans la promesse de vente assortie d'une condition suspensive. – La question de la lésion immobilière a notamment soulevé des problématiques liées à la date de l'estimation de la valeur. L'article 1675 prévoit en effet que celle-ci doit être réalisée « au moment de la vente », celui étant classiquement entendu comme la date de rencontre des volontés sur les éléments essentiels du contrat de vente, c'est-à-dire la chose et le prix (article 1593 du Code civil). Le second alinéa de ce texte prend soin de préciser que l'estimation de la valeur doit avoir lieu au jour de la réalisation de la promesse unilatérale de vente¹⁴⁶⁶. En revanche, lorsque la promesse de vente était assortie d'une condition suspensive, la jurisprudence constante en la matière estimait que le « "le moment de la vente" visé par l'article 1675 du Code civil était celui de la rencontre des volontés sur les éléments essentiels du contrat, à savoir, la chose et le prix, ce qui correspondait normalement à la date de la promesse de vente, même en présence d'une condition suspensive »¹⁴⁶⁷. La troisième Chambre civile a approuvé une cour d'appel d'avoir déduit à bon droit que la lésion devait être appréciée à la date du compromis. La promesse étant rétroactive, la vente avait été conclue le même jour. Selon M. Stéphane Pimont, cette solution se justifiait, théoriquement, par le fait que « estimer la lésion après la formation du contrat conduirait à la mélanger d'imprévision, alors que celle-ci n'est pas l'équivalent technique de celle-là »¹⁴⁶⁸.

Cette solution est également contestable en ce qu'elle reposait sur une appréciation purement objective de la lésion. Or, pour une partie de la doctrine, la situation du vendeur serait

¹⁴⁶⁵ P. OURLIAC et J. MALAFOSSE, *Histoire du droit privé. Les obligations*, PUF, 1981, n° 113, p. 121.

¹⁴⁶⁶ Sur ce point, MM. Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Pierre-Yves Gautier estiment qu'il existe une lésion « *a posteriori* ». Ce texte a en effet été adopté en 1949, consacrant une jurisprudence de 1924 imprégnée de la récession monétaire de la Première Guerre mondiale et adoptant une conception subjective de la lésion (v. Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, *op. cit.*, n° 227, p. 174).

¹⁴⁶⁷ Cass. civ. 3^e, 30 mars 2011, n° 10-13.756, *Bull. civ.* III, n° 55 ; *RDC* 2011, n° 3, p. 885, obs. S. PIMONT. En l'espèce, plus de dix ans s'étaient écoulés entre la date de la promesse et celle de la réalisation de la condition et le terrain était devenu constructible entre temps. La valeur avait alors varié de 31 961,70 € à 3 913.560 €. Les vendeurs ont alors espéré obtenir la rescision pour lésion des 7/12^e. La solution est bien acquise en jurisprudence (v. en ce sens Req. 12 mai 1925 ; *RTD civ.* 1926, p. 771, obs. R. DEMOGUE – Cass. civ. 14 nov. 1949 ; *JCP* 1950.II.5255, note R. CAVARROC ; *RTD civ.* 1950, p. 67, obs. J. CARBONNIER – Cass. civ. 3^e, 30 juin 1992, *Bull. civ.* III, n° 3, p. 35 ; *D.* 1993, somm. 236, obs. G. PAISANT).

¹⁴⁶⁸ S. PIMONT, « À quel moment apprécier la lésion des sept douzièmes dans une vente sous condition suspensive ? », *RDC* 2011, p. 885.

la même que celle du promettant et mériterait donc une protection identique¹⁴⁶⁹. La question a finalement été tranchée par la réforme du 10 février 2016, qui a supprimé la rétroactivité de la condition suspensive (article 1304-6 alinéa 1^{er} du Code civil). Désormais, la lésion dans la vente assortie d'une condition suspensive doit être appréciée au jour de la réalisation de la condition, et non de la conclusion de la promesse¹⁴⁷⁰. Ce faisant, le législateur accroit le champ d'application de la lésion immobilière.

251. Admission ponctuelle de la lésion du débiteur du prix. – D'autres hypothèses de lésion peuvent, à l'inverse, être invoquées par le débiteur afin d'obtenir la nullité ou la révision du contrat.

C'est ainsi le cas des prêts à taux dits usuraires. L'article L. 314-6 du Code de la consommation énonce ainsi que « constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit et les sociétés de financement pour des opérations de même nature comportant des risques analogues ». L'usure est ainsi sanctionnée de deux ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende (article L. 341-50 du Code de la consommation). La sanction civile n'est pas la nullité du contrat, mais la révision des intérêts, lesquels constituent la rémunération du prêteur. Au-delà de l'hypothèse du prêt, l'usure est également sanctionnée au sein de la vente à tempérament, dans laquelle le prix de vente est payable en plusieurs fractions échelonnées.

La caution particulière d'un contrat peut également invoquer l'article L. 341-14 du Code de la consommation afin d'obtenir la nullité de la sûreté et ainsi d'échapper à ses obligations, en invoquant contre le créancier professionnel la disproportion existant entre son engagement et ses biens et ses revenus.

Est également admise la lésion de l'acheteur dans la vente d'engrais, dans le but d'éviter que le vendeur ne fasse monter arbitrairement le prix d'un produit nécessaire à l'agriculture. De même, les baux ruraux dont le fermage est supérieur de plus d'un dixième de la valeur normale peuvent bénéficier de la lésion (article L. 411-13 du Code rural), tout comme les baux commerciaux à plus de 10 % de la valeur locative (article L. 145-38 du Code de commerce).

¹⁴⁶⁹ V. en ce sens J. CARBONNIER, *RTD civ.* 1950, p. 67, obs. ss Civ. 14 nov. 1949 et Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux, op. cit.*, n° 227, p. 174.

¹⁴⁷⁰ Au-delà, la récente admission de la révision pour imprévision par l'ordonnance du 10 février 2016 (article 1195 du Code civil) serait également susceptible de remettre en cause cette solution jurisprudentielle bien acquise.

Plus spécialement, l'article L. 5132-5 du Code des transports reconnaît le déséquilibre en valeur dans le contrat d'assistance maritime, lorsque le paiement est « beaucoup trop élevé ou beaucoup trop faible pour les services effectivement rendus » dans un contrat d'assistance maritime (article L. 5132-5 du Code des transports). Une philosophie identique est retrouvée en droit social au regard du salaire minimum interprofessionnel de croissance, lequel constitue le salaire horaire minimal que le salarié doit percevoir.

La lésion est également admise dans les cessions de droit d'auteur (article L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle)¹⁴⁷¹. La logique est ici toutefois à rapprocher davantage de celle retenue en matière de révision judiciaire des honoraires, que celle d'un vice du consentement. La lésion se justifie ici compte tenu d'une impossibilité pratique d'évaluer *a priori* la valeur de la prestation, car il est souvent délicat d'estimer à l'avance les retombées économiques d'une œuvre. Le prix est alors, parfois¹⁴⁷², fixé de manière forfaitaire et pourra, le cas échéant, faire l'objet d'une modification ultérieure « lorsque l'auteur a subi un préjudice de plus de sept douzièmes »¹⁴⁷³. Si l'article L. 131-5 énonce ainsi que la lésion doit être appréciée « en considération de l'ensemble de l'exploitation par le cessionnaire des œuvres de l'auteur qui se prétend lésé », cette opération se révèle délicate à mettre en œuvre en pratique¹⁴⁷⁴.

¹⁴⁷¹ Un arrêt rendu par la première Chambre civile le 14 juin 2007 semble toutefois exclure la publicité des cas de lésion admis en matière de cession de droit d'auteur : « Mais attendu qu'après avoir constaté que l'œuvre musicale, d'une durée de quelques secondes, n'était utilisée que de façon accessoire par la société Bouygues télécom comme identifiant sonore pour son réseau de téléphonie mobile, la cour d'appel a exactement retenu qu'une telle utilisation n'engendrait aucun produit au profit de la société et en a déduit à bon droit que le forfait en contrepartie duquel l'œuvre avait été cédée n'était pas soumis à révision à défaut de remplir les conditions requises par l'article L. 131-5 précité ; que le moyen n'est pas fondé » (Civ. 1^{re}, 14 juin 2007, n° 06-15.863, *Bull. civ. I*, n° 234, *D. 2007*, p. 2578, note D. LEFRANC ; *D. AJ*, p. 1883, obs. J. DALEAU ; *RTD com.* 2008, p. 82, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *CCE 2007*, comm. n° 104, note Ch. CARON). Le caractère « accessoire » de l'œuvre limite toutefois la portée de cette décision.

¹⁴⁷² Le forfait constitue un mode de fixation du prix dérogatoire en la matière, le principe étant à la rémunération proportionnelle. Ce faisant, l'action en révision pour lésion est donc rare en pratique, car réservée à une minorité de contrats.

¹⁴⁷³ L'admission de la lésion n'est toutefois pas systématique, en ce que la Cour de cassation a refusé son application en matière de publicité : « qu'une telle utilisation n'engendrait aucun produit au profit de la société et en a déduit à bon droit que le forfait en contrepartie duquel l'œuvre avait été cédée n'était pas soumis à révision à défaut de remplir les conditions requises par l'article L. 131-5 précité » (Civ. 1^{re}, 14 juin 2007, n° 06-15.863, *Bull. civ. I*, n° 234, *D. 2007*, p. 2578, note D. LEFRANC ; *AJ 2007*, p. 1883, obs. J. DALEAU ; *RTD com.* 2008, p. 82, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *CCE 2007*, comm. n° 104, note Ch. CARON).

¹⁴⁷⁴ Sur ce point, v. X. PRES, « L'action en révision pour lésion et imprévision en droit d'auteur : applications et perspectives », *AJ Contrat* 2018, p. 112 : « ce déséquilibre, pour important qu'il soit, ne sera ni toujours ressenti comme lésionnaire, ni facile à démontrer (...) la cession de droits d'auteur est souvent complétée d'autres sources de revenus, liées par exemple à la cession du support de l'œuvre, spécialement pour les œuvres d'art graphique ou plastique, ou encore à la rémunération d'une prestation de services en sus de la cession de droits d'exploitation, ou enfin au salaire versé à l'auteur qui réalise l'œuvre dans le cadre d'un lien de subordination. La diversité des sources de rémunération est donc susceptible d'influencer la perception de l'auteur quant à l'existence d'un déséquilibre d'ordre financier ».

Ces différentes hypothèses de lésion en droit commun des contrats témoignent ainsi de l'appréhension juridique du déséquilibre en valeur au stade de la formation du contrat. Ce déséquilibre est également identifié au sein des contrats conclus avec un professionnel.

b. Domaine de la lésion dans les contrats conclus avec un professionnel

Le déséquilibre économique initial connaît un accueil particulier dans les contrats conclus par un professionnel. Si l'un des cocontractants est un professionnel, alors la jurisprudence récente de la Cour de cassation semble admettre un cas de lésion. À l'inverse, en l'absence de cocontractant professionnel, la révision pour lésion n'est possible qu'à titre dérogatoire, grâce à une lecture particulière de la législation sur les clauses abusives.

252. Sanction du déséquilibre significatif portant sur l'adéquation du prix au bien vendu. – Si la lésion n'est, en principe, pas admise en droit français, un important arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 25 janvier 2017¹⁴⁷⁵ sème le doute. Attendu par la doctrine,¹⁴⁷⁶ néanmoins non publié, cet arrêt a admis que, à la différence du droit de la consommation, le déséquilibre significatif entre deux professionnels puisse porter sur le prix. L'article L. 442-1 du Code de commerce introduit, en effet, la règle selon laquelle engage sa responsabilité l'auteur qui soumet ou tente de soumettre « un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

Dans l'arrêt rendu par la Chambre commerciale, était en jeu une « ristourne de fin d'année » (RFA) d'un montant de 61 millions d'euros, inscrite dans des contrats-cadres, qu'un groupement d'achat majeur, le Galec, a été contraint de restituer à quarante-six fournisseurs. La Haute Juridiction a estimé que « l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce autorise un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». Le déséquilibre significatif résidait, en l'espèce, dans le fait que « les clauses relatives à la RFA, insérées dans les cent dix-huit contrats-cadres examinés, prévoyaient le paiement de cette

¹⁴⁷⁵ Cass. com. 25 janv. 2017, n° 15-23.547, *D.* 2017, p. 481, note F. BUY ; *D.* 2017, 1075, chron. S. TREARD, F. JOLLEC, T. GAUTHIER, S. BARBOT et A.-C. LE BRAS ; *RTD com.* 2017, p. 593, note M. CHAGNY ; *AJ Contrat* 2017. 132, obs. D. FERRÉ ; *RTD civ.* 2017. 383, obs. H. BARBIER ; *CCC* 2017, n° 77, note M. MATHEY ; *JCP G* 2017, doct. 255, note M. BEHAR-TOUCHAIS. V. déjà en ce sens Paris, 23 mai 2013, n° 12/01166, *RTD com.* 2013. 500, obs. M. CHAGNY ; *CCC* 2013. Comm. 208, obs. N. MATHEY ; *RDC* 2014. 411, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS. Si l'affaire est bien allée jusque devant la Cour de cassation, celle-ci n'a pas été amenée à se prononcer sur ce point.

¹⁴⁷⁶ M. MALAURIE-VIGNAL, « Le nouvel article L. 442-6 du code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ? », *CCC* 2008, dossier 5.

ristourne, soit en contrepartie de la constatation d'un chiffre d'affaires non chiffré ou d'un chiffre d'affaires inférieur de près de moitié à celui réalisé l'année précédente et l'année durant laquelle la RFA était due, soit sans aucune contrepartie et retient que les fournisseurs ont versé une RFA alors que le distributeur n'avait pris aucune obligation ou aucune réelle obligation à leur égard ».

253. Absence de contradiction avec la décision du Conseil constitutionnel du 13 janvier 2011. – Cette solution semble contradictoire avec une décision du Conseil constitutionnel¹⁴⁷⁷ qui avait relevé une similitude avec le régime des clauses abusives en droit de la consommation : l'ancien article L. 442-6 (aujourd'hui L. 442-1) du Code de la consommation aurait dû être interprété à la lumière de la jurisprudence rendue à l'égard des consommateurs, et donc exclure le déséquilibre économique de son champ d'application. Cet argument avait ainsi été invoqué par la deuxième branche du premier moyen du pourvoi. La Chambre commerciale répond expressément à cet argument en énonçant que « la similitude des notions de déséquilibre significatif (...) n'exclut pas qu'il puisse exister entre elles des différences de régime tenant aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines, en particulier quant à la catégorie des personnes qu'il a entendu protéger et à la nature des contrats concernés ». Or, en l'espèce, la protection particulière accordée aux consommateurs ne se justifie pas à l'égard des professionnels, si bien que « l'article L. 442-6, I, 2° (...) n'exclut pas, contrairement à l'article L. 212-1 du code de la consommation, que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu ».

Si l'article L. 212-1 du Code de la consommation exclut volontairement le prix du champ d'application des clauses abusives, l'article L. 442-6 du Code de commerce n'opère pas textuellement une telle distinction, ne visant que les « obligations ». Ainsi, « sa rédaction autorise son application à n'importe quel type d'obligation, sans distinction aucune, conformément à l'adage *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* »¹⁴⁷⁸. Cette lecture serait heureuse, selon M. Hugo Barbier, qui se félicite de la variabilité de la notion de

¹⁴⁷⁷ Cons. const. 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, *D.* 2011, p. 415, note Y. PICOD ; *D.* 2011, p. 392, chron. M. CHAGNY ; *D.* 2011, p. 2823, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE, T. GARE, S. MIRABAIL et T. POTASZKIN ; *D.* 2011, p. 2961, obs. CENTRE DE DROIT DE LA CONCURRENCE YVES SERRA ; *AJ pénal* 2011, p. 191, obs. J.-B. PERRIER ; *RTD civ.* 2011, p. 121, obs. B. FAGES ; *RTD com.* 2011, p. 655, obs. B. BOULOC : afin de reconnaître la constitutionnalité de l'article L. 442-6, le Conseil constitutionnel a relevé une similitude avec le régime des clauses abusives en droit de la consommation pour lesquelles la vérification de l'adéquation du prix à la valeur du bien vendu est écartée.

¹⁴⁷⁸ M. CHAGNY, « Le domaine d'application de la règle sur le déséquilibre significatif : le flux et le reflux », *RTD com.* 2017, p. 593. V. également en ce sens F. BUY, « La Cour de cassation autorise un contrôle judiciaire du prix en application de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce », *D.* 2017, p. 481.

déséquilibre significatif, à défaut de quoi « il faudrait, par exemple, répliquer les listes noires et grises du droit de la consommation pour les relations entre professionnels et tuer du même coup les contrats d'affaires français »¹⁴⁷⁹.

Il semblerait *in fine* qu'un nouveau cas de lésion ait été introduit en droit positif, dans le cadre des rapports professionnels¹⁴⁸⁰. Dès lors qu'une clause du contrat crée un déséquilibre en valeur entre les droits et obligations des parties, le juge se verrait offrir la possibilité de contrôler l'équivalence des prestations. Tel pourrait être le cas lors d'une « absence de lien entre la valeur effective des services rendus et leur rémunération forfaitaire, manifestement excessive »¹⁴⁸¹ ou lorsque « la valeur [des] services ne [pouvait] être supérieure à la moitié des sommes [...] versées »¹⁴⁸².

254. Interprétation nouvelle à nuancer. – Il convient toutefois de préciser qu'en l'espèce, le déséquilibre significatif « ne résultait pas du niveau des prix consentis, mais du mécanisme de mise en œuvre d'une ristourne de fin d'année ». La Cour de cassation, tout comme la cour d'appel avant elle, n'a pas exercé, en pratique, de véritable contrôle sur le prix et s'est contentée de relever l'absence de contrepartie aux RFA accordées par le fournisseur aux distributeurs¹⁴⁸³, et non le déséquilibre des prestations. Par ailleurs, en l'absence d'une définition légale du prix excessif, et compte tenu du peu de jurisprudence sur ce point, l'exercice d'un tel contrôle judiciaire sera nécessairement délicat en pratique.

Enfin, en vertu de l'article 2 du Code civil, la Cour de cassation n'a pas appliqué, dans cet arrêt de 2017, le nouvel article 1164 du Code civil, pourtant issu de la réforme de 2016. Selon cette nouvelle disposition, l'abus dans la fixation du prix, dans un contrat-cadre comme c'était le cas en espèce, ne peut se résoudre que par l'allocation de dommages-intérêts, ou par la résolution judiciaire du contrat. Le champ d'application de cet article se juxtapose ainsi partiellement à l'article L. 442-1 du Code de commerce. En effet, si tous deux sont applicables aux contrats-cadres et qu'un prix abusif peut constituer un déséquilibre significatif, tous les déséquilibres significatifs ne constituent pas nécessairement le fruit d'une fixation abusive.

¹⁴⁷⁹ H. BARBIER, « Les avancées du contrôle de l'adéquation du prix à la prestation du contrat via la sanction des clauses abusives », 2017, *RTD civ.* p. 383.

¹⁴⁸⁰ M. CHAGNY, « Le domaine d'application de la règle sur le déséquilibre significatif : le flux et le reflux », *op. cit.*

¹⁴⁸¹ Cass. com. 11 sept. 2012, n° 11-14.620, *D.* 2012, p. 2760, obs. CENTRE DE DROIT DE LA CONCURRENCE YVES SERRA ; *D.* 2013, p. 732, obs. D. FERRIER. V. également CA Paris, 1^{er} juill. 2015, n° 14/03593 (approuvé par Cass. com. 8 juin 2017, n° 14-03.593) – CA Paris, 14 févr. 2018, n° 16/07983 – Paris, 13 juin 2018, n° 18/04602.

¹⁴⁸² CA Paris, 18 nov. 2009, n° 09/00341. V. également CA Paris, 19 janv. 2011, n° 07/22152.

¹⁴⁸³ X. HENRY, « Clauses abusives dans les contrats commerciaux : état des lieux dix ans après », *AJ Contrat* 2018, p. 370.

L'articulation de l'article 1164 du Code civil et de cette nouvelle interprétation de l'article L.442-1 du Code de commerce révèle donc un conflit, lequel devra être résolu à l'avenir.

Il convient toutefois de rappeler que, bien que cette interprétation de l'article L.442-6 du Code de commerce pourrait conduire à admettre la lésion entre professionnels et, par conséquent, à opérer un contrôle direct du niveau des prix, tel n'est pas l'esprit du droit de la concurrence. Celui-ci a en effet pour objectif de garantir la concurrence, qui relève en elle-même de l'intérêt général, et non de s'assurer que les individus achètent au juste prix.

255. Contournement possible de la prohibition d'application de la législation sur les clauses abusives au montant du prix. – Les clauses abusives comme prévu à l'article L. 212-1 du Code de la consommation ne peuvent, en principe, porter « sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert ». Un consommateur estimant avoir payé un prix excessif ne pourra donc pas se retourner contre le professionnel en invoquant le caractère abusif de la clause de prix. Les consommateurs seraient en effet suffisamment protégés par le jeu de la concurrence¹⁴⁸⁴ : sauf entente, les prix proposés par le professionnel s'aligneraient sur ceux de la concurrence, ne pouvant ainsi être considérés comme excessifs. Il serait par ailleurs dangereux de remettre un tel pouvoir entre les mains du juge, compte tenu du risque d'une interprétation subjective. C'est sur le fondement de cette prohibition que le droit de la consommation se revendique ouvertement désintéressé par « l'équivalence globale entre la prestation fournie et le prix demandé »¹⁴⁸⁵.

Il convient toutefois de rappeler que l'article L. 212-1 du Code de la consommation est la transposition de l'article 4 de la directive européenne 93/13/CE¹⁴⁸⁶, laquelle est d'harmonisation minimale. Les États membres sont libres de retenir une interprétation plus restrictive de la norme. Ainsi, « il importe de laisser la possibilité aux États membres, dans le respect du traité, d'assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur au moyen de dispositions nationales plus strictes que celles de la présente directive »¹⁴⁸⁷. Tel est le parti pris par la Cour de cassation espagnole, qui autorise un contrôle judiciaire du caractère abusif des clauses de prix¹⁴⁸⁸. Il serait donc possible, théoriquement, d'emprunter une voie similaire en droit français.

¹⁴⁸⁴ J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2015, n° 170, p. 171.

¹⁴⁸⁵ J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, *ibid.*

¹⁴⁸⁶ Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

¹⁴⁸⁷ Considérant n° 12 de la directive précitée.

¹⁴⁸⁸ CJUE, 3 juin 2010, aff. C-484/08, *Caja de Alhorros y Monte de Piedad de Madrid*.

Deux tempéraments peuvent être apportés à cette prohibition de principe. Le premier découle de la formulation même de l'article L. 212-1 du Code de la consommation : l'adaptation du prix à la valeur est exclue du champ d'application de la législation sur les clauses abusives, « pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ». En mêlant ainsi le fond (l'équivalence des contreparties) avec la forme (la clarté de la clause), le législateur ouvre une porte, « vers un contrôle du contenu contractuel en invoquant un défaut de forme »¹⁴⁸⁹. Il n'est pas inenvisageable que le juge saisisse l'occasion offerte par une clause obscure afin de rééquilibrer l'économie du contrat.

Le second tempérament est, quant à lui, d'origine prétorienne. Dans un arrêt non publié en date du 12 octobre 2016¹⁴⁹⁰, la première Chambre civile a ainsi réputé non-écrite la clause selon laquelle « le temps de trajet des intervenant(e)s est inclus dans le temps de prestation ». La Cour estime en effet que cette clause instaure un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties en ce que « le mode de calcul du prix de la prestation ainsi stipulé créait une réelle incertitude quant à la durée effective de celle-ci, le prix de la prestation fournie étant modifié en fonction du temps de trajet ». Le contrôle du mode de calcul du prix permet de contourner la prohibition de principe, marquant ainsi une évolution nette vers le contrôle des prix abusifs¹⁴⁹¹. Les juges n'ont ici pas pris la peine de s'abriter derrière le caractère obscur de la clause, laquelle était, au demeurant, on ne peut plus explicite. La première Chambre civile observe un raisonnement en deux temps. Les juges ont tout d'abord constaté que « cette clause plaçait le consommateur dans l'impossibilité de connaître et maîtriser son coût ». Le professionnel était, à l'inverse, totalement en mesure de connaître, voire d'influencer, le montant du prix. C'est justement l'incertitude du consommateur que la Cour de cassation a sanctionné en considérant que celle-ci entraîne « un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au détriment du consommateur ». Dans une affaire similaire, la Chambre commerciale est parvenue à une solution identique¹⁴⁹². Était en l'espèce reproché à la compagnie aérienne Air France de facturer des « frais de service », lors de l'émission d'un nouveau billet, lorsque le premier n'avait pas été utilisé pour cause de force majeure. Aucune précision n'était apportée quant au montant de ces frais, si bien que le consommateur était dans

¹⁴⁸⁹ J.-L. FOURGOUX, « Le nouveau droit des obligations à l'épreuve de la pratique - Le prix dans le contrat : une remise en cause de la liberté contractuelle par le droit commun des contrats et le droit du marché ? », *Revue des Juristes de Sciences Po*, 2017, n° 13, p. 3.

¹⁴⁹⁰ Cass. civ. 1^{re}, 12 oct. 2016, n° 15-20.060.

¹⁴⁹¹ J.-L. FOURGOUX, « Le nouveau droit des obligations à l'épreuve de la pratique - Le prix dans le contrat : une remise en cause de la liberté contractuelle par le droit commun des contrats et le droit du marché ? », *ibid.*

¹⁴⁹² Cass. com. 26 avril 2017, n° 15-18.970.

l'impossibilité de connaître le total potentiellement exigé. La Cour de cassation a estimé qu'une telle clause devait être réputée non-écrite, au motif qu'elle « laisse au professionnel le pouvoir de déterminer librement les frais en cause, sans que le consommateur ait eu connaissance de règles de principe préalablement fixées et permettant leur fixation ». La Chambre commerciale s'est prononcée au visa de l'ancien article R. 132-1 du Code de la consommation (aujourd'hui R. 212-1), lequel présume irréfragablement abusive la clause conférant au professionnel « le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat ». En ayant ainsi recours à la notion d'interprétation unilatérale, la Cour de cassation semble s'être arrogé un pouvoir permettant une forme de contrôle indirect du niveau des prix, en opposition avec l'article L. 212-1 du Code de la consommation.

Une fois déterminé les différentes hypothèses d'appréhension directe de la valeur économique dans la caractérisation, il convient de s'intéresser à l'accueil réservé à ce même déséquilibre au stade cette fois-ci de la sanction de la lésion.

2. Rôle du déséquilibre en valeur dans la caractérisation de la lésion

L'appréhension du déséquilibre en valeur dans les contrats commutatifs est d'autant plus explicite au stade de la preuve et de la sanction de la lésion.

256. Appréhension directe du déséquilibre en valeur dans la preuve de la lésion. – L'étude de la preuve de la lésion met en lumière la prise en compte explicite de la valeur par le droit positif. L'appréhension de la lésion en droit positif n'est, en effet, pas dans la droite lignée de celle opérée par les rédacteurs du Code civil, bien qu'aucune disposition légale précise n'ait été édictée. La lésion a ainsi été conçue comme un vice de volonté, si bien qu'elle était envisagée à l'ancien article 1118 du Code civil, après qu'aient été successivement envisagés l'erreur, le dol et la violence¹⁴⁹³. La lésion chez le mineur et chez le majeur protégé atteste, par ailleurs, bel et bien d'une volonté de protéger des personnes de faible volonté¹⁴⁹⁴. Enfin, l'application récente de la lésion aux rapports entre professionnels intervient dans le contexte d'un rapport de force entre les producteurs et les distributeurs, les premiers étant souvent

¹⁴⁹³ Selon M. Denis Mazeaud, le rattachement de la lésion aux vices du consentement relèverait, en théorie, du bon sens puisque « sauf à être mû par un esprit de sacrifice, ou plus exactement par une intention libérale, un contractant ne consent pas spontanément à réaliser une mauvaise affaire ». Au-delà, « il est probable, en effet, que le contractant, finalement lésé, n'a accepté de conclure un contrat déséquilibré à son détriment que parce qu'il a agi sous l'empire d'une erreur, spontanée ou provoquée, ou d'une crainte déterminante » (D. MAZEAUD, « Lésion », *Rep. dr. civ.* 2018, n° 5).

¹⁴⁹⁴ Ch. LARROUMET, *Les obligations. Le contrat*, III, 5^e éd., Economica, coll. Droit civil, n° 417, p. 400.

contraints d'accepter les conditions imposées par les seconds. La recevabilité de l'action en rescision pour lésion était ainsi subordonnée à la preuve d'un vice, ce qui venait d'autant diminuer le domaine, déjà restreint, de la lésion¹⁴⁹⁵. Ce rattachement de la lésion pouvait toutefois être contesté avant la réforme, puisque celle-ci serait « inconciliable avec le domaine restreint que le Code civil assigne à la lésion »¹⁴⁹⁶.

Toutefois, la lésion figure désormais à l'article 1168 du Code civil, à la suite des règles relatives au contenu du contrat, et non plus de celles ayant trait au consentement. Un changement de perspective peut ainsi être observé, le législateur ayant subi l'influence de la jurisprudence. Cette dernière a, en effet, de longue date retenu une conception objective de la lésion¹⁴⁹⁷. Ainsi, la jurisprudence reconnaît que le déséquilibre entre le prix et la valeur ne résulte pas d'un vice du consentement, mais existe *per se*, du fait d'une mauvaise estimation de la valeur économique¹⁴⁹⁸. Un simple déséquilibre en valeur ne saurait se voir opposer une fin de non-recevoir au motif qu'il aurait fallu apporter la preuve d'un vice du consentement : la lésion est « en elle-même et à elle seule cause de rescision, indépendamment des circonstances qui ont pu l'accompagner ou lui donner naissance »¹⁴⁹⁹. Inversement, un vice du consentement n'engendre pas systématiquement une lésion¹⁵⁰⁰, les deux notions étant purement autonomes l'une de l'autre.

257. Influence du juge dans la rescision pour lésion. – La rescision pour lésion n'a rien de systématique et le juge se révèle influent en la matière. Le rôle premier du juge est

¹⁴⁹⁵ D. MAZEAUD, « Lésion », *op. cit.*

¹⁴⁹⁶ M. Denis Mazeaud le souligne, « Si celle-ci reposait sur une présomption de vice du consentement, elle devrait affecter la validité de tous les contrats souffrant d'un déséquilibre économique. Or le code ne lui reconnaît qu'exceptionnellement une telle conséquence » D. MAZEAUD, « Lésion », *op. cit.*

¹⁴⁹⁷ La jurisprudence considérait par exemple que la demande en rescision pour lésion constituait une nouvelle demande, aux côtés de celle en nullité fondée sur les vices du consentement. Une telle demande était ainsi irrecevable en appel (Civ. 3 janv. 1951, *S.* 1952. 1. 58 ; *RTD civ.* 1952. 235, obs. J. CARBONNIER. – Cass. civ. 3^e, 21 mai 1979, *Bull. civ.* III, n^o 110). De même, en cas de conflit de lois dans l'espace, la loi applicable était celle du lieu de situation de l'immeuble objet de la lésion, et non celle du lieu de conclusion du contrat, normalement applicable en cas de vice du consentement (Req. 29 juin 1931, *Rev. crit. DIP* 1932. 295). La jurisprudence a par ailleurs poussé le raisonnement jusqu'à l'extrême, en admettant que, dans une promesse unilatérale de vente, l'équilibre en valeur dût être apprécié non pas au jour de la promesse, mais au jour de la levée d'option par le bénéficiaire (Cass. civ. 14 nov. 1916, *DP* 1921, 1, 134), solution consacrée ultérieurement à l'article 1675 du Code civil.

¹⁴⁹⁸ Sur ce point, Mme Marie-Anne Frison-Roche estime que la jurisprudence a « accepté l'inacceptable » (M.-A. FRISON-ROCHE, « Unilatéralisme et consentement », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Economica, 1999, p. 21).

¹⁴⁹⁹ Req. 28 déc. 1932, *DP* 1932, 1, p. 87, v. *GAJC*, n^o 263 – Req. 21 mars 1933, *DG* 1933. 235, *S.* 1933. 1. 136 – Civ. 21 avr. 1950, *S.* 1951. 1. 57, *JCP* 1950.II .5800, obs. CAVARROC – Cass. civ. 1^{re}, 19 oct. 1960, *Bull. civ.* I, n^o 448, p. 366. V. *contra* Paris, 28 mars 1945, *Gaz. Pal.* 1945. 1. 176).

¹⁵⁰⁰ Cass. civ. 3^e, 6 déc. 1972, *Bull. civ.* III, n^o 668, p. 493.

l'application du seuil légal de la lésion à une valeur économique réelle. Ce faisant, le juge retrouve une certaine liberté¹⁵⁰¹, bien qu'il soit pour cela assisté d'experts.

Le juge joue également un second rôle dans les cas où la lésion n'a pas été quantifiée par la loi, c'est-à-dire lorsque le législateur n'a pas prévu de pourcentage, à l'instar des contrats d'assistance maritime. L'importance du déséquilibre économique est alors laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Le déséquilibre économique joue ainsi un double rôle tant dans la délimitation de la lésion que dans sa caractérisation. Si la lésion semble finalement admise assez restrictivement dans les contrats commutatifs, les contrats aléatoires peuvent également faire l'objet, de manière tout aussi restreinte, d'une rescision pour lésion.

B. Recevabilité de la lésion au sein des contrats aléatoires

L'étude approfondie annoncée, tenant à la réception du déséquilibre économique par le droit au sein des contrats aléatoires, peut laisser perplexe, compte tenu de l'adage « l'aléa chasse la lésion ». Il est ainsi traditionnellement admis que les contrats aléatoires, ainsi que les contrats *a priori* commutatifs¹⁵⁰², ne peuvent faire l'objet d'une rescision pour lésion¹⁵⁰³. Le domaine de la lésion est, en effet, traditionnellement réservé aux contrats commutatifs, sans pour autant reposer sur une assise formelle précise. L'article 1168 du Code civil, posant le principe d'indifférence de la lésion, vise ainsi les contrats synallagmatiques, et non pas les contrats commutatifs. Pourtant, l'étude du bien-fondé de cette distinction et de la jurisprudence afférente révèle des limites.

Aléa et déséquilibre économique ne sont pas des synonymes parfaits. Si la présence d'un aléa complexifie l'identification d'un éventuel déséquilibre économique, elle n'y fait pas

¹⁵⁰¹ Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz actions, 2021-2022, n° 3361.143.

¹⁵⁰² Le contrat *a priori* commutatif est accidentellement aléatoire : l'aléa a été volontairement introduit par les parties au sein d'une convention qui n'en exige pas nécessairement (F. GRUA, « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RTD civ.* 1983, p. 263). Peuvent être cités, à titre d'exemple, la vente dépourvue de toute garantie d'éviction ou de garantie des vices cachés, la cession de droits litigieux, et la vente d'un tableau ou d'un brevet pour lequel un doute subsiste quant à l'authenticité. En application de l'adage selon lequel l'aléa chasse la lésion, le déséquilibre économique ne serait, en principe, pas appréhendé par le droit dans ce type de contrat. Plus généralement, A. MORIN, *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, LGDJ, coll. des thèses de l'École doctorale de Clermont-Ferrand, 1998.

¹⁵⁰³ Cass. civ. 1^{re}, 17 avr. 1956, *Bull. civ.* I, n° 170 : « le caractère aléatoire d'une vente exclut la rescision pour lésion ». V. également Cass. civ. 3^e, 2 mai 1972, *Bull. civ.* III, n° 272 (vente) – Cass. civ. 1^{re}, 17 avril 1956, *D.* 1956, p. 427 (mandat dans lequel seul le mandataire assume les risques de l'opération) – Cass. com. 4 oct. 1977, *Bull. civ.* IV (prêt dont le montant des intérêts dépendait des affaires de l'emprunteur) – Cass. com. 13 mai 1986, n° 84-11479, *Bull. civ.* IV, n° 90, p. 77 (absence de rescision pour lésion dans la cession à forfait).

obstacle pour autant. Le droit se revendique ainsi le garant de l'économie du contrat, dès lors que la répartition des chances de gain et de risque entre les contractants n'est plus juste lors de la formation du contrat. La question de l'encadrement de l'équilibre ne se pose toutefois que dans les contrats comportant un rapport synallagmatique, où les parties n'ont pas pour seul but de « jouer sur l'événement¹⁵⁰⁴ » en bravant le sort. Les contrats de jeux et de paris seront ainsi exclus de ce raisonnement¹⁵⁰⁵.

258. Impossibilité de la réception théorique de la lésion immobilière dans la rente viagère. – Selon Carbonnier, la sévérité d'une telle règle s'explique par deux séries d'arguments¹⁵⁰⁶. Le premier argument est d'ordre psychologique : le contrat aléatoire est par nature spéculatif et les parties acceptent de courir un risque¹⁵⁰⁷. La perspective d'un déséquilibre était admise dès la formation du contrat par les deux parties, si bien qu'il serait contre-productif d'admettre que l'une des parties peut se prévaloir d'une inéquivalence. Le second argument est quant à lui d'ordre mathématique, puisque l'introduction d'un aléa rendrait impossible l'appréciation d'au moins l'une des prestations lors de la formation du contrat.

La jurisprudence a, en pratique, contourné ces deux obstacles¹⁵⁰⁸. Le fondement mathématique, en effet, peut être aisément renversé en ce que les données statistiques conduisent à l'élaboration de barèmes, lesquels permettent d'apprécier aisément la valeur des prestations des parties lors de la conclusion du contrat¹⁵⁰⁹. De même, dans le cas de la rente viagère, la valeur de l'immeuble, objet du contrat, est aisée à établir. Cet argument est toutefois insuffisant, pris isolément, en ce qu'il ne s'agit que de statistiques, lesquelles peuvent toujours être contredites. L'argument mathématique apparaît, par ailleurs, d'autant plus hypocrite qu'il repose sur l'impossibilité d'estimer la prestation objet du contrat lors de la formation de celui-ci. Or, l'appréciation économique de l'une des prestations lors de la formation du contrat est parfois rendue impossible par les exigences de la pratique, comme c'est le cas au sein des

¹⁵⁰⁴ H., J. et L. MAZEAUD, *Leçon de droit civil*, t. III, vol. 2, 4^e éd., n° 1526.

¹⁵⁰⁵ Ces contrats sont toutefois encadrés pénalement : la disparition de l'aléa par le fait d'un des cocontractants y a d'importantes conséquences.

¹⁵⁰⁶ J. CARBONNIER, obs. ss Req. 6 mai 1946, *RTD civ.* 1946, p. 324.

¹⁵⁰⁷ Le risque couru par les parties est ici supérieur à la chance et au risque qui « se glissent dans l'intégralité des contrats, la spéculation étant l'âme de toutes les conventions » (F. GRUA, « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *op. cit.*).

¹⁵⁰⁸ Req. 22 nov. 1937 – Civ. 27 déc. 1938, *D. P.* 1939.I.81 – Cass. civ. 3^e, 10 oct. 2012, n° 11-11.069 – Cass. civ. 3^e, 10 juin 1998, n° 94-11.778, *Bull. civ. III*, n° 125 p. 84.

¹⁵⁰⁹ Le recours aux données statistiques ne doit toutefois pas être systématisé, v. sur ce point Cass. civ. 1^{re}, 27 déc. 1938, *DP* 1939, 1, 81, note R. SAVATIER : « les résultats des statistiques, certains lorsqu'il s'agit de la vie d'un grand nombre de personnes, ne sauraient faire disparaître le caractère aléatoire d'un contrat isolé, aux termes duquel l'importance des prestations stipulés dépend de la longueur, toujours incertaine de la survie d'un seul individu désigné ».

contrats d'entreprise et de mandat. Ces conventions bénéficient – ou bénéficiaient – justement d'un mécanisme de contrôle de l'équilibre financier des prestations *a posteriori*. M. Philippe Jouary envisage ainsi la possibilité théorique : « de concevoir une lésion au stade de l'exécution du contrat si le prix a été fixé à ce moment »¹⁵¹⁰.

Seul finalement l'argument psychologique semble constituer le dernier bastion de l'indifférence de la lésion au sein des contrats commutatifs. Pourtant, Mme Huguette Méau-Lautour le souligne, le droit ne tolère pas au sein des contrats aléatoires « une inéquivalence trop grave »¹⁵¹¹. Si le risque à courir était lésionnaire dès l'origine, alors le contrat pourrait être annulé pour lésion. Cette perspective est ainsi retrouvée dans les contrats faiblement aléatoires.

259. Admission de la lésion au sein de la rente viagère, sous couvert de la requalification erronée en contrat commutatif. – La jurisprudence admet la rescision pour lésion lorsque la mention du capital au sein du contrat n'est utilisée que dans le but d'opérer une conversion immédiate en rente viagère¹⁵¹². Selon la Cour de cassation, la rente constitue alors une modalité de paiement, dépourvue de tout aléa¹⁵¹³. L'aléa contenu par la rente serait purement fictif, si bien que l'opération devrait être requalifiée en vente au sens classique du terme, à laquelle il sera possible d'appliquer la rescision pour lésion immobilière. La Haute Juridiction applique *in fine* le régime de la vente classique, à la vente avec constitution de rente viagère, considérant que la mention du capital dans l'acte de vente fait disparaître l'aléa.

Il ne saurait, pourtant, être légitimement soutenu que la disparition de l'aléa permettrait une véritable rescision pour lésion au sein des contrats aléatoires. Pourtant, M. Philippe Simler le relève : « la distinction entre la fixation d'un prix converti en rente ou d'une rente déterminée en considération de la valeur du bien aliéné paraît bien subtile, sinon arbitraire lorsque les parties se sont exprimées avec une certaine maladresse »¹⁵¹⁴. Le critère établi par la

¹⁵¹⁰ Ph. JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, Paris II, 2002, n° 573, p. 511.

¹⁵¹¹ H. MEAU-LAUTOUR, « Aléa, lésion et vileté du prix », *JCP N*, 1990, p. 301.

¹⁵¹² Req., 12 nov. 1930, *Gaz. Pal.* 1930, 2, p. 941. – Req., 2 janv. 1935, *Gaz. Pal.* 1935, 1, p. 361. – Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 1960, *Bull. civ. I*, n° 66. À l'inverse, la Cour de cassation refuse quasi systématiquement la rescision pour lésion dans la rente viagère, si l'indication de la valeur du bien au sein du contrat n'a que pour objectif de servir de base de calcul aux arrérages (Cass. civ. 1^{re}, 18 juill. 1958, *Bull. civ. I*, n° 394. – Cass. civ. 3^e, 12 déc. 1973, n° 72-14.244, *Bull. civ. III*, n° 629).

¹⁵¹³ Cass. ass. plén. 4 avr. 2008, n° 07-14.523, *Bull. A. P.* n° 1, *BICC* 1er juin 2008, rapp. D. BIGNON et avis F. CUINAT, *D.* 2008. *AJ* 1143, obs. I. GALLMEISTER ; *JCP* 2008. I. 179, n° 13, obs. R. WINTGEN, *LPA* 28 mai 2008, note N. LEBLOND, *Defrénois* 2008. 1829, note Y. DAGORNE-LABBE, *RLDC* 2008/ 50, n° 3013, obs. C. LE GALLOU, *RDC* 2009. 151, obs. S. PIMONT, *RTD com.* 2008. 841, obs. B. BOULOC, *RJDA* 6/ 08, n° 631.

¹⁵¹⁴ Ph. SIMLER, « Contrats aléatoires. Rentes viagères. Caractères. Conditions de validité », *J-Cl. Civ.* art. 1968 à 1983, fasc. 10, 2016, n° 26. V. également en ce sens H. MEAU-LAUTOUR, « Aléa, lésion et vileté du prix », *op. cit.* et G. KLEIN, « Aléa et équilibre contractuel dans la formation du contrat de vente d'immeuble en viager », *RTD civ.* 1979, p. 13.

jurisprudence, la mention du capital au sein de l'acte de vente, s'avère critiquable en ce que l'aléa demeure, malgré la conversion en rente viagère. L'étendue des obligations du débirentier reste, en effet, soumise à la durée de la vie du crédirentier. Il semblerait, dès lors, que la Cour de cassation admette la rescision pour lésion au sein de conventions aléatoires, en recourant à une requalification douteuse en contrat commutatif. De ce fait, la Cour opère un contrôle de l'équivalence économique des prestations au sein d'un contrat aléatoire, ce à quoi elle prétend pourtant se refuser.

Dans un récent arrêt du 10 octobre 2012¹⁵¹⁵, la Cour de cassation a toutefois directement admis la rescision pour lésion au sein d'une rente viagère, sans prendre la peine ni de constater le défaut d'aléa ni de requalifier la vente. Le chapeau de l'arrêt énonce ainsi que « pour savoir s'il y a lésion de plus des sept douzièmes, il faut estimer l'immeuble suivant son état et sa valeur au moment de la vente » et ainsi tenir compte d'un éventuel droit d'usage et d'habitation. La portée de cette décision est toutefois douteuse, en ce qu'elle n'a pas été publiée, et n'a pas connu un important écho au sein de la doctrine¹⁵¹⁶.

260. Admission de la rescision pour lésion limitée aux rentes viagères faiblement aléatoires. – Se pose, dès lors, la question d'une application assumée, par la Cour de cassation, de la lésion aux rentes viagères, autorisant de ce fait un contrôle judiciaire de l'équilibre économique du contrat. La réponse doit être nuancée et l'admission de la lésion au sein des contrats aléatoires limitée aux seuls contrats faiblement aléatoires. S'il est, en effet, certain que les parties se sont assujetties à un aléa, elles ont toutefois convenu du montant des arrérages. Dès lors, le contrôle opéré par le juge judiciaire ne devrait porter que sur celui-ci. M. Philippe Jouary le souligne : « autrement dit, le préjudice qui résultera pour l'une des parties de la réalisation de l'aléa ne saurait être considéré comme une lésion dès lors que chacune a accepté par avance le risque et que toutes les parties courent une chance égale de gain et de perte. Mais cela n'interdit nullement de vérifier si le montant initialement convenu pour la valeur de l'immeuble est ou non lésionnaire »¹⁵¹⁷. Sera considérée comme lésionnaire la rente dont le montant sera, peu importe la durée d'exécution du contrat, dérisoire. Une telle perspective est ainsi retenue par M. Pierre-Yves Gautier, lequel propose une méthode de calcul claire : « pour évaluer le prix, on prendra son élément fixe puis, grâce aux tables de mortalité dressées dans les domaines de l'assurance et du droit fiscal (insertion de l'usufruitier dans sa catégorie d'âge

¹⁵¹⁵ Cass. civ. 3^e, 10 oct. 2012, n° 11-11.069, rectifié par un arrêt du 28 mai 2013.

¹⁵¹⁶ V. toutefois Th. SEMERE, « Lésion et contrat assorti d'une rente viagère », *JCP N*, 2013, n° 20, pp. 23-24.

¹⁵¹⁷ Ph. JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, *op. cit.*, n° 573, p. 511.

et de santé, à laquelle correspond un coefficient multiplicateur), on convertira l'usufruit en capital, ce qui donnera la somme totale »¹⁵¹⁸.

La Cour de cassation a déjà statué en ce sens à deux reprises. Dans un premier arrêt, rendu par la troisième Chambre civile le 3 octobre 1991¹⁵¹⁹, a ainsi été admis la rescision pour lésion d'une vente avec réserve d'usufruit au motif que « la valeur vénale de l'immeuble excédant de plus de cinq fois le prix de vente, la lésion pouvait être établie en dehors même de l'aléa que pouvait constituer la réserve d'usufruit, a ainsi souverainement apprécié que cette réserve était *de trop minime importance, par rapport aux valeurs retenues* ». Tel fut également le choix retenu par la troisième Chambre civile dans un second arrêt en date du 10 juin 1998¹⁵²⁰. Dans cette affaire, les parties avaient conclu la vente d'une propriété agricole pour un prix de 150 000 F, moyennant le paiement à concurrence d'un bouquet de 28 000 F ainsi que d'un bail à nourriture. Le débirentier sollicita la conversion du bail à nourriture en paiement d'une rente viagère et les parties convinrent de la somme de 6 000 F annuels. La cour d'appel accueillit la demande du crédentier en rescision de la vente pour lésion. Le débirentier se pourvut alors en cassation, invoquant, au sein de la deuxième branche du premier moyen, l'impossibilité de rescinder pour lésion un contrat aléatoire. La Cour de cassation rejeta alors le pourvoi au motif que « Mme X..., qui n'encourait aucun risque en se portant acquéreur de bâtiments, dont l'architecture est particulièrement appréciée dans une région touristique, de trois terrains constructibles et de huit hectares de terres agricoles, de qualité correcte, moyennant versement d'une somme de 28 000 francs et paiement d'une rente viagère de 500 francs par mois, ne pouvait sérieusement contester la disparition de l'aléa du fait des conditions d'une vente conclue sans contrepartie effective ».

Ces deux affaires présentent la caractéristique commune de statuer à propos d'arrérages dont les montants étaient insignifiants, et ce dès la conclusion du contrat. Quand bien même le crédentier aurait vécu jusqu'à un âge avancé, le débirentier était assuré de « gagner » compte tenu du taux de la rente, quand bien même celui-ci était supérieur aux revenus du bien vendu. Cette solution ne paraît pas insensée, mais surviennent inévitablement des difficultés pratiques liées à l'appréciation souveraine des juges du fond concernant la notion de « minime importance au regard des valeurs retenues ».

¹⁵¹⁸ P.-Y. GAUTIER, « Vive les mathématiques : le faux aléa chasse la lésion », *RTD civ.* 1992, p. 578.

¹⁵¹⁹ Cass. civ. 3^e, 3 oct. 1991, *Bull. civ. III*, n° 219, *D.* 1992, p. 197, obs. G. PAISANT ; *Defrénois* 1992, p. 387, obs. G. VERMELLE ; *RTD civ.* 1992, p. 578, obs. P.-Y. GAUTIER.

¹⁵²⁰ Cass. civ. 3^e, 10 juin 1998, n° 94-11.778, *Bull. civ. III*, n° 125 p. 84.

L'adage en vertu duquel l'aléa chasse la lésion ne trouve ainsi pas toujours vocation à s'appliquer, témoignant de ce fait d'une admission exceptionnelle de la lésion au sein des contrats aléatoires, confirmant une appréhension générale du déséquilibre économique par le droit, tant dans les contrats commutatifs, que dans les contrats aléatoires.

Hormis ces hypothèses dans lesquelles la nullité du contrat est exceptionnellement prononcée pour lésion, le droit prononce une sanction identique dans les hypothèses de dysfonctionnement du mécanisme estimatoire.

II. L'ERREUR SANCTIONNEE

Le dysfonctionnement du mécanisme estimatoire est spontané lorsqu'au moins l'une des parties commet une erreur, c'est-à-dire une fausse appréciation de la réalité¹⁵²¹. L'existence d'une telle erreur ayant nécessairement des répercussions sur le plan économique, son admission contribue ainsi à l'appréhension du déséquilibre économique par le droit et, *a fortiori*, de la valeur¹⁵²². La croyance concernant la valeur du bien est en contradiction avec la réalité, c'est-à-dire son prix juridique. Il conviendra ici de distinguer selon que l'erreur affecte la réalité ou la croyance.

La discordance entre le prix exigé et la valeur estimée peut ainsi résulter d'une simple erreur matérielle et porter sur le prix, ou plus précisément sur l'étiquetage de celui-ci. Cette erreur donne effectivement lieu à l'annulation de la convention sur le fondement de l'erreur obstacle (A.). Ne seront pas envisagés ici les erreurs de calcul, d'ordre arithmétique, lesquelles ne donnent pas lieu à rectification.

À l'inverse, l'erreur peut être purement intellectuelle, et témoigner d'une mauvaise perception de la valeur économique par la ou les parties, auquel cas l'annulation ne sera prononcée que de manière plus limitée, sur le fondement de l'erreur sur les qualités essentielles (B.).

¹⁵²¹ Le déséquilibre économique provoqué, c'est-à-dire le dol, sera quant à lui étudié ultérieurement, compte tenu de la particularité de sa sanction, la révision du prix. La violence économique ne relève quant à elle pas de la même logique puisque la partie faible au contrat n'a pas la possibilité d'emprunter le mécanisme estimatoire. Il s'agit davantage d'un mécanisme préventif, utilisé au stade précontractuel (cf. *supra* n° 174).

¹⁵²² Ripert relève ainsi la constance avec laquelle « les tribunaux prennent soin, avant de prononcer la nullité pour erreur substantielle, de constater la lésion dont a été victime le demandeur en annulation » (G. RIPERT, *La règle morale et les obligations civiles*, LGDJ, coll. Anthologies du droit, 2013, n° 43, p. 79).

A. Sanction de l'erreur sur le prix prise en tant qu'erreur-obstacle

L'erreur d'étiquetage doit être analysée restrictivement, en une erreur-obstacle¹⁵²³, sanctionnée de nullité relative en tenant compte de l'influence du comportement du débiteur de prix.

261. Identification restrictive de l'erreur sur le prix. – L'erreur sur le prix doit être distinguée de l'erreur sur la valeur, en ce que la seconde « atteint la volonté au moment des délibérations »¹⁵²⁴. L'erreur sur la valeur est une erreur sur la volonté. À l'inverse, l'erreur sur le prix constitue une erreur sur l'expression de la volonté¹⁵²⁵. Celle-ci se caractérise donc par une discordance entre la volonté réelle et la volonté exprimée, alors que l'erreur sur la valeur traduit une discordance entre le prix exigé et la valeur estimée. Il s'agit typiquement de l'hypothèse de l'erreur matérielle lors de l'indication du prix : le vendeur omet un zéro¹⁵²⁶, indique le prix dans la mauvaise devise¹⁵²⁷ ou retient le prix à l'unité pour un lot¹⁵²⁸. Il en va de même lorsque l'erreur sur le prix découle d'une erreur typographique¹⁵²⁹ ou lors de transmission¹⁵³⁰, voire d'un bogue informatique¹⁵³¹.

Toutefois, l'erreur sur le prix peut se révéler plus subtile à identifier et se rapprocher de l'erreur sur la valeur. Tel est le cas lorsqu'un bien est mis en vente à un prix sans rapport avec sa valeur réelle, mais sans qu'aucune erreur matérielle ne soit identifiable. Ainsi, dans un jugement en date du 14 novembre 1984, le Tribunal de Grande Instance de Caen estima que la

¹⁵²³ L'erreur-obstacle peut être définie comme la situation dans laquelle les consentements des parties ne se sont pas rencontrés en raison d'un *quiproquo* (J. GHESTIN et Y.-M. SERINET, « L'erreur », *Rep. dr. civ.* 2018, n° 321).

¹⁵²⁴ Ph. JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, *op. cit.*, n° 251, p. 238.

¹⁵²⁵ J. GHESTIN et Y.-M. SERINET, « L'erreur », *op. cit.*, n° 124. Plus généralement, v. P. GAUDEFRY, *L'erreur-obstacle*, thèse Paris, 1924 – F. DURAND, « La nullité pour erreur-obstacle », *LPA* 2010, n° 60, p. 3).

¹⁵²⁶ Commet une erreur sur le prix le vendeur d'une voiture qui indique 1.450 F dans une petite annonce, alors qu'il comptait vendre à la valeur de l'Argus, soit 14.500 F (Pau, 7 janv. 1982, *JCP* 1983, II, 19999, note N. COIRET).

¹⁵²⁷ Ce type d'erreur fut particulièrement constaté lors du passage des anciens aux nouveaux francs (Cass. com., 14 janv. 1969, *D.* 1970, jurispr., p. 458, note M. PEDAMON ; *RTD civ.* 1969, p. 556, obs. Y. LOUSSOUARN ; *Deffrénois* 1971, p. 111, obs. J.-L. AUBERT – Cass. civ. 1^{re}, 27 oct. 1970 : *JCP G* 1971, II, 16710 ; *RTD civ.* 1971, p. 625, obs. Y. LOUSSOUARN), mais également des francs à l'euro (Orléans, 13 mai 2004, *JCP E* 2005. 1060, obs. M. VIVANT, N. MALLET-PUJOL et J.-M. BRUGUIERE ; *RTD civ.* 2005. 589, obs. J. MESTRE et B. FAGES).

¹⁵²⁸ Commet une erreur sur le prix le vendeur qui vend deux terrains pour 500.000 F, alors que le lot de deux terrains était prévu à 250.000 F chaque (Cass. civ. 3^e, 12 juin 1991, n° 89-16.525). V. également en ce sens T. com. Saint-Nazaire, 28 nov. 1984, *JCP E, suppl. Cah. dr. entr.* 1985, n° 2, p. 32 et Cass. civ. 1^{re}, 28 nov. 1973, *D.* 1975, Jur. p. 21, note R. RODIERE.

¹⁵²⁹ TGI Pau, 7 janv. 1982, *JCP* 1983. II. 19999, note N. COIRET.

¹⁵³⁰ Cette mauvaise transmission peut avoir pour origine la copie défectueuse d'un télégramme (Cass. com. 15 févr. 1961, *Bull. civ. III*, n° 91) ou une disquette non mise à jour (Paris, 15 sept. 1995, *D.* 1995. IR 219 ; *RTD civ.* 1996. 148, obs. J. MESTRE).

¹⁵³¹ Le vendeur peut demander l'annulation de la vente pour erreur sur le prix lorsque le consommateur achète, en ligne, un bien à une valeur dix fois inférieure à celle du prix normalement pratiqué (TI Strasbourg, 24 juill. 2002 ; *D.* 2003, p. 2434, note C. MANARA).

vente d'un tapis d'Orient à un prix sans rapport avec sa valeur réelle n'est pas une erreur intellectuelle, sur la valeur, mais bien une erreur purement matérielle d'étiquetage¹⁵³². Cette hypothèse est à rapprocher des faits de l'espèce d'un arrêt rendu par la première Chambre civile en 1995¹⁵³³, mais dans laquelle celle-ci n'a été conduite qu'à traiter de l'absence de cause, et non de l'erreur d'étiquetage en elle-même, concernant un bijou vendu bien en deçà de sa valeur réelle.

La frontière avec l'erreur sur la valeur, et la lésion, est ici particulièrement fine et la qualification d'erreur « sur le prix » ou « d'étiquetage » paraît ici tout à fait contestable. Dans les hypothèses précédentes, l'erreur avait une origine matérielle et découlait d'une mauvaise manipulation technique du vendeur. Or, dans l'hypothèse du tapis d'Orient ou du bijou, le vendeur n'a aucune justification à apporter à l'erreur commise, peut-être celle-ci est-elle simplement d'inattention, c'est-à-dire inexcusable. Si la loi ne protège pas les ignorants, elle considère en revanche que l'offre du vendeur est ferme et définitive. Ce dernier ne devrait pas pouvoir revenir sur son offre et obtenir la nullité du contrat lorsqu'il se révèle incapable de justifier matériellement son erreur¹⁵³⁴. L'erreur sur le prix doit donc être entendue de manière restrictive et nécessite la preuve d'une erreur matérielle excusable.

262. Qualification de l'erreur sur le prix en erreur-obstacle. – La discordance entre la volonté réelle et la volonté exprimée concernant le prix est appréhendée par deux catégories juridiques d'erreur. La première est celle de l'erreur obstacle¹⁵³⁵, création prétorienne en vertu de laquelle la vente ne peut se réaliser pour défaut d'objet en raison d'un *quiproquo* entre les parties¹⁵³⁶. Les deux parties n'ont jamais entendu contracter à propos du même objet, si bien que les volontés n'ont pas pu se rencontrer, et la vente se réaliser¹⁵³⁷. Pour reprendre les mots

¹⁵³² TGI Caen, 14 nov. 1984, *Au bon marché c/ Époux Langlais*, *Gaz. Pal.* 1985, 2, p. 244. V. également en ce sens, Angers, 8 janv. 2001, *Sté Castorama c/ C. Loiseau*, *RJO* 2002, n° 1, p. 95, note A. LÉBOIS.

¹⁵³³ Cf. *supra* n° 243, Cass. civ. 1^{re}, 4 juill. 1995, n° 93-16.198, *Bull. civ. I*, n° 303, p. 212, *D.* 1996, p. 11, obs. G. PAISANT ; *D.* 1997, p. 206, obs. A.-M. LUCIANI ; *RTD civ.* 1995, p. 881, obs. J. MESTRE ; *JCP E* 1995, pan. 1183. V. Également Cass. civ. 1^{re}, 10 févr. 1993, *Defrénois* 1993, art. 35663, n° 129, p. 1375, obs. J.-L. AUBERT ; *CCC* 1993, n° 128, obs. L. LEVENEUR.

¹⁵³⁴ Sur ce point, v. A. LÉBOIS, « Erreur d'étiquetage et erreur sur le prix », *CCC* 2002, n° 10, chron. 19 : « le vendeur professionnel ne doit donc pas pouvoir obtenir la nullité du contrat en se prévalant de l'erreur d'étiquetage. Il ne peut non plus refuser, sur ce motif, de vendre un produit au prix indiqué erroné ». V. également, concernant l'annulation du contrat en cas d' « erreur commise par la machine », J. HUET, *Le consentement échangé avec la machine*, *RJ com.*, 1995, n° 11, p. 124.

¹⁵³⁵ Plus généralement sur l'erreur-obstacle, v. P. GAUDEFROY, *L'erreur-obstacle*, thèse Paris, 1924 – L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des Titres III et IV, Livre III du Code civil*, t. 1, 1885, n° 2 et 29.

¹⁵³⁶ J. GHESTIN et Y.-M. SERINET, « L'erreur », *op. cit.*, n° 124.

¹⁵³⁷ TGI Caen, 14 nov. 1984 : « à défaut de consentement du vendeur sur l'élément essentiel de la vente qu'est le prix, la vente du tapis n pas pu se réaliser ». V. également : Orléans, 13 mai 2004, *JCP E* 2005, p. 1060, obs.

de Planiol, « ce n'est pas un contrat, c'est un malentendu »¹⁵³⁸, le malentendu devant être radical¹⁵³⁹. En matière d'erreur sur le prix, le malentendu réside en ce que le créancier du prix, vendeur ou prestataire, n'a pas entendu proposer le bien ou le service au prix indiqué, mais s'est simplement trompé en indiquant le prix. Le support physique de sa volonté ne retransmet pas celle-ci avec exactitude.

La jurisprudence tend toutefois à apporter une seconde qualification à l'erreur sur les prix, relevant cette fois-ci de l'erreur sur les qualités essentielles. Notamment appliquée en matière de confusion monétaire, cette autre qualification repose sur le vice du consentement. Les cocontractants ont consenti à la conclusion du contrat, mais pas à ces termes. Leur consentement serait donc vicié. Mais au-delà d'un vice, le consentement est en réalité absent, si bien que le recours à l'erreur sur la substance n'est pas réellement satisfaisant. L'erreur sur le prix, au sens de l'erreur d'étiquetage, ne devrait donc être sanctionnée que par le biais de l'erreur obstacle.

263. Choix de la nullité relative et remise en cause de celle-ci par l'attitude de l'acheteur.

– La sanction de l'erreur obstacle soulève un débat doctrinal, dans le choix entre la nullité relative et la nullité absolue. La doctrine classique sanctionne en effet de nullité absolue l'absence de consentement, celui-ci constituant un élément essentiel du contrat. À l'inverse, la doctrine contemporaine majoritaire estime que l'erreur obstacle devrait être sanctionnée de nullité relative en ce que seuls des intérêts privés et non publics sont en jeu. La jurisprudence, peu fournie en matière d'erreur d'étiquetage, semble suivre la doctrine classique et sanctionner une telle erreur de nullité absolue¹⁵⁴⁰. Compte tenu toutefois de l'influence de la théorie moderne des nullités, la nullité relative devrait, à l'avenir, être prononcée.

La sanction à l'égard du vendeur n'est toutefois pas systématique. Il a été vu précédemment que celui-ci ne devrait se prévaloir de sa propre erreur qu'à condition d'apporter la preuve d'une erreur matérielle excusable¹⁵⁴¹. La possibilité d'invoquer l'erreur sur le prix de l'acquéreur est également limitée par la mauvaise foi de ce dernier. Un comportement anormal du débiteur du prix est ainsi susceptible de remettre en cause l'annulation du contrat par le juge.

M. VIVANT, N. MALLET-PUJOL et J.-M. BRUGUIERE ; *RTD civ.* 2005. 589, obs. J. MESTRE et B. FAGES : « les deux parties ne se sont pas entendues sur le prix, de sorte que le contrat ne s'est pas formé »

¹⁵³⁸ PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, LGDJ, 10^e éd., 1926, n° 1052.

¹⁵³⁹ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil: les obligations, op. cit.*, n° 275, p. 310.

¹⁵⁴⁰ TGI Caen. 14 nov. 1984 – TGI Paris. 26 juin 1979, *D.* 1980, p. 263. obs. J. GHESTIN – TGI Pau. 7 janv. 1982.

¹⁵⁴¹ Cf. *supra* n° 261.

Ainsi, dans un arrêt de la cour d'appel d'Angers du 8 janvier 2001¹⁵⁴², les juges du fond ont refusé de déclarer la vente parfaite au motif que l'acquéreur s'était présenté accompagné d'un huissier de justice afin de faire constater un éventuel refus de vente de la part du vendeur. Ce faisant, le débiteur du prix avait pleinement conscience de l'erreur d'étiquetage commise par le vendeur et entendait donc faire preuve de mauvaise foi dans la conclusion du contrat¹⁵⁴³, en contradiction avec l'article 1104 du Code civil. M. William Dross propose alors, dans une telle hypothèse, de maintenir le contrat litigieux, de qualifier le silence du cocontractant de l'*errans* au rang de faute, sans pour autant prononcer l'anéantissement du contrat. L'*errans* serait alors indemnisé du préjudice que lui cause « le maintien d'un contrat qu'il ne voulait en vérité pas »¹⁵⁴⁴.

L'indifférence affirmée du déséquilibre économique en droit civil doit ainsi être nuancée compte de tenu de l'admission de l'erreur sur le prix. Au-delà, le déséquilibre économique est, de manière plus nuancée, également corrigé par le biais de l'erreur sur les qualités essentielles.

B. Sanction détournée de l'erreur sur la valeur

L'article 1168 du Code civil refusant de sanctionner la lésion, une simple erreur sur la valeur économique, c'est-à-dire une estimation incorrecte de la valeur économique du bien¹⁵⁴⁵, ne saurait entraîner la nullité du contrat. Ce refus de principe, énoncé à l'article 1136 du même code, se justifie par l'assimilation de l'erreur sur la valeur à un cas de lésion¹⁵⁴⁶, ainsi qu'au droit à la « bonne affaire », c'est-à-dire la possibilité d'acheter à bas prix. Carbonnier le résume : « les erreurs de calcul économique doivent être supportées par celui qui les a commises, comme un risque des affaires et du crédit »¹⁵⁴⁷. La motivation d'une telle prohibition se révèle par essence politique, au sein d'une économie de marché fondée sur la spéculation dans laquelle la valeur des biens ne saurait être remise en cause. L'examen de la valeur au regard de la théorie

¹⁵⁴² Angers. 8 janv. 2001, *Sté Castorama c/ C. Loiseau*, *RJO* 2002, n° 1, p. 95, note A. LEBOIS.

¹⁵⁴³ Mme Audrey Lebois relève qu'il est, de plus, impossible de rapprocher cette hypothèse de la réticence dolosive sur la valeur, dans la mesure où « le dol n'est de toute façon caractérisé que s'il y a erreur provoquée. Or, dans notre hypothèse, le silence n'a pas provoqué l'erreur sur le prix, celle-ci existant préalablement en raison d'un mauvais étiquetage » (v. A. LEBOIS, « Erreur d'étiquetage et erreur sur le prix », *op. cit.*).

¹⁵⁴⁴ W. DROSS, « La déception contractuelle », *RTD civ.* 2018, p. 787.

¹⁵⁴⁵ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat -le consentement*, LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n° 1171, p. 947.

¹⁵⁴⁶ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat -le consentement*, *op. cit.*, n° 1168, p. 945. « L'erreur sur la valeur et la lésion définissent une situation unique, considérée, soit dans son explication psychologique, soit objectivement. Le prix correspond à une représentation inexacte de l'objet et, en conséquence, il ne concorde pas avec la valeur réelle de celui-ci. »

¹⁵⁴⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, 2000, PUF, n° 956.

des vices du consentement invite donc une réponse sans appel : l'erreur sur la valeur serait indifférente en droit, car la valeur n'est pas une qualité essentielle¹⁵⁴⁸.

L'indifférence de principe de l'erreur sur la valeur doit pourtant être nuancée et l'article 1136 du Code civil être analysé à la lumière de la distinction économique entre la valeur d'échange de la valeur d'usage¹⁵⁴⁹. En principe, en vertu de la règle prévue à l'article 1136 du Code civil, l'erreur spontanée sur la valeur d'échange, c'est-à-dire l'erreur portant sur une appréciation économique erronée, est exclue sans difficulté, pour les raisons exposées précédemment. En revanche, l'erreur portant sur la valeur d'usage est bien source de nullité, puisque cette dernière peut être la conséquence d'une erreur sur les qualités essentielles (1.). Finalement, le champ de la pure erreur sur la valeur d'échange se réduit à la portion congrue, puisque « si l'erreur sur la valeur n'est pas une cause d'annulation, c'est à la condition qu'elle ne soit pas la conséquence d'une erreur sur les qualités essentielles »¹⁵⁵⁰. Une tendance jurisprudentielle à l'élargissement de la notion de qualité essentielle doit toutefois être constatée, venant ainsi subtilement remettre en cause l'indifférence de l'erreur sur la valeur d'échange dans certaines hypothèses (2.).

1. Admission affirmée de l'erreur sur la valeur d'usage

La mise en perspective de l'article 1136 du Code civil avec la distinction établie par les économistes entre la valeur d'usage et la valeur d'échange conduit à maintenir l'indifférence de l'erreur sur la valeur d'échange. L'erreur sur la valeur d'usage, en ce qu'elle constitue une pure expression des qualités essentielles doit être admise (a.). L'exemple de l'erreur sur la rentabilité en constitue une illustration : souvent perçue, à tort comme une erreur sur la valeur d'échange, celle-ci constitue en réalité un cas typique d'erreur sur la valeur d'usage (b.).

¹⁵⁴⁸ V. en ce sens M. Genicon selon lequel « si l'on accepte de considérer que la qualité substantielle est celle qui est définie par le contrat explicitement ou implicitement (qualité convenue qui permet l'erreur commune), alors la valeur de marché de la chose n'est pas une qualité convenue, car, même tacitement, aucun contractant n'entend garantir à son cocontractant qu'il réalise une opération profitable ou même neutre économiquement : la valeur est celle-là seulement que chacun est prêt à reconnaître subjectivement au bien » (Th. GENICON, « Erreur sur la rentabilité économique : erreur indifférente sur la valeur ou erreur substantielle », *RDC* 2012, n° 1, p. 64). V. également en ce sens Ph. JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, *op. cit.*, n° 266, p. 249).

¹⁵⁴⁹ La valeur d'échange désigne le pouvoir pour un bien ou un service d'acheter d'autres biens (v. « valeur d'échange » in *Lexique d'économie*, 15^e éd., Dalloz, 2018, p. 868), tandis que la valeur d'usage se définit comme l'importance accordée par un individu à un bien selon la satisfaction qu'il en retire. Cf. *supra* n° 3.

¹⁵⁵⁰ J. GHESTIN et Y.-M. SERINET, « L'erreur », *op. cit.*, n° 321.

a. *Assimilation de l'erreur sur la valeur d'usage à une erreur sur les qualités essentielles*

Si la valeur d'échange ne saurait constituer une qualité essentielle, celle-ci est au contraire synonyme de valeur d'usage.

264. Exclusion de la valeur d'échange des qualités essentielles. – L'erreur est admise dès lors qu'elle porte sur une qualité essentielle de la prestation (article 1132 du Code civil). La « qualité essentielle », critère déterminant permettant le prononcé de la nullité pour erreur, est définie à l'article 1133 du Code civil : « les qualités essentielles de la prestation sont celles (...) en considération desquelles les parties ont contracté ». Est ainsi essentielle la qualité sans laquelle la partie n'aurait pas contracté. *In fine*, la qualité essentielle est ce quelque chose qui donne de la valeur aux yeux du cocontractant, « c'est celle qui confère à la chose ou à la prestation une utilité pour un cocontractant, celle qui la rend désirable et qui, par suite, porte une personne à faire le sacrifice d'une certaine quantité de monnaie pour l'obtenir en échange »¹⁵⁵¹. Ici, une donnée supplémentaire est ajoutée à la seule mauvaise estimation de la valeur économique.

La question est donc de savoir si la valeur économique constitue une qualité essentielle. Est-il possible de contracter uniquement parce que le prix exigé semble intéressant ? Un faible prix peut-il, à lui seul, susciter le désir de s'appauvrir ? La réponse est sans appel : si la valeur économique est nécessaire en ligne de compte dans la décision de contracter, elle ne saurait en constituer l'élément déterminant. M. William Dross estime ainsi que « la valeur d'échange dont il est ici question n'est en effet jamais en cause dans un contrat. Jamais les contractants ne s'entendent à son propos. Ils ne font que fixer un prix, ce qui ne se ramène pas à la même chose, la valeur d'échange étant objectivée par le marché et non par le contrat en cause. Dès lors, l'éventuelle inadéquation entre le prix versé et la valeur de marché ne peut recevoir aucune sanction pour cette simple raison que jamais les parties n'ont contractualisé cette dernière »¹⁵⁵². La valeur d'échange n'exprime finalement que la traduction économique des qualités essentielles de l'objet du contrat. Cette perspective a été adoptée par la jurisprudence qui refuse de prononcer la nullité pour erreur sur la valeur, sur le fondement de l'article 1110 du Code

¹⁵⁵¹ Ph. JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, *op. cit.*, n° 284, p. 262.

¹⁵⁵² W. DROSS, « La déception contractuelle », *op. cit.* L'auteur s'interroge finalement : « À quoi sert alors l'article 1136 si l'article 1133 exige par principe que l'erreur porte toujours sur une qualité convenue ? ».

civil¹⁵⁵³. De ce fondement textuel, il est possible de conclure que « c'est parce qu'elle ne porte pas sur les qualités substantielles de la chose ou de la prestation faisant l'objet du contrat que l'erreur sur la valeur se trouve rejetée »¹⁵⁵⁴. La Cour de cassation estime que la valeur économique n'est pas une qualité substantielle, ou essentielle. Une telle lecture a été retenue dans l'intégralité des contrats, sans exception : cession de fonds de commerce¹⁵⁵⁵, vente d'œuvre d'art¹⁵⁵⁶, vente de pierres précieuses¹⁵⁵⁷, cession de parts sociales ou d'actions¹⁵⁵⁸, cession de droit d'entrée dans une association de médecins¹⁵⁵⁹ etc.

265. Admission de l'erreur sur la valeur d'usage engendrée par une erreur sur une qualité essentielle. – La valeur d'usage peut être définie comme l'importance accordée par un individu à un bien selon la satisfaction qu'il en retire, ce qui n'est pas sans rappeler la définition des qualités essentielles (qualité « en considération de laquelle les parties ont contracté »). Ainsi, la qualité essentielle accorde sa valeur économique au bien : la qualité essentielle fait la valeur d'usage, en ce sens que la première rejaillit sur la seconde¹⁵⁶⁰. Or, l'erreur sur les qualités essentielles est source de nullité du contrat (article 1132 du Code civil).

Le cocontractant demeure ainsi libre d'invoquer une erreur sur la substance dont l'erreur sur la valeur ne serait qu'une conséquence¹⁵⁶¹, c'est-à-dire une erreur sur la valeur d'usage. L'erreur porte ici sur un élément convenu au contrat : la valeur d'usage. La valeur d'usage est susceptible de constituer la donnée supplémentaire interne au contrat, distincte de l'estimation économique, et susceptible d'entraîner la nullité de celui-ci. Ainsi, « il convient (...) de distinguer entre l'erreur monétaire qui procède d'une appréciation économique erronée effectuée à partir de données exactes, et l'erreur sur la valeur qualitative de la chose qui n'est, comme en l'espèce, que la conséquence d'une erreur sur une qualité substantielle, l'erreur

¹⁵⁵³ Req. 17 mai 1832, S. 1832.I.850 : « aux termes de l'article 1110, l'erreur n'est cause de nullité que si elle porte sur la substance de la chose » – Civ. 26 avr. 1939, S. 1939.I.271 – Cass. com. 18 févr. 1963, *Bull. civ.* III, n° 107, p. 90 – Cass. com. 4 nov. 1964, *Bull. civ.* III, n° 479, p. 428 – Cass. com. 26 mars 1974, *Bull. civ.* IV, n° 108, p. 86.

¹⁵⁵⁴ Ph. JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, op. cit., n° 267, p. 250.

¹⁵⁵⁵ Cass. civ. 1^{re}, 15 nov. 1964, *Bull. civ.* I, n° 320.

¹⁵⁵⁶ Cass. civ. 1^{re}, 25 janv. 1965, *D.S.* 1965, p. 217.

¹⁵⁵⁷ Riom, 28 janv. 1980, *JCP G* 1980.IV .396.

¹⁵⁵⁸ Cass. com. 26 mars 1974, *Bull. civ.* IV, n° 108, p. 86 et Cass. com. 18 févr. 1997, n° 95-12.617, *Bull. civ.* IV, n° 55, p. 47, *Bull. Joly* 1997, p. 216, obs. J. DERUPPÉ.

¹⁵⁵⁹ Cass. civ. 1^{re}, 3 juill. 1996, *Bull. civ.* I, n° 287.

¹⁵⁶⁰ M. Philippe Jouary le relève, il est également possible de s'intéresser aux erreurs sur les qualités essentielles qui n'entraînent aucune erreur sur la valeur (Ph. JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, op. cit., n° 283, p. 262). Il s'agit par exemple d'une erreur d'authenticité entre deux artistes ayant la même cote.

¹⁵⁶¹ Plus généralement sur les faux-semblants de l'erreur sur la valeur, v. G. GOUBEAUX, « À propos de l'erreur sur la valeur », in *Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 389 -Y.-M. LAITHIER, « Erreur ou abus ? (Ou le vice du consentement qui n'ose pas dire son nom) », *RDC* 2008, n° 3, p. 730.

devant en ce cas être retenue en tant qu'erreur sur la substance »¹⁵⁶². M. Jacques Ghestin a défini l'erreur sur la valeur comme une fausse appréciation de la réalité, malgré des données exactes¹⁵⁶³. *A contrario*, « une représentation inexacte de la réalité conduit inmanquablement à une mauvaise appréciation de la valeur »¹⁵⁶⁴. Le nouvel article 1136 du Code civil consacre bien cette perspective, en énonçant que « l'erreur sur la valeur par laquelle, *sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation*, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité ».

Le marché de l'art est un cas d'école : si un tableau est révélé inauthentique, il perdra par conséquent tant en valeur d'échange qu'en valeur d'usage. L'acquéreur se sera alors trompé tant sur une qualité essentielle de l'œuvre que sur la valeur économique de celle-ci, la seconde n'étant qu'une conséquence de la première. En revanche, ne commet pas d'erreur sur les qualités essentielles, celui qui connaît l'authenticité du tableau et le vend à un prix en deçà de sa valeur réelle. Dans cette seconde hypothèse, « le prix convenu entre en dissonance avec la valeur courante de la chose, cela tient à l'ignorance de l'appréciation économiquement faite de la chose »¹⁵⁶⁵. En sanctionnant l'erreur sur les qualités essentielles, la jurisprudence admet une forme directe de sanction de l'erreur sur la valeur d'usage. Le champ d'application de cette erreur est large, dans la mesure où toute variation de substance est susceptible d'entraîner la nullité. De même, l'admission de l'erreur du créancier sur sa propre prestation par l'arrêt *Poussin* en 1978¹⁵⁶⁶ étend d'autant le domaine de la nullité pour déséquilibre économique.

L'analyse de la notion de qualité essentielle sous le prisme de la valeur d'usage permet ainsi d'expliquer l'admission de l'erreur sur la rentabilité au sein des erreurs sur les qualités essentielles.

¹⁵⁶² Versailles, 7 janv. 1987, DS 1987, p. 487, note J.-L. AUBERT ; JCP 1998.II.21121, note J. GHESTIN.

¹⁵⁶³ J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, LGDJ, 1962, n° 69 et n°74.

¹⁵⁶⁴ Ph. JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, *op. cit.*, n° 249, p. 236.

¹⁵⁶⁵ Ph. JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, *op. cit.*, n° 270, p. 252.

¹⁵⁶⁶ Une telle possibilité a été admise par l'arrêt *Poussin* (Cass. civ. 1^{re}, 22 février 1978, n° 76-11.551, *Bull. civ. I*, n° 74, p. 62 : « qu'en statuant ainsi, sans rechercher si, au moment de la vente, le consentement des vendeurs n'avait pas été vicié par leur conviction erronée que le tableau ne pouvait pas être une œuvre de Nicolas Y..., la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ») et la solution a depuis été consacrée à l'article 1133 du Code civil.

b. Assimilation de la rentabilité à une qualité essentielle

L'appréhension de l'erreur sur la valeur sous le prisme de l'erreur sur la valeur d'usage permet d'expliquer l'admission de l'erreur sur la rentabilité. Celle-ci est souvent, à tort, perçue comme une erreur sur la valeur d'échange, alors qu'elle constitue une illustration de l'erreur sur la valeur d'usage.

266. Admission de « l'erreur sur la rentabilité économique » en tant qu'erreur sur la valeur d'usage. – La jurisprudence se refuse traditionnellement à réparer l'erreur sur la rentabilité¹⁵⁶⁷, la rattachant spontanément à l'erreur sur la valeur d'échange. Les deux actions présentent en effet des similitudes, dans la mesure où les demandeurs ne se plaignent « que » d'un manque à gagner¹⁵⁶⁸. Le premier argument justifiant cette prohibition de principe repose sur l'existence d'un aléa au sein de la convention, transformant ainsi le contrat commutatif en contrat *a priori* commutatif¹⁵⁶⁹. Le second argument découle de l'impossibilité pratique de caractériser avec précision une telle erreur. L'erreur sur la rentabilité économique est en effet fréquemment analysée comme étant une variété d'erreur sur la valeur d'échange¹⁵⁷⁰ ou sur les motifs¹⁵⁷¹, et fait donc l'objet d'un rejet à ce titre. L'erreur sur la rentabilité était toutefois

¹⁵⁶⁷ La troisième Chambre civile de la Cour de cassation a ainsi approuvé une cour d'appel qui avait « retenu, à bon droit, que l'appréciation erronée de la rentabilité économique de l'opération n'était pas constitutive d'une erreur sur la substance de nature à vicier le consentement de la SCI à qui il appartenait d'apprécier la valeur économique et les obligations qu'elle souscrivait » (Cass. civ. 3^e, 31 mars 2005, n° 03-20.096, *Bull. civ.* III, n° 81 ; *JCP* 2005. I. 194, obs. Y.-M. SERINET ; *Dr. et patr.* oct. 2005. 94, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RDC* 2005. 1025, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *D.* 2006. 2082, note C. BOULOGNE-YANG-TING). V. également (Cass. com. 26 mars 1974, n° 72-14.791, *Bull. civ.* IV, n° 108 – Cass. com. 28 juin 1994, n° 92-19. 202).

Sur l'erreur sur la rentabilité, v. X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET, « À propos de l'erreur sur la rentabilité », *in Mélanges D. R. Martin*, 2015, LGDJ-Lextenso, p. 85 – S. LEQUETTE, « Le champ contractuel. Réflexions à partir de la rentabilité économique », *RDC* 2016, p. 135. – M. OUDIN, « La rentabilité, une notion juridique en construction », *in Hommage en l'honneur de Grégoire Forest*, 2014, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p. 165.

¹⁵⁶⁸ Th. GENICON, « Erreur sur la rentabilité économique : erreur indifférente sur la valeur ou erreur substantielle », *op. cit.*

¹⁵⁶⁹ Cf. *supra* note n° 1501.

¹⁵⁷⁰ J. GHESTIN, « L'erreur substantielle du franchisé sur la rentabilité de l'activité à entreprendre », *JCP G* 2012, n° 6, p. 135.

¹⁵⁷¹ L'assimilation de l'erreur sur la rentabilité économique à une erreur sur la valeur demeure contestable. Certains auteurs proposent au contraire d'assimiler l'erreur sur la rentabilité à une erreur sur les motifs (J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat -le consentement*, *op. cit.*, n° 1178, p. 955). La caractérisation d'une erreur nécessite de mettre en opposition une croyance, avec la réalité. Or, la réalité n'est ici que potentielle lors de la conclusion du contrat vicié, de sorte que la comparaison s'avère irréalisable. Par ailleurs, même une fois la réalité avérée, celle-ci n'est pas nécessairement imputable au créancier, puisque « la mauvaise fortune accompagnant un investissement ou une activité seront parfois imputables à la conjoncture ou à la gestion de l'*errans* lui-même, c'est-à-dire à des événements ou comportements qui sont postérieurs à la formation du contrat¹⁵⁷¹ ». MM. Jacques Ghestin et Yves-Marie Serinet proposent ainsi d'analyser une telle erreur comme une erreur sur les motifs ou sur les mobiles, laquelle ne donne également pas droit à nullité (J. GHESTIN et Y.-M. SERINET, « L'erreur », *op. cit.*, n° 332), à moins que ce motif ne soit déterminant et entré dans le champ contractuel (Cass. civ. 1^{re}, 13 févr. 2001, n° 98-15.092, *Bull. civ.* I, n° 31, p. 20).

acceptée alors que, classiquement, elle découlait d'une erreur sur une qualité essentielle, et constituait à ce titre une erreur sur la valeur d'usage¹⁵⁷².

Une limite à cette prohibition de principe a toutefois été apportée par la jurisprudence, laquelle a admis l'erreur sur la rentabilité dans l'hypothèse particulière du contrat de franchise¹⁵⁷³. Ce faisant, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a étendu, en 2011, la notion de qualité essentielle à celle de rentabilité économique. Si cet arrêt peut ainsi être appréhendé comme constituant une entorse à la règle de l'indifférence de l'erreur sur la valeur, une autre lecture peut être proposée. La solution de 2011 retenue en matière de contrat de franchise a ainsi été confirmée à deux reprises¹⁵⁷⁴. Hormis cette hypothèse, l'erreur commise par l'*errans* ne sera pas une erreur sur une qualité essentielle, mais une erreur sur les motifs. En cela, la Chambre commerciale semble rejoindre l'analyse retenue par M. Gilles Goubeaux, lequel estime que la qualification à retenir entre l'erreur sur la valeur et l'erreur sur les qualités essentielles dépendraient de la psychologie des parties : il conviendrait de s'interroger sur ce qui, de la valeur ou de la qualité essentielle, a un joué un rôle décisif pour la partie¹⁵⁷⁵. Un récent arrêt confirme cette analyse. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi refusé de prononcer la nullité pour erreur sur la fixité du prix, la cour d'appel ayant manqué de base légale « en se déterminant ainsi, sans préciser en quoi le caractère fixe du prix de rachat de l'électricité indiqué dans l'offre de crédit-fournisseur et le contrat d'exploitation constituait une qualité substantielle de la prestation objet de chacun de ces contrats »¹⁵⁷⁶.

¹⁵⁷² Ont ainsi été sanctionnées par la jurisprudence l'erreur sur la capacité hôtelière (Cass. civ. 3^e, 1^{er} avr. 1992, n° 90-14.899, CCC 1992. Comm. 148, obs. L. Leveneur) ou la possibilité de réaliser l'objet social de la société (v. *supra* note n° 269, Cass. com. 1^{er} oct. 1991, n° 89-13.967 ; D. 1992. 190, note G. VIRASSAMY ; *Rev. sociétés* 1992. 497, note P. DIDIER ; *RTD civ.* 1992, p. 80, obs. J. MESTRE ; *RTD com.* 1992, p. 186, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *RTD com.* 1992, p. 199, obs. Y. REINHARD ; *JCP E* 1992. II. 277, note A. VIANDIER ; *Bull. Joly* 1991. 1004, note C. ROCA ; *Deffrénois* mai 1992, p. 578, note P. LE CANNU ; *Dr. sociétés* 1992, comm. 13, note H. LE NABASQUE).

¹⁵⁷³ Cass. com. 4 oct. 2011, n° 10-20.956, *JCP* 2012, p. 135, note J. GHESTIN ; D. 2011, p. 3052, note N. DISSAUX ; *RDC* 2012, p. 64, obs. Th. GENICON ; *RDC* 2012, p. 535, obs. C. GRIMALDI.

¹⁵⁷⁴ Cass. com., 7 oct. 2014, n° 13-23.119 – Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-19.047 ; D. 2012. 2079, note N. DISSAUX ; *JCP* 2012, p. 1151, obs. Y.-M. SERINET ; *RTD civ.* 2012, p. 724, obs. B. FAGES : « les chiffres prévisionnels contenus dans ce document, fournis par le franchiseur, sont exagérément optimistes au regard de l'écart très important qu'ils présentent avec les chiffres d'affaires réalisés par la société Chrysalide, à laquelle il n'est reproché aucune faute de gestion, et relevé que ces données portent sur la substance même du contrat de franchise, pour lequel l'espérance de gain est déterminante ».

¹⁵⁷⁵ G. GOUBEAUX, « À propos de l'erreur sur la valeur », *op. cit.*

¹⁵⁷⁶ Cass. com. 2 oct. 2019, n° 14-17.423 ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 1, p. 29, obs. D. HOUTCIEFF. Selon M. Dimitri Houtcieff, « si cette revente constituait le but de l'opération, elle n'avait pas pour autant été intégrée dans le champ contractuel. L'évocation du prix dans les contrats n'y suffisait pas : l'intégration des motifs dans le contrat en tant qu'élément déterminant doit en effet être expresse. Apparemment sévère, cette exigence doit pourtant être approuvée ».

Selon M. Thomas Genicon¹⁵⁷⁷, l'erreur sur la rentabilité constitue bien une erreur sur la substance et non sur la valeur lorsqu'elle porte sur une catégorie de biens particulière, dégagée par Mme Suzanne Lequette¹⁵⁷⁸ : « les choses qui n'ont d'autre fonction et d'autre usage que de produire de l'argent (celles, en quelque sorte, dont l'*usus* n'est que le *fructus*) ». En ne réalisant pas le profit attendu, la chose se révèle impropre à l'utilité attendue¹⁵⁷⁹, c'est-à-dire à sa valeur d'usage. Cette définition recouvre typiquement l'hypothèse du contrat de franchise, dans lequel la qualité essentielle litigieuse est une donnée économique. Or, selon M. Thomas Genicon, « ce n'est pas parce qu'une qualité substantielle ne peut être cernée que par une appréciation économique que l'on est nécessairement en présence d'une erreur sur la valeur du bien »¹⁵⁸⁰. Dans l'hypothèse de ces biens, la rentabilité constitue l'essence même du contrat et est ainsi entrée dans le champ contractuel au titre d'une qualité essentielle. Dans ces conditions, une erreur commise sur la rentabilité est susceptible d'entraîner la nullité du contrat¹⁵⁸¹.

Toute erreur sur la rentabilité n'est toutefois pas source de nullité. Trois critères cumulatifs ont été établis afin de donner effet à l'erreur sur la rentabilité. La rentabilité doit ainsi être entrée dans le champ contractuel et l'erreur demeurer excusable. Ainsi, dans un arrêt du 24 juin 2020¹⁵⁸², la Chambre commerciale a souligné le caractère de novice dans le domaine économique concerné de l'un des cocontractants. Enfin, le troisième critère¹⁵⁸³ repose sur le

¹⁵⁷⁷ Th. GENICON, « Erreur sur la rentabilité économique : erreur indifférente sur la valeur ou erreur substantielle », *RDC* 2012, n° 1, p. 64.

¹⁵⁷⁸ S. LEQUETTE, *Le contrat coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012, coll. Recherches juridiques, n° 376, p. 308.

¹⁵⁷⁹ Cass. com. 4 oct. 2011, n° 10-20.956, *JCP* 2012, p. 135, note J. GHESTIN ; ; *D.* 2011, p. 3052, note N. DISSAUX ; *RDC* 2012, p. 64, obs. Th. GENICON ; *RDC* 2012, p. 535, obs. C. GRIMALDI.

¹⁵⁸⁰ L'auteur poursuit en énonçant que « celui qui s'apprête à acquérir un fonds de commerce va se décider avant tout à la lumière de sa productivité économique et donc faire un calcul de rentabilité qui est certes une appréciation économique. Mais cette première appréciation économique – simple recherche d'une qualité substantielle attendue – n'est que le point de départ d'une seconde appréciation : celle de savoir combien l'acheteur est prêt à payer pour acquérir cette rentabilité calculée et présumée. C'est la question du prix (second calcul) que l'on est prêt à déboursier pour acquérir un potentiel de chiffre d'affaires (premier calcul), le prix d'une chance de bénéfices économiques futurs. Et ce n'est qu'à ce second stade que peut se loger l'erreur sur la valeur : l'acquéreur ne sera jamais admis à se plaindre d'avoir payé trop cher ce potentiel de chiffre d'affaires... sauf si son appréciation de ce potentiel a été faussée ».

¹⁵⁸¹ La rentabilité est également susceptible de caractériser un vice caché (sur ce point, v. Civ. 1^{er}, 3 juill. 1996, n° 94-16.196, *Bull. civ.* I n° 290, p. 202 ; *JCP E* 1997 II 1021, note MONÉGER).

¹⁵⁸² Cass. com., 7 oct. 2014, n° 13-23.119 : « ayant constaté que Mme X. avait établi le prévisionnel et retenu qu'elle devait, pour apprécier la rentabilité du réseau, se renseigner notamment auprès d'autres affiliés et franchisés dont elle avait les coordonnées, la cour d'appel, qui n'a pas imposé à un profane une obligation de vérification des éléments communiqués par un professionnel mais a fait ressortir, dans le cadre d'une relation d'affaires entre professionnels, un manque de diligence, a, [...] légalement justifié sa décision ». V. plus récemment, Cass. com. 24 juin 2020, n° 18-15.249 : « ces prévisions avaient provoqué, dans l'esprit des cocontractants, novices dans le secteur économique concerné, une erreur sur la rentabilité de leur activité, portant sur la substance même du contrat de franchise ».

¹⁵⁸³ V. en ce sens D. et N. FERRIER, *Droit de la distribution*, 7^e éd., 2014, Litec, n° 718 – Th. GENICON, « Erreur sur la rentabilité économique : erreur indifférente sur la valeur ou erreur substantielle », *op. cit.*

comportement de l'*errans* : celui-ci devra démontrer que la répétition du succès commercial promise était inatteignable *ab initio*, indépendamment de ses efforts et de son mérite.

L'assimilation de l'erreur sur la rentabilité à une erreur sur la valeur d'usage justifie donc sa correction par le droit. Si ce type d'erreur est ainsi largement sanctionné par le droit, il en va autrement de l'erreur sur la valeur d'échange.

2. Admission limitée de l'erreur sur la valeur d'échange

En théorie indifférente, l'erreur sur la valeur d'échange est toutefois admise dans certaines hypothèses très limitées. La première est celle du dol : le comportement malveillant du cocontractant provoquant l'erreur, celui-ci doit être réparé. Admise en théorie, cette hypothèse se révèle toutefois délicate à mettre en œuvre en pratique (a.).

La seconde découle d'une tendance contemporaine à l'élargissement de la notion de « qualités essentielles »¹⁵⁸⁴. L'objectif affiché est de protéger le débiteur du prix qui aurait perdu une chance de contracter à un prix moindre. En effet, comme le souligne M. Gilles Goubeaux dans un article démontrant l'inutilité de la distinction entre l'erreur sur la valeur et l'erreur sur la substance, « plus s'affine l'analyse de la psychologie des parties, plus s'étend le domaine de l'erreur sur la substance »¹⁵⁸⁵. Selon l'auteur, l'erreur sur la valeur indifférente à la validité de la convention serait à ranger parmi ces principes d'ordre technique dont, le plus souvent, on analyse les caractéristiques que pour mieux les écarter ou les contourner. Sans pour autant partager l'opinion tranchée de M. Gilles Goubeaux¹⁵⁸⁶, il conviendra d'étudier les différentes

¹⁵⁸⁴ La « tendance contemporaine consistant à grossir la notion de “qualités substantielles” pour faire produire des effets à l'erreur sur la valeur et réduire ainsi le nombre de cas dans lesquels celle-ci est indifférente » (Y.-M. LAITHIER, « Erreur ou abus ? (Ou le vice du consentement qui n'ose pas dire son nom) », *RDC* 2008, n° 3, p. 730) est critiquée par de nombreux auteurs, au motif qu'elle conduirait à une « instrumentalisation de l'erreur sur la valeur » (J.-J. ANSAULT, « Erreur sur la substance ou erreur sur la valeur des droits d'associés ? », *Rev. sociétés* 2016, p. 362).

¹⁵⁸⁵ G. GOUBEAUX, « À propos de l'erreur sur la valeur », *op. cit.*

¹⁵⁸⁶ M. Thomas Genicon s'inscrit en faux du raisonnement tenu par M. Gilles Goubeaux : « même si la démonstration est de nature à impressionner, il nous semble pourtant qu'il demeure un critère propre d'identification de l'erreur sur la valeur qui tient à ce que cette dernière est une fausse représentation de ce que l'on pourrait appeler « l'attractivité communément admise du bien », c'est-à-dire l'attrait que le bien présente pour autrui – plus exactement pour la moyenne des gens. *L'errans*, dans ce cas, ne mesure pas bien l'intérêt que présente le bien, toutes ses qualités connues, pour la moyenne des hommes et, conséquemment, combien la moyenne des hommes serait prête à déboursier pour l'acquérir. Là, et là seulement, réside sa méprise. Aussi bien, pour identifier conceptuellement l'erreur sur la valeur, il suffira de se demander si *l'errans* s'est trompé sur ce que la moyenne des hommes, dans la même situation, c'est-à-dire avec les mêmes informations, aurait été prête à céder comme prix à sa place » (v. Th. GENICON, « Erreur sur la rentabilité économique : erreur indifférente sur la valeur ou erreur substantielle », *op. cit.*).

hypothèses au sein desquels un glissement peut être observé entre l'erreur sur la valeur et l'erreur sur les qualités essentielles.

Cette extension du domaine de la qualité essentielle est ainsi observée en matière de cession de droits sociaux (b.), mais aussi en droit du marché de l'art (c.). L'objectif affiché serait ici de protéger le débiteur du prix, qui a perdu la chance de contracter à un prix moindre.

a. Admission restreinte de l'erreur sur la valeur provoquée

Le défaut dans la mise en œuvre du mécanisme estimatoire lors de la formation du contrat, conduisant à une erreur sur la valeur, peut être le résultat de l'action malintentionnée de l'autre partie au contrat. La faute commise s'oppose à l'indifférence de l'erreur sur la valeur et va à l'encontre de la force obligatoire du contrat. L'article 1139 alinéa 1^{er} du Code civil est clair : « l'erreur qui résulte d'un dol (...) est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat ». L'article 1139 alinéa 3 précise toutefois que « ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de la valeur de la prestation », venant consacrer la jurisprudence *Baldus*¹⁵⁸⁷. La juxtaposition de ces deux dispositions surprend et conduit à reconsidérer l'existence du dol sur la valeur. L'hypothèse du dol actif sur la valeur nécessitant la mise en œuvre de tromperie ou de manœuvre restreint considérablement l'applicable pratique du dol en la matière.

267. Illustrations du dol actif sur la valeur. – La lecture de l'article 1139 du Code civil à la lumière des articles 1112-1 et 1137 révèle pourtant que si l'erreur sur la valeur provoquée par un dol est bien source de nullité, celui-ci ne peut porter sur l'absence de communication du cocontractant quant à la valeur de la prestation¹⁵⁸⁸. L'erreur sur la valeur provoquée par le dol ne peut donc résulter que du comportement actif (mensonge, tromperie, manœuvre) du cocontractant, et non de sa réticence dolosive. Il est toutefois possible de s'interroger sur les artifices conduisant à une erreur sur la valeur provoquée. La seule possibilité pour le créancier de tromper activement son débiteur uniquement sur la valeur de l'objet du contrat est, semble-t-il, de lui faire croire que celui-ci est particulièrement rare et de le convaincre de la valeur élevée de celui-ci, ou spécialement utile, sans pour autant le tromper quant à la substance en elle-même. La majeure partie des cas de dol sur la valeur a trait à la rentabilité du bien.

¹⁵⁸⁷ Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 2000, n° 98-11.381 ; *Bull. civ.* I, n° 131 ; *Defrénois* 2000, p. 1110, obs. D. MAZEAUD ; *Defrénois* 2000, p. 1114, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP* 2000. I. 272, n° 1, obs. G. LOISEAU ; *JCP* 2001, II, 10510, note Ch. JAMIN ; *RTD civ.* 2000. 566, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁵⁸⁸ Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 2000, n° 98-11.381, *précité*.

Le dol peut ainsi être commis à l'aide d'une mise en scène. Commet ainsi un dol sur la valeur le vendeur qui vend un lot de statuettes pour 1 600 000 F en produisant des certificats d'authenticité et en affirmant que le lot avait été estimé par des professionnels à plus de 6 000 000 F¹⁵⁸⁹. M. Patrick Chauvel relève toutefois que ce type d'affaires se fait de plus en plus rare dans les prétoires¹⁵⁹⁰, à l'inverse des dols par le biais de l'usage d'un faux. L'ensemble des démarches de l'une des parties va créer ou entretenir l'erreur dans l'esprit de son cocontractant. L'hypothèse la plus classique est celle du recours à de faux bilans comptables afin de vendre des parts sociales de société au-delà de leur valeur réelle¹⁵⁹¹. Il en va de même pour le franchiseur qui fournit au candidat franchisé des informations erronées quant à la concurrence locale¹⁵⁹² ou tout simplement dénuées de sérieux. De même, le dol peut résulter d'un maquillage des apparences : constitue un dol l'émission d'actions de jouissance dans le but d'induire en erreur l'acquéreur quant à la prospérité de l'entreprise¹⁵⁹³ ou l'engagement irréaliste d'obtenir des garanties auprès de grandes banques¹⁵⁹⁴.

Il convient de souligner que si le dol sur la valeur est sanctionné par le droit civil, tel n'est pas le cas de la tromperie sur la valeur. L'article L. 441-1 du Code de la consommation doit en effet être interprété strictement, et la valeur ne figure pas au titre des nombreuses hypothèses visées¹⁵⁹⁵.

La correction de l'erreur provoquée sur la valeur d'échange se révèle rare en pratique, mais bien réelle. Au-delà, l'élargissement de la notion de qualités essentielles, dans la cession de droits sociaux et en droit du marché de l'art, conduit à une extension de la sanction de l'erreur sur la valeur d'échange.

b. Élargissement de la notion de qualité essentielle dans la cession de droits sociaux

M. Gilles Goubeaux le relève : « l'acquisition de parts de société a une finalité économique ; il n'est donc pas étonnant que toute allégation d'une erreur soit perçue comme

¹⁵⁸⁹ Civ. 1^{re}, 22 juin 2004, n° 01-17.258; *D.* 2005. 185, obs. Ph. DELEBECQUE, Ph. JOURDAIN et D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2004. 503, obs. J. MESTRE et B. FAGES. De même, commet un dol le vendeur qui cède à prix élevé des tableaux imaginaires ou sans valeur accompagnés d'une note d'un expert connu (T. corr. Seine, 25 sept. 1941, *Gaz. Pal.* 1941, n° 2, p. 409. – Paris, 28 févr. 1894, *S.* 1898, n° 2, p. 97).

¹⁵⁹⁰ P. CHAUVEL, « Dol », *Rep. dr. civ.* 2019, n° 27.

¹⁵⁹¹ Paris, 19 mars 1999, *D.* 1999. IR 109.

¹⁵⁹² Paris, 4 déc. 2003, *CCC* 2004, comm. n° 75, obs. L. LEVENEUR – Civ. 1^{re}, 3 nov. 2016, n° 15-24.886.

¹⁵⁹³ Cass. com. 3 déc. 1968, *Bull. civ.* IV, n° 342.

¹⁵⁹⁴ Cass. civ. 3^e, 4 juill. 1968, *Bull. civ.* III, n° 321.

¹⁵⁹⁵ Cass. crim., 25 oct. 1990, n° 89-85.668, *Bull. crim.*, n° 358.

étant relative à sa valeur »¹⁵⁹⁶ et tel fut le parti retenu, à l'origine, par la jurisprudence. L'erreur sur la valeur des parts sociales ne donnait pas droit à nullité¹⁵⁹⁷. Un arrêt du 10 novembre 2015¹⁵⁹⁸ est toutefois venu assimiler une erreur sur la valorisation des parts sociales à une erreur sur les qualités essentielles, sans pour autant prononcer la nullité du contrat.

268. Particularité des faits de l'espèce de l'arrêt du 10 novembre 2015. – La Chambre commerciale a prononcé la nullité d'une cession de droit sociaux pour erreur sur la substance : une expertise judiciaire avait révélé, postérieurement à la cession, que les parts sociales avaient été sous-évaluées, du fait d'une erreur pouvant être imputée au comptable. Les parts sociales avaient ainsi été cédées à un prix six à onze fois inférieur à la valeur réelle. Le cédant sollicite donc la nullité du contrat pour erreur. La cour d'appel ne prononce pas la nullité du contrat, mais condamne le cessionnaire – et non l'expert – à indemniser le cédant. Le pourvoi est rejeté au motif que « l'erreur de M. X sur la valorisation de ses parts n'est que la conséquence de cette méprise ; que de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que l'erreur portait sur la situation financière de la société dont les parts étaient cédées, la cour d'appel a pu déduire que cette erreur affectait les données objectives de la cession et avait été déterminante du consentement de M. X ». Les faits semblent pourtant davantage relever de l'erreur sur la valeur. En l'occurrence, les parts étaient, dans leur substance, conforme aux attentes des parties, car « ceux-ci offraient bien à leurs titulaires les prérogatives attachées traditionnellement aux droits incorporels en cause, à savoir des droits politiques et pécuniaires, dans toutes leurs déclinaisons, au sein de la société émettrice »¹⁵⁹⁹.

La seconde particularité des faits de l'espèce est que l'erreur n'a pas été commise ni provoquée par l'une des parties, mais par un tiers. L'action sur le fondement du dol n'est pas recevable¹⁶⁰⁰. Si une erreur a bien été commise, elle ne saurait être reprochée au cessionnaire, lequel s'est pourtant vu condamner au versement de dommages-intérêts sans qu'aucune référence à une faute de sa part ou un préjudice subi ne soit évoquée. Il semblerait, dès lors, que

¹⁵⁹⁶ G. GOUBEAUX, « À propos de l'erreur sur la valeur », *op. cit.*

¹⁵⁹⁷ Cass. com. 26 mars 1974, *Bull. civ. IV*, n° 108 ; *D.* 1974, p. 80 ; *RTD com.* 1974, p. 291, obs. R. HOUIN. – Cass. com. 18 févr. 1997, *Bull. civ. IV*, n° 55, *JCP G* 1997, I, 4056, spéc. n°s 5 et s., obs. G. LOISEAU, *LPA* 10 août 1999, p. 26, note J.-L. COURTIER ; *RTD com.* 1997, p. 274 obs. C. CHAMPAUD et D. DANET.

¹⁵⁹⁸ Cass. com. 10 nov. 2015, n° 14-11.370 ; *Gaz. Pal.*, 2016, n° 38, p. 73, note B. DONDERO ; *Rev. sociétés* 2016, p. 362, note J.-J. ANSAULT ; *LPA* 2016, n° 114, p. 16, note F. JACOMINO.

¹⁵⁹⁹ J.-J. ANSAULT, « Erreur sur la substance ou erreur sur la valeur des droits d'associés ? », *op. cit.*

¹⁶⁰⁰ De même, aucune réticence dolosive ne saurait être reprochée au cédant sur le fondement de la jurisprudence *Vilgrain* (cf. *supra* n° 188). En ce que l'acquéreur n'était pas le dirigeant de la société. Par ailleurs, le cédant qui se prévaut en l'espèce de l'erreur pouvait être considéré comme un professionnel averti qui aurait dû déceler l'inexactitude de comptabilisation.

l'erreur ait été sanctionnée par de seuls dommages-intérêts, et non par la nullité du contrat¹⁶⁰¹. Au-delà, l'expert aurait dû voir sa responsabilité contractuelle engagée.

269. Assimilation de l'erreur sur la valorisation des parts sociales à une erreur sur les qualités essentielles. – La Cour assimile l'erreur sur la valorisation des parts à une erreur sur la substance, et donc sur les qualités essentielles¹⁶⁰². Or, l'erreur sur la valorisation des parts sociale est traditionnellement conçue comme une erreur sur la valeur, ne donnant pas droit à nullité. Une telle erreur n'était admise qu'à l'encontre du cédant, lorsque le cessionnaire se retrouvait dans l'impossibilité de réaliser l'activité économique constituant l'objet social de la société¹⁶⁰³ et constitue dès lors une erreur sur les qualités essentielles. Or tel n'étaient pas les faits de l'espèce puisque, dans cette affaire, l'action était diligentée par le cédant, et non par le cessionnaire.

La Cour de cassation semble aller à rebours de la jurisprudence applicable, en estimant que « cette erreur affectait les données objectives de la cession ». L'erreur sur les qualités essentielles renvoie en effet classiquement davantage à une dimension subjective, qu'aux « données objectives de la cession ». L'arrêt étudié s'inscrit ainsi dans un mouvement d'objectivisation de l'erreur, dans une logique de rééquilibrage du contrat. Pour Mme Faustine Jacomino, le raisonnement de la Cour relève davantage d'une « lésion déguisée sur les parts sociales »¹⁶⁰⁴.

La portée de cet arrêt largement critiqué en doctrine¹⁶⁰⁵ doit toutefois être nuancée en ce que celui-ci n'a fait l'objet d'aucune publication.

¹⁶⁰¹ Cf. *infra* nos 280 et 285 concernant l'opportunité de la sanction en cas d'erreur.

¹⁶⁰² M. Jean-Jacques Ansault le relève, « au fond, au-delà des formules employées, l'on en revient à la question sensible de la détermination des « qualités essentielles » propres aux droits d'associés » (J.-J. ANSAULT, « Erreur sur la substance ou erreur sur la valeur des droits d'associés ? », *op. cit.*).

¹⁶⁰³ V. notamment, Cass. com. 1^{er} oct. 1991, n° 89-13.967 ; *D.* 1992. 190, note G. VIRASSAMY ; *Rev. sociétés* 1992. 497, note P. DIDIER ; *RTD civ.* 1992, p. 80, obs. J. MESTRE ; *RTD com.* 1992, p. 186, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *RTD com.* 1992, p. 199, obs. Y. REINHARD ; *JCP E* 1992. II. 277, note A. VIANDIER ; *Bull. Joly* 1991. 1004, note C. ROCA ; *Deffrénois* mai 1992, p. 578, note P. LE CANNU ; *Dr. sociétés* 1992, comm. 13, note H. LE NABASQUE.

¹⁶⁰⁴ F. JACOMINO, « Erreur sur la valorisation des parts sociales : erreur substantielle à l'origine de l'erreur sur la valeur », *LPA* 2016, n° 114, p. 16.

¹⁶⁰⁵ Sur ce point, v. J.-J. ANSAULT, « Erreur sur la substance ou erreur sur la valeur des droits d'associés ? », *op. cit.* : « mais, au vrai, si l'on accepte d'aller au-delà d'une lecture purement éthique de cette décision, il va sans dire que la situation juridique en cause révèle l'existence d'une erreur sur la valeur, laquelle ne saurait être sanctionnée par la nullité que si elle trouvait sa source dans un dol dont il appartenait au cédant de prouver l'existence, tant dans sa composante matérielle qu'intentionnelle. Critiquable sur le fond en tant qu'il instrumentalise le concept d'erreur pour secourir un sujet de droit vulnérable, l'arrêt en question échoue en toute hypothèse à servir de guide d'interprétation ici, dès lors que le retrayant concerné n'apparaissait pas particulièrement désarmé ». V. également B. DONDERO, « Vers une conception extensive de l'erreur dans les cessions de droits sociaux ? », *Gaz. Pal.* 2016, n° 38, p. 73 : « l'arrêt est un peu perturbant puisqu'il semble admettre l'erreur financière, tout en la sanctionnant

La cession de droits sociaux est ainsi le témoin d'un élargissement de la notion de qualité essentielle et, par conséquent, du champ de la sanction du déséquilibre économique par le droit civil. Le droit du marché de l'art fait été d'une évolution similaire.

c. *Élargissement de la notion de qualité essentielle en droit du marché de l'art*

Une tendance identique, conduisant à un élargissement de la notion de qualité essentielle, peut être observée en droit du marché de l'art, à propos de la problématique de l'erreur sur la notoriété ou sur l'intérêt muséologique.

270. Assimilation de l'erreur sur la notoriété à une erreur sur les qualités essentielles. –

Une erreur sur la notoriété peut être constatée dans l'hypothèse où la méprise n'est pas liée à l'authenticité de l'œuvre, mais quant à la cote de l'artiste l'ayant réalisée. M. Gilles Goubeaux assimile ainsi la notoriété de l'artiste à une qualité essentielle, en ce que « le regard porté sur un tableau n'est pas le même selon que l'on connaît ou non la célébrité de son auteur. Lorsqu'une erreur sur ce point est commise, c'est tout un pan de la connaissance de son créateur qui échappe ». Ainsi « la notoriété du peintre, si elle commande la valeur marchande de ses tableaux, ne se confond pas avec cette valeur ; elle est une donnée à partir de laquelle se fait l'appréciation économique »¹⁶⁰⁶. Une telle interprétation, traditionnellement refusée¹⁶⁰⁷, a ponctuellement été retenue dans quelques affaires.

Subtilement tout d'abord, dans un arrêt rendu par la première Chambre civile en date 25 janvier 1965¹⁶⁰⁸ : avait été annulée en appel¹⁶⁰⁹, pour erreur sur la substance, la vente de fresques dans une chapelle, pour un cinquième de leur valeur. Les vendeurs en ignoraient l'immense valeur historique, alors que les acquéreurs étaient pour leur part des « amateurs d'art

par de seuls dommages-intérêts » et F. JACOMINO, « Erreur sur la valorisation des parts sociales : erreur substantielle à l'origine de l'erreur sur la valeur », *op. cit.* : « l'on est donc bien loin de la sanction de nullité traditionnellement rattachée au vice du consentement, et l'on se rapproche ici d'une rescision pour lésion. L'« erreur sur la valorisation » semble perdre son caractère indifférent pour apparaître comme une lésion déguisée sur les parts sociales. Les dommages et intérêts prononcés à la suite d'une erreur sanctionnent habituellement la faute commise par le défendeur sur le fondement délictuel laquelle se distingue de l'erreur invoquée (...). Outre que cette sanction dénature la fonction première de l'erreur, elle participe d'un mélange des genres particulièrement dangereux si l'on songe à la sécurité juridique que la réforme du droit des contrats s'efforce de préserver. »

¹⁶⁰⁶ G. GOUBEAUX, « À propos de l'erreur sur la valeur », *op. cit.*

¹⁶⁰⁷ TGI Nancy, 8 déc. 1997, inédit, cité par S. LEQUETTE-DE KERVENOËL, *L'authenticité des œuvres d'art*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 451, 2006, n° 341. Un héritier vend un lot de meubles dont il ignore la cote. Le TGI estimera qu'il n'aura commis qu'une « erreur sur le prix, sur la valeur économique des biens cédés, à partir cependant de données exactes, de sorte qu'il ne peut être prétendu qu'il y a eu erreur sur la valeur qualitative de la chose, qui n'est elle que la conséquence d'une erreur sur la qualité substantielle ».

¹⁶⁰⁸ Cass. civ. 1^{re}, 25 janv. 1965, *DS* 1965, p. 217.

¹⁶⁰⁹ Montpellier, 2 janv. 1963, *Gaz. Pal.* 1963, n° 1, p. 63.

avisés », si bien que le débat sur la valeur d'échange s'avéra nécessairement stérile. Quand bien même les vendeurs étaient informés de l'importance économique des fresques, ils n'étaient pas en mesure d'exploiter cette information face aux acquéreurs. M. Philippe Jouary estime à ce propos que la procédure de délibération sur la valeur était formellement respectée, mais pas substantiellement¹⁶¹⁰. Tel est également le parti tenu par la cour d'appel. La Cour de cassation a estimé que la cour d'appel avait dénaturé les termes clairs et précis de la convention liant les parties, au motif que « l'origine et l'authenticité de la chose vendue résultaient des termes du contrat ». Les juges du fond n'avaient donc pas suffisamment caractérisé l'erreur sur les qualités essentielles, en ce que, compte tenu de la convention, les vendeurs étaient alertés de l'authenticité des fresques. La cassation n'est donc pas prononcée pour violation des anciens articles 1110 et 1118 du Code civil mais pour dénaturation de la convention. Ce n'est pas l'admission de l'erreur sur la valeur par la cour d'appel qui est ici censurée par la Cour de cassation, mais l'insuffisance de la caractérisation de l'erreur sur les qualités essentielles. Il appartiendra alors à la cour d'appel de renvoi d'opérer de telles recherches.

Dans une seconde affaire, en date du 24 janvier 1979¹⁶¹¹, du mobilier en argent avait été mis en vente sous l'indication « travail étranger ancien », avant de faire l'objet d'une rectification et d'être présenté comme « travail d'Augsbourg de la première moitié du XVIII^e siècle », sans pour autant que le prix ne soit modifié. La Cour de cassation accueille la demande en nullité de la vente engagée par le vendeur, pour erreur sur les qualités essentielles suivantes : origine précise du bien et intérêt historique et muséologique¹⁶¹². Si l'origine précise du bien constitue une qualité essentielle, l'origine intégrant, l'essence, il en va autrement de l'intérêt muséologique. Est ainsi associé « à la qualité substantielle une donnée objective complémentaire qui permet de dire que l'erreur n'a pas porté directement sur la valeur, mais seulement indirectement »¹⁶¹³. Sur ce point, M. Jean-Luc Aubert estime justement que cette donnée complémentaire, l'intérêt muséologique, qualité essentielle selon la Cour, doit être ramenée à l'intérêt commercial. Or, « si on prend en considération l'intérêt commercial, il est

¹⁶¹⁰ Ph. JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, op. cit., n° 273, p. 254.

¹⁶¹¹ Cass. civ. 1^{re}, 24 janv. 1979, *Bull. civ. I*, n° 34 ; *Deffrénois* 1980. 384, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1981, p. 394, obs. F. CHABAS.

¹⁶¹² Plus précisément, la Cour a jugé que « après avoir défini la qualité substantielle des objets litigieux, à savoir leur origine précise et leur intérêt historique et muséologique, la cour d'appel [...] a estimé que les informations contenues dans le catalogue de vente étaient insuffisantes pour déterminer la nature véritable des objets mis en vente, et que la rectification apportée par l'expert avant les enchères n'avait pas comblé cette lacune dans l'esprit des vendeurs, dépourvus de connaissances artistiques et dont il n'était pas établi qu'ils aient eu connaissance de ces catalogues de ventes antérieures dans lesquelles les objets étaient exactement présentés ».

¹⁶¹³ J.-L. AUBERT, *Deffrénois*, 1980, n° 8, p. 384, obs. ss Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 1979, *Bull. civ. I*, n° 34, p. 29.

permis de douter qu'on puisse encore sérieusement affirmer que l'erreur sur la valeur n'est pas cause de nullité »¹⁶¹⁴.

271. Refus doctrinal d'assimilation de la notoriété ou de l'intérêt muséologique à une qualité essentielle. – M. Philippe Jouary estime toutefois, à juste titre, qu'un tel rapprochement n'est pas souhaitable et que l'erreur ainsi réalisée constitue une erreur sur la valeur d'usage¹⁶¹⁵. Le premier argument invoqué est, tout d'abord, d'ordre textuel, en ce que le débat est sciemment placé par la Cour de cassation sur le terrain des qualités essentielles, et non de l'erreur sur la valeur. Ensuite, cette prise en compte de la valeur économique, et plus précisément de la discordance entre le prix exigé et la valeur, ne constitue qu'un indice parmi d'autres permettant de conclure à l'existence d'une erreur sur une qualité essentielle¹⁶¹⁶. Ainsi, « une mauvaise appréhension de la valeur artistique du bien cédé conduira à une appréciation incorrecte de sa valeur économique »¹⁶¹⁷. M. Philippe Jouary précise enfin que l'erreur sur la valeur et l'erreur sur la substance renvoient à deux univers distincts. L'erreur sur la valeur d'échange repose sur une appréciation objective de la valeur, contrairement à l'erreur sur la valeur d'usage. Ainsi, puisque, en l'espèce, l'estimation de la valeur économique a été correctement réalisée par les parties, les données économiques étaient exactes et chaque partie était alertée des caractéristiques de la chose vendue¹⁶¹⁸. L'erreur se réfère à un élément extérieur au contrat. Dès lors, l'erreur réalisée ne peut être qu'une pure erreur sur la valeur d'échange, ignorée par le droit. M. Thomas Genicon conteste cette solution, estimant que « la célébrité d'un artiste, l'attrait d'une zone immobilière, "l'intérêt historique ou muséologique" d'un bien, la rareté d'un autre, l'engouement pour un prestataire de service à la mode, etc., ne devraient jamais être admis à constituer une erreur sur la substance »¹⁶¹⁹. M. Thomas Genicon utilise pour cela le critère de « l'attractivité communément admise du bien ». Ainsi, selon l'auteur, « aussi bien, pour identifier conceptuellement l'erreur sur la valeur, il suffira de se demander si l'*errans* s'est trompé sur ce que la moyenne des hommes, dans la même situation, c'est-à-dire avec les mêmes informations, aurait été prête à céder comme prix à sa place. (...) Là est toute la différence qui

¹⁶¹⁴ J.-L. AUBERT, *ibid.*

¹⁶¹⁵ Ph. JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, *op. cit.*, n° 276, p. 256.

¹⁶¹⁶ Ph. JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, *op. cit.*, n° 285, p. 256.

¹⁶¹⁷ Ph. JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, *op. cit.*, n° 276, p. 256.

¹⁶¹⁸ Selon M. Philippe Jouary, le critère de distinction entre l'erreur sur la valeur et l'erreur sur la substance repose sur l'information des parties, se rapprochant en pratique la position de M. Gilles Goubeaux selon lequel l'erreur sur la valeur devrait être assimilée à l'erreur inexcusable (v. en ce sens G. GOUBEAUX, « À propos de l'erreur sur la valeur », *op. cit.*).

¹⁶¹⁹ Th. GENICON, « Erreur sur la rentabilité économique : erreur indifférente sur la valeur ou erreur substantielle », *op. cit.*

permet de tracer fermement la frontière entre erreur sur la substance et erreur sur la valeur, différence qui permet de résumer facilement le caractère inopérant de l'erreur sur la valeur : le défaut d'information sur "l'attractivité commune du bien", ou la méprise sur la façon dont les autres le valoriseraient, ne peut jamais être pris en compte, car elle n'est jamais par principe une qualité substantielle du bien »¹⁶²⁰.

L'indifférence de principe de l'erreur sur la valeur d'échange doit ainsi être nuancée. L'erreur sur la valeur d'usage, assimilée à l'erreur sur les qualités essentielles, donne droit à nullité, tout comme certains cas d'erreur sur la valeur d'échange, assimilés à des cas d'erreur sur la valeur d'usage.

¹⁶²⁰ M. Thomas Genicon poursuit son propos en l'illustrant de l'exemple suivant : « usant du critère de l'attractivité commune du bien, il apparaît que l'errans qui a accepté de se débarrasser au rabais d'un Sorolla n'aurait pas dû le faire, car il aurait dû avoir conscience de la valeur que représentait ce Sorolla "pour tout le monde" et que tout un chacun, disposant de la même information que lui sur la paternité de l'œuvre, n'aurait certainement pas accepté de la céder pour le même prix – il s'agit donc bien d'une erreur sur la valeur. »

CONCLUSION DE LA SECTION I

Le déséquilibre économique est parfois appréhendé par le droit, à travers les notions d'absence de contenu du contrat et, plus rarement, d'estimation incorrecte de la valeur économique.

272. L'absence de contrepartie ne soulève pas de difficulté d'appréhension, dès lors que celle-ci est entendue de manière objective. L'absence totale de contrepartie monétaire à un contrat à titre onéreux a des conséquences quant à la validité de celui-ci : l'existence d'une contrepartie monétaire ne constituant pas qu'un simple élément de qualification dudit contrat. Il est ainsi impossible d'admettre l'existence d'un contrat à titre onéreux dépourvu de prix. Par ailleurs, hormis la requalification du contrat de vente en donation, une requalification en contrat de bienfaisance semble impossible.

À l'inverse, l'acception subjective de l'absence de contrepartie est plus délicate à concevoir et renvoie aux débats quant à la nature de la cause en droit. Si aucun doute ne peut être émis quant à l'existence matérielle de la contrepartie, son insuffisance subjective peut interroger. Un refus de principe de la jurisprudence doit être constaté, mais l'exigence d'une contrepartie non illusoire et non dérisoire formulée à l'article 1169 du Code civil témoigne de l'introduction de la subjectivité dans l'appréhension du déséquilibre économique, la caractérisation d'un prix dérisoire étant, par essence, subjective. Le contrôle de l'équilibre des prestations est d'autant plus renforcé que, par l'exigence d'un prix non illusoire, le Code civil admet la nullité du contrat pour fausseté partielle de la cause.

273. Le droit sanctionne, très occasionnellement, les déséquilibres en valeur ayant pour origine une mauvaise estimation de la valeur économique, et ce malgré le respect du mécanisme estimatoire. La recevabilité de la lésion est alors très encadrée, le déséquilibre économique jouant davantage un rôle dans la caractérisation que dans la recevabilité de l'action en rescision pour lésion. Le domaine de la lésion connaît toutefois une légère extension, compte tenu de son admission ponctuelle au sein de certains contrats aléatoires.

Le droit sanctionne, plus fréquemment, les déséquilibres en valeur résultant d'un dysfonctionnement du mécanisme, celui-ci connaissant d'inévitables imperfections. Dans l'hypothèse d'un dysfonctionnement spontané, l'erreur sur le prix ne soulève aucune difficulté et connaît une sanction certaine par le droit au titre de l'erreur obstacle. À l'inverse, l'erreur sur la valeur fait l'objet d'une sanction plus nuancée. La valeur d'usage étant assimilée à la qualité essentielle, le contrat économiquement déséquilibré sera annulé au titre d'une erreur sur la

valeur indirecte. L'erreur sur la valeur d'échange, en principe ignorée par le droit, est occasionnellement sanctionnée au titre du dol et se voit parfois reconnaître la qualification d'erreur sur les qualités essentielles, venant élargir d'autant le champ de l'erreur sur la valeur indirecte.

Après avoir déterminé les déséquilibres économiques dans la formation du contrat susceptibles de faire l'objet d'une sanction par le droit, il convient d'identifier la sanction applicable : l'annulation du contrat.

SECTION II

CORRECTION DU DESEQUILIBRE PAR L'ANNULATION DU CONTRAT

Une fois les cas de déséquilibre économiques sanctionnés par le droit identifiés et justifiés, il convient de s'intéresser au choix de la sanction applicable. Il convient tout d'abord d'écarter une première hypothèse : la victime du déséquilibre économique est susceptible de s'accommoder de la situation et de ne solliciter que, si celle-ci le permet, l'allocation de dommages-intérêts. La partie supportant le déséquilibre économique pourra, à l'inverse, souhaiter procéder à la correction de celui-ci. Selon M. Yves Picod, la nullité est alors « la sanction judiciaire des conditions de formation de l'acte juridique »¹⁶²¹.

En effet, l'article 1131 du Code civil énonce que « les vices du consentement sont une cause de *nullité* relative du contrat ». De même, l'article 1169 prévoit que « 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 ». Il est ainsi possible de tirer le même enseignement, *a contrario*, de l'article 1168 du Code civil lorsque celui-ci refuse de sanctionner de nullité les contrats dépourvus d'équivalence des prestations : la nullité semble incarner la sanction la plus adaptée. Enfin, cela a été vu, le contrat à titre onéreux dépourvu de toute contrepartie objective encourt la nullité, à moins de faire l'objet d'une requalification en donation.

La nullité paraît opportune en matière de déséquilibre dans la formation du contrat compte tenu de son caractère radical : elle permet l'anéantissement, rétroactif, de celui-ci, déliant les parties de leurs obligations à compter de la formation du contrat¹⁶²². Pourtant, l'annulation du prix n'est pas la sanction exclusive du déséquilibre économique dans la

¹⁶²¹ Y. PICOD, « nullité », *Rep. dr. civ.* 2019, n° 1.

¹⁶²² La caducité et l'annulation du contrat présentent des similarités, en ce qu'elles constituent toutes deux des sanctions des actes juridiques leur faisant perdre leur existence. Celles-ci présentent toutefois des différences du point de vue de leur nature, mais aussi de leurs effets, venant ainsi écarter la possibilité d'appliquer la caducité au déséquilibre économique né lors de la formation du contrat. En effet, la nullité résulte de la violation d'une condition de validité du contrat dès son origine, tandis que la caducité résulte d'un fait postérieur à la formation du contrat (sur les différences entre la nullité et la caducité, v. Y. BUFFELAN-LANORE, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 43, 1963, p. 115 et s.). Or, l'ensemble des cas de déséquilibre économique évoqués sont bien présents dès la formation du contrat, si bien que le recours à la caducité ne se révèle pas justifié. Par ailleurs, la caducité, si elle peut désormais entraîner des restitutions, « met fin » au contrat, selon les termes de l'article 1187 du Code civil, consacrant une jurisprudence ancienne (Cass. com. 5 juin 2007, n° 04-20.380). Par conséquent, et à la différence d'un contrat annulé, les parties seront toujours liées, aux yeux des tiers, pour la période entre la formation du contrat et le prononcé de la caducité. Au-delà, M. Frédéric Garron expose la primauté de la nullité en cas de cumul entre celle-ci et la caducité (F. GARRON, *La caducité du contrat – étude de droit privé*, PUAM, 2000, n°s 202 et s., p. 250 et s.).

formation du contrat et le droit admet parfois la révision du contrat déséquilibré, cette méthode devant toutefois demeurer subsidiaire au regard de la nullité (§1).

Au-delà, si la nullité du contrat s'impose comme sanction principale du déséquilibre économique dans la formation du contrat, le législateur de 2016 s'est toutefois abstenu de préciser la nature de cette nullité, laquelle devrait s'avérer relative (§2).

§1 – Primauté de la nullité du contrat

La révision du contrat constitue une solution séduisante, à laquelle ne s'oppose pas l'article 1168 du Code civil, cette disposition prohibant seulement le recours à la nullité en cas de défaut d'équivalence des prestations. La révision présente un avantage certain sur l'annulation, en ce que cette dernière constitue « toujours un trouble sérieux dans le commerce juridique »¹⁶²³, notamment du point de vue des restitutions et est parfois admise par le droit (I.). Ces hypothèses doivent toutefois demeurer dérogatoires, l'annulation du contrat déséquilibré lors de sa formation s'affirmant comme la sanction privilégiée, et sa révision subsidiaire (II.).

I. CONCURRENCE DE LA REVISION DU PRIX

La révision du prix est parfois autorisée lorsqu'un déséquilibre dans la formation du contrat peut être constaté (A.). Dans d'autres cas, il ne s'agira pas d'une véritable révision, mais d'une compensation du prix avec les dommages-intérêts versés au débiteur (B.).

A. Véritables hypothèses de révision du prix

La révision du prix déséquilibré dès la formation du contrat est effectivement autorisée en cas de lésion immobilière (1.) ou de vice caché (2.).

1. Rachat de la lésion immobilière

Le rachat de la lésion est une hypothèse unique en droit des contrats¹⁶²⁴. Il est ainsi offert à la victime de la lésion la possibilité d'obtenir un complément de prix, afin de rééquilibrer le contrat. Dans cette hypothèse, le contrat n'est pas anéanti, mais revalorisé. Le rachat de la lésion

¹⁶²³ R. SAVATIER, « Le rachat de la lésion et l'instabilité monétaire », *D.* 1961, chron. 1999.

¹⁶²⁴ D'un point de vue sémantique, il convient de préciser que l'expression « rescision pour lésion » employée jusqu'ici désignait à la fois la nullité pour lésion et le rachat de celle-ci. Sur ce point, v. Y. PICOD, « nullité », *op. cit.*, n° 36 : « en matière de vente d'immeuble, dans l'hypothèse d'une lésion du vendeur de plus de sept douzièmes, l'action en rescision peut se transformer en action en révision, si celui qui est avantagé propose un supplément de prix ».

constitue finalement l'hypothèse la plus importante de contrôle de l'équilibre des prestations, celle-ci étant doublée d'une révision judiciaire du prix.

Selon M. Denis Mazeaud, cette solution serait la meilleure, car elle « réalise l'alliance rare de la justice et de la stabilité contractuelle »¹⁶²⁵. Est parfois offerte à la partie lésée entre la nullité et le rachat¹⁶²⁶, tandis que ce dernier peut parfois être imposé dans d'autres¹⁶²⁷. La particularité de la mise en œuvre du rachat de la lésion provient de l'application du valorisme monétaire, lequel conduit à réévaluer la créance au jour du rachat. L'importance pratique de cette exception à la primauté de l'annulation du contrat doit toutefois être nuancée, en ce que certains cas de rachat de lésion, traditionnellement admis, ont été récemment écartés.

274. Application du valorisme monétaire au calcul du montant de la lésion immobilière.

– Si l'article 1675 du Code civil impose, en matière de vente immobilière, de tenir compte de la valeur du bien au « moment de la vente » afin de caractériser l'existence de la lésion, aucune précision n'est apportée quant à la date d'appréciation du montant de la lésion.

La jurisprudence est ainsi venue apporter la précision selon laquelle ce montant doit être apprécié au regard de la valeur actuelle de l'immeuble, et non au jour de la vente¹⁶²⁸. Finalement, l'immeuble vendu fera l'objet de deux estimations bien distinctes. La première a lieu au jour de la vente, afin d'estimer si l'action en rachat de lésion est recevable. La seconde a lieu au jour du rachat, afin d'estimer le montant du complément de prix devant être versé. Ce faisant, c'est la technique de la dette de valeur qui est ici appliquée, puisque le bien immobilier est susceptible de faire l'objet d'une importante variation de prix.

¹⁶²⁵ D. MAZEAUD, « Lésion », *Rep. dr. civ.* 2018, n° 75. V. également en ce sens O. F. EL BASSOUNI, *La lésion en droit comparé*, thèse Strasbourg, 1943, p. 121 : « l'annulation du contrat est-elle bien le meilleur moyen de parer à la situation faite au lésé ? ... L'annulation le prive de l'utilité qu'avait pour lui la convention. Dans ces conditions, ne serait-il pas préférable, au lieu de prononcer la nullité de la convention, de donner au juge la faculté de réduire simplement les stipulations lésionnaires ? »

¹⁶²⁶ La partie lésée dispose ainsi d'une option entre la rescision et le rachat dans la lésion immobilière (article 1681 du Code civil, l'action étant réservée au vendeur) et le contrat d'assistance maritime (L. 5132-6 du code des transports). La partie non lésée ne peut former de demande reconventionnelle en révision du prix, seule la rescision lui étant offerte (Cass. civ. 3^e, 6 juin 2007, n° 06-14.773, *Bull. civ.* III, n° 102 ; *RDC* 2007, p. 1203, note Ph. BRUN).

¹⁶²⁷ L'option est fermée à la partie lésée, laquelle ne peut invoquer que le rachat de la lésion, dans la cession de droits d'auteurs (article L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle) ainsi que dans la vente d'engrais (loi du 8 juillet 1907).

¹⁶²⁸ Civ. 1^{re}, 7 juin 1966, *Bull. civ.* n° 346 ; *D.* 1966, p. 629, note ANCEL ; *JCP* 1967.II.15049, note PLANCQUEEL ; *GAJC*, t.2, 13^e éd. Dalloz, 2015, n° 264 : « ce supplément doit correspondre non à la valeur vénale de l'immeuble au moment où il avait été vendu, mais à sa valeur réelle à l'époque où doit intervenir ce règlement complémentaire ». V. également Cass. civ. 3^e, 22 janv. 1970, *RTD civ.* 1970, p. 788, obs. G. CORNU et Cass. civ. 3^e, 4 déc. 2002, n° 00-21.205, *Bull. civ.* III, n° 252, p. 219 ; *RTD civ.* 2003, p. 519, obs. P.-Y. GAUTIER.

Hormis ces hypothèses de lésion, le législateur autorise parfois le juge à réviser le montant du prix compte tenu du défaut caché affectant l'usage du bien.

2. L'action estimatoire

L'action estimatoire est classiquement définie comme l'action en justice par laquelle l'acquéreur d'une chose demande une diminution du prix en raison de vices cachés qui altèrent la valeur de cette chose¹⁶²⁹. L'action estimatoire conduit donc à solliciter le juge afin que celui-ci réduise le prix exigé par le créancier, ou versé par le débiteur. Le juge sera alors chargé de rétablir l'équilibre économique du contrat, témoignant de ce fait d'une appréhension de la valeur économique par le droit.

275. Révision du prix engendrée par la mise en œuvre de la garantie des vices cachés. – Selon l'article 1644 du Code civil, « l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix ». À l'instar de ce qui est prévu en matière de lésion immobilière, l'acquéreur dispose ici d'une option entre l'action estimatoire et l'action rédhibitoire. L'exercice de l'action estimatoire entraînera la restitution partielle du prix, c'est-à-dire sa révision de celui-ci. Le juge, ne devant désormais plus être assisté par des experts¹⁶³⁰, devra alors estimer la valeur actuelle de l'objet du contrat, compte tenu du défaut dont il est affecté. L'objectif affiché est ici de « replacer l'acheteur dans la situation où il se serait trouvé si la chose vendue n'avait pas été atteinte de vices cachés »¹⁶³¹.

¹⁶²⁹ V. « action estimatoire » in *Lexique des termes juridiques*, 28^e éd., 2020, p. 33.

¹⁶³⁰ Cass. civ. 3^e, 10 nov. 1999, *Bull. civ.* III, n° 217 ; *D.* 1999. IR 274 – Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 2006 ; *D.* 2006. IR 1405. L'article 1644 du Code civil, modifié en 2015 (article 10 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, *JORF* n°0040 du 17 février 2015) envisage désormais la modification du prix par le juge seul, indépendamment d'une expertise. Rien n'empêchera toutefois le juge à s'accompagner d'un expert, bien que cela ne constitue plus une obligation.

¹⁶³¹ Cass. civ. 3^e, 1^{er} févr. 2006 ; *D.* 2006. 1213, note L. EYRIGNAC ; *JCP* 2006. II. 10070, note F. ROUVIERE ; *Deffrénois* 2006, p. 651, note E. SAVAUX.

La révision du prix ne saurait être évaluée au montant des réparations dues¹⁶³² ni conduire à ce que l'acquéreur perçoive une indemnité supérieure au prix de vente¹⁶³³.

À ce stade, peu importe que le débiteur de la garantie des vices cachés ait eu connaissance du vice. La sanction sera automatique dès lors que l'existence du vice et son antériorité à la formation du contrat seront caractérisées. La connaissance du vice permettra uniquement au créancier de la garantie de solliciter l'allocation de dommages-intérêts¹⁶³⁴.

276. Exercice en nature de l'action estimatoire. – L'exercice de l'action estimatoire peut également avoir lieu en nature. Dans cette hypothèse, la décision du juge sera d'autant simplifiée, puisque celui-ci n'aura qu'à ordonner au vendeur d'opérer les réparations nécessaires ou d'en supporter le coût. Cette règle n'est pas sans rappeler l'exécution forcée en nature, si bien que la limite prévue à l'article 1221 du Code civil devrait également trouver à s'appliquer. En effet, si l'exercice du rachat de la lésion en nature sera limité aux hypothèses dans lesquelles la réparation est possible ou si le coût de la réparation n'est pas disproportionné entre son coût pour le vendeur de bonne foi et son intérêt pour l'acquéreur.

Ces règles ont été consacrées aux articles L. 217-9 et L. 217-10 du Code de la consommation. La législation consumériste érige la réparation ou le remplacement, c'est-à-dire l'exercice en nature de l'action estimatoire, avant d'envisager la restitution du bien ou d'une « partie du prix ». Ces alternatives ne sont envisageables que si le choix de l'acquéreur « entraîne un coût manifestement disproportionné au regard de l'autre modalité, compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut », ce qui n'est pas sans rappeler l'article 1221 du Code civil en matière d'exécution forcée du contrat.

¹⁶³² Cass. civ. 3^e, 8 avr. 2009, n° 07-19.690, *Bull. civ.* III, n° 86 ; *D.* 2009. 1356, obs. G. FOREST – Cass. civ. 1^{re}, 6 avr. 2016, n° 15-12.402, *Bull. civ.* I, n° 849. V. *contra* Cass. civ. 3^e, 1^{er} févr. 2006 ; *D.* 2006. 1213, note L. EYRIGNAC ; *JCP* 2006. II. 10070, note F. ROUVIERE ; *Defrénois* 2006, p. 651, note E. SAVAUX : « Mais attendu que l'action estimatoire de l'article 1644 du Code civil permet de replacer l'acheteur dans la situation où il se serait trouvé si la chose vendue n'avait pas été atteinte de vices cachés ; qu'ayant exactement retenu que les époux Y... étaient fondés à demander la restitution du prix correspondant au coût des travaux nécessaires pour remédier aux vices leur permettant d'être en possession d'un immeuble conforme à celui qu'ils avaient souhaité acquérir et que l'expert ne pouvait être suivi dans son raisonnement aux termes duquel malgré les vices dont il était affecté, l'immeuble ne pouvait être payé moins cher que ce qu'il l'avait été ».

¹⁶³³ Cass. civ. 3^e, 19 avr. 2000, n° 98-12.326, *Bull. civ.* III, n° 87 ; *D.* 2000. 146 ; *AJDI* 2000, p. 1054 ; *AJDI* 2000, p. 1055, obs. F. COHET-CORDEY ; *RDI* 2000, p. 582, obs. J.-C. GROSLIÈRE ; *Defrénois* 2000, p. 1175, obs. A. BENABENT : « Attendu que pour fixer la réduction du prix de vente de l'immeuble, l'arrêt retient que le coût des travaux est supérieur à la valeur du bien déclarée dans l'acte, que l'acquéreur, ayant choisi l'action estimatoire, ne peut obtenir au titre de la réduction du prix, une indemnité supérieure à ce prix et qu'il convient donc d'évaluer la réduction à une somme correspondant au prix de vente de l'immeuble. Qu'en statuant ainsi, alors que lorsque l'acquéreur conserve la chose vendue, il n'a droit de se faire rendre qu'une partie du prix, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

¹⁶³⁴ Cf. *infra* n° 391 concernant le rôle purement indemnitaire des dommages-intérêts.

Le rachat de la lésion et l'action estimatoire constituent de véritables exceptions au principe de la primauté de la nullité en cas de déséquilibre dans la formation du contrat. Tel n'est pas le cas lorsque des dommages-intérêts viennent se compenser avec le prix initialement perçu.

B. Emergence d'une action en « réfaction » pour dol

Une confusion a été opérée entre la révision du prix et le versement de dommages-intérêts en cas de dol, laissant à penser qu'une action en « réfaction » pour dol émergerait.

277. Emergence d'une action en « réfaction » pour dol. – À l'instar de l'erreur spontanée, tout dol sur une qualité essentielle aura nécessairement une influence sur le prix exigé, conduisant dès lors à un déséquilibre économique. Prévues à l'article 1131 du Code civil, la sanction traditionnelle en matière de dol est la nullité du contrat. Pourtant, un courant jurisprudentiel permet d'envisager une solution alternative : la révision du prix pour dol, hypothèse dans laquelle la victime du dol renoncerait à se prévaloir de la nullité du contrat et exercerait, non pas une action en responsabilité civile, mais une action en révision du prix.

La « réfaction » pour dol aurait été introduite par la jurisprudence dans un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 14 mars 1972¹⁶³⁵. La Cour estima que privait de base légale la cour d'appel qui refusait aux acquéreurs d'un fonds de commerce le droit d'invoquer le dol pour conclure à une réduction de prix. La solution connut la postérité au sein de différentes décisions¹⁶³⁶. Si le dol justifie le versement d'une indemnité à la victime, compte tenu de la faute commise par son cocontractant, la réfaction pour dol n'a jamais été prévue par les textes.

¹⁶³⁵ Cass. com. 14 mars 1972, n° 70-12.659, *Bull. civ.* IV, n° 90 ; *D.* 1972, p. 653, note J. GHESTIN ; *Defrénois* 1973, art. 30293, p. 446, obs. J.-L. AUBERT. À propos de cet arrêt, M. Jacques Ghestin estima que « la nullité peut être demandée même si le demandeur a été seulement déterminé à accepter des conditions plus onéreuses. En revanche, celui-ci peut toujours se contenter de dommages-intérêts ou d'une réduction du prix qui ne peut être déclarée irrecevable quel que soit le fondement de la demande. Il peut ainsi choisir dans tous les cas la réparation la mieux adaptée ».

¹⁶³⁶ Cass. com. 7 janv. 1997, n° 93-17.326 ; *RDJA* 1997, n° 465, p. 298 ; *Dr. et patr.* mai 1997, p. 84, obs. P. CHAUVEL – CA Paris, 2 mai 1997, n° 96.9662, *Bull. Joly*, 1997, p. 785, note P. PIGASSOU – Cass. com. 27 mai 1997, n° 95-15.930 – Cass. com. 27 janv. 1998, n° 96-13.253 ; *Dr. et patrimoine* 1998, n° 59, chr. 1924, p. 90, obs. P. CHAUVEL : dans cet arrêt, le dol venait de l'acheteur et le vendeur cherchait au contraire à obtenir un supplément de prix – Cass. com. 5 déc. 2000, n° 96-18.390 – Cass. civ. 1^{re}, 12 oct. 2004, n° 01-14.704 : la réparation fut refusée, faute de préjudice – Cass. civ. 1^{re}, 28 mai 2008, n° 07-13.487, *Bull. civ.* I, n° 154 – Cass. civ. 3^e, 6 juin 2012, n° 11-15.973 ; *AJDI* 2013. 225, obs. F. COHET-CORDEY – Cass. civ. 1^{re}, 16 mai 2013, n° 12-16.959. M. Patrick Chauvel relève que la question avait déjà été soulevée au XIX^e siècle, v. qui peut faire rescinder les contrats dont il est la cause directe, à plus forte raison, alors que le contrat consiste en une vente, ouvrir au profit de l'acquéreur trompé une action en réduction du prix contre le vendeur » (Amiens, 17 févr. 1876, maintenu par Req. 27 nov. 1876).

278. Arguments en faveur de l'existence d'une action en réfaction du contrat en cas de dol indépendante de l'action en responsabilité. – Une partie de la doctrine paraît favorable à l'admission d'une « théorie de la réductibilité d'obligations excessives pour vices du consentement »¹⁶³⁷, au-delà du simple cas du dol. Dans une perspective historique, M. Philippe Rémy estime ainsi que l'existence d'une action en réduction du prix indépendante de la responsabilité délictuelle en matière de dol serait conforme à la « tradition savante antérieure au code ». Celle-ci dit en effet « plus clairement qu'à défaut de pouvoir demander la rescision du contrat, la partie trompée dispose d'une action limitée à l'excédent du prix payé (ou dû) sur le juste prix qu'elle aurait accepté si elle n'avait pas été trompée. Il y a donc bien lieu à réfaction du prix : c'est ce prix refait qui sera payé s'il est encore dû ; c'est ce prix refait qui sera l'un des deux éléments du calcul des dommages et intérêts si le prix prévu au contrat a été payé. Ainsi comprise, l'action délictuelle tend au fond à une restitution partielle ; c'est un diminutif de la *restitutio in integrum* ; formellement fondée sur le droit commun de la responsabilité, l'action en dommages et intérêts conserve cependant les traits spécifiques de l'antique action de dol : le dol est un délit civil, certes – mais c'est un délit spécial, et l'invocation de l'article 1382 ne doit pas avoir pour conséquence d'effacer cette spécificité »¹⁶³⁸. Si la partie trompée n'a pas encore exécuté la prestation promise (quelle qu'elle soit), l'action de dol doit lui permettre de demander, directement, la réduction de cette prestation. Si la partie trompée, ayant déjà fourni sa prestation, réclame des dommages et intérêts, son intérêt « négatif » serait de se faire restituer, en valeur, la différence entre ce qu'elle a accepté de fournir sous l'emprise du dol et l'avantage qu'elle conserve en exécution du contrat – l'évaluation judiciaire de cet avantage constitue le « juste prix » que le demandeur aurait accepté s'il n'avait pas été trompé. L'action de dol, qu'elle vise à la réduction de la prestation ou à des dommages et intérêts, serait donc, au fond, une action estimatoire.

M. Jacques Ghestin se montre favorable à la reconnaissance de l'existence d'une action en réfaction du contrat en cas de dol, estimant cette consécration tout à fait claire : « la solution, favorable au maintien du contrat, est économiquement opportune et moralement souhaitable puisqu'elle rétablit l'équilibre de la convention »¹⁶³⁹. M. Frédéric Rouvière relève quant à lui que « quand on songe que le vendeur qui connaît l'existence du vice caché est dans la même

¹⁶³⁷ J. MAURY, *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Jouve et cie, 1920, p. 166.

¹⁶³⁸ Ph. REMY, « L'absorption du dol par la responsabilité civile : pour ou contre ? », *RDC* 2013, n° 3, p. 1195.

¹⁶³⁹ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat -le consentement*, LGDJ, coll. Lextenso éditions, 2014, n° 1448, p. 1183.

situation que celui qui commet un dol, on comprend que les juges aient pu relativiser ou gommer la spécificité de l'action estimatoire »¹⁶⁴⁰. M. Yves-Marie Serinet se montre très convaincu en concluant que « le réaménagement de la prestation pécuniaire ne procède pas d'un principe indemnitaire »¹⁶⁴¹. M. Denis Mazeaud adopte également cette perspective, lorsqu'il estime que le demandeur « choisit de maintenir le contrat en dépit de l'erreur qu'il a commise à cause du dol de son cocontractant, il demande alors une réduction du prix contractuellement fixé ; autrement dit le préjudice résulte alors de la conclusion du contrat à des conditions désavantageuses en raison du dol et sa réparation suppose donc la suppression de ces conditions désavantageuses, en clair du rééquilibrage du contrat ».

D'un point de vue comparatiste enfin, les pays ayant abandonné la distinction entre le dol principal et le dol incident observent un mécanisme de réduction du prix et similaire et le rattachent à l'action estimatoire dans la garantie des vices cachés. Au-delà, le droit québécois impose même l'équivalence entre les dommages-intérêts et la différence de prix constatée¹⁶⁴².

L'émergence d'une action en « réfaction » pour dol ne remet pas en cause la subsidiarité de la révision du prix face à l'annulation du contrat.

II. SUBSIDIARITE DE LA REVISION DU PRIX

S'il convient de reconnaître que l'annulation ne constitue pas la sanction exclusive du déséquilibre économique dans la formation du contrat, l'anéantissement du contrat se révèle une solution davantage opportune que sa révision¹⁶⁴³ (A.), laquelle doit demeurer dérogatoire, selon la volonté des parties (B.).

A. *Primauté de l'annulation du contrat sur la révision du prix*

L'annulation du contrat constitue une sanction tout à fait adaptée au déséquilibre économique dans la formation du contrat. En pratique, cela signifie que le juge constatant, à

¹⁶⁴⁰ F. ROUVIERE, « La distinction entre restitution et indemnisation », *D.* 2015, p. 657.

¹⁶⁴¹ Y.-M. SERINET, *Les régimes comparés des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente*, thèse Paris, 1996, n° 401, p. 428.

¹⁶⁴² Article 1407 du Code civil québécois, cité par Ph. REMY, « L'absorption du dol par la responsabilité civile : pour ou contre ? », *op. cit.*

¹⁶⁴³ La révision sera entendue ici d'une révision directe du prix, et non par compensation avec l'allocation de dommages-intérêts. Si la jurisprudence sanctionne parfois l'erreur de seuls dommages-intérêts (Cass. com. 20 déc. 2015, n° 14-11.370), il ne s'agira ici que d'une action indemnitaire, conséquence d'un choix de la victime de l'erreur (cf. *infra* n° 391 concernant la distinction entre la révision et l'indemnisation).

titre d'exemple, le caractère illusoire de la contrepartie monétaire ne peut substituer sa propre estimation de la valeur économique à celle réalisée par les parties.

280. Nécessité d'effacement du contrat déséquilibré. – La nullité est la sanction du défaut de l'une des conditions de formation de l'acte, elle permet l'anéantissement de l'acte irrégulier. La nullité est perçue, en droit positif, comme un mal nécessaire, réservé à des hypothèses limitées compte tenu du caractère drastique de ses effets. Si le contrat tient lieu de loi aux parties, c'est à la condition de respecter les conditions de validité posées par la loi. Si tel n'est pas le cas, le bénéfice de la force obligatoire du contrat n'est plus opposable aux parties qui ne sauraient être maintenues dans les liens de l'obligation. La force obligatoire du contrat s'oppose, de plus, à la réécriture du contrat par le juge.

Lorsque le déséquilibre économique dans la formation du contrat est corrigé par le droit, celui-ci accorde des effets au déséquilibre économique. Ce dernier entraîne la disparition d'une condition de validité du contrat. Il peut tout d'abord s'agir du consentement : dans le cas de l'erreur, qu'elle porte sur la valeur d'usage ou la valeur d'échange, l'une des parties aura réalisé une estimation incorrecte de la valeur économique du bien. Son consentement a donc été vicié, justifiant l'annulation du contrat. De même, le prix illusoire incarne l'archétype même de l'absence de contrepartie. La conclusion d'un contrat synallagmatique nécessite l'accomplissement d'obligations réciproques : une partie ne saurait s'engager sans rien obtenir en retour. Une atteinte sera alors portée au contenu du contrat, condition de validité de celui-ci.

Le mécanisme des restitutions permettra alors aux parties d'être à nouveau placées dans la situation dans laquelle elles se trouvaient avant la formation du contrat : la correction du déséquilibre économique est radicale, le législateur préférant effacer le contrat. Les autres cas de déséquilibre économique dans la formation du contrat sanctionnés par le droit ne doivent pas se voir imposer de révision du prix, car les parties ne méritent aucune sanction. Puisque le contrat n'est pas tel que les parties l'avaient voulu, il n'y a lieu ni de le maintenir ni de le modifier. Le juge n'a donc pas le pouvoir de réécrire l'histoire, « en créant de toutes pièces un accord qui n'en est plus un »¹⁶⁴⁴. Il est, dès lors, plus simple de faire table rase du contrat. En effet, en cas d'erreur, tant sur la valeur d'usage que sur la valeur d'échange, la partie s'est trompée seule et l'autre n'a pas à être pénalisée. De même, en cas de contrepartie illusoire ou dérisoire, les parties se sont entendues afin de contourner les règles de formation du contrat. Il n'y a pas lieu de pénaliser l'une au profit de l'autre afin de rétablir l'équilibre contractuel, lequel

¹⁶⁴⁴ Th. GENICON, « La réfaction pour dol existe-t-elle ? », *RDC* 2012, n° 4, p. 1080.

n'a jamais été voulu par les parties. Il convient de les sanctionner toutes les deux en annulant l'acte, sur le fondement de la nullité relative. En témoigne ainsi l'hostilité traditionnelle de l'immixtion du juge en matière de prix¹⁶⁴⁵. La question s'avère plus délicate lorsque l'une ou les parties n'ont pas réalisé le caractère illusoire de la contrepartie convenue lors de la formation du contrat. La sanction de la nullité paraît alors sévère.

281. Caractère subsidiaire de la révision du contrat. – Sur le plan formel, l'annulation est préférée à la révision. L'article 1644 envisage, en effet, en premier lieu la possibilité pour l'acquéreur de rendre la chose, faisant ainsi écho à l'article 1641, lequel qualifie de vice caché le défaut qui diminue tellement l'usage que la chose qu'il en remet en question l'acquisition de l'acquéreur. La révision n'est envisagée que dans un second temps au sein de l'article 1644, sous une formule détournée, « rendre une partie du prix ». De même, la présentation du Code civil s'avère révélatrice. L'annulation est expressément envisagée dès l'article 1674 du Code civil, le premier de cette section, tandis que la possibilité de recourir au rachat de la lésion n'est mentionnée qu'à l'article 1681. À l'instar de l'article 1644 du Code civil, la possibilité de réduire le prix n'est envisagée qu'à demi-mot (« payer le supplément du juste prix »), en deuxième place après la mention de l'annulation du contrat.

Si cette présentation est révélatrice de la primauté de l'annulation dans l'esprit du législateur, elle n'a toutefois aucune valeur hiérarchique. Le droit offre à la victime de la lésion ou du vice caché une véritable alternative entre la nullité et le rachat de la lésion d'une part, et l'action rédhibitoire et l'action estimatoire d'autre part. Cette alternative est également révélatrice : si le droit admet la révision du prix dans ces hypothèses, il n'exclut pas l'annulation pour autant. Ainsi, les rares admissions de la révision du prix seront toujours accompagnées d'une possibilité de solliciter l'annulation du contrat. La révision du prix n'est pas une sanction autonome du déséquilibre dans la formation du contrat, mais nécessairement une sanction subsidiaire à l'annulation.

Les véritables exceptions existant à la primauté de l'annulation ne doivent ainsi être envisagées qu'à titre subsidiaire.

¹⁶⁴⁵ Cass. civ. 1^{re}, 24 fév. 1998 – Cass. civ. 1^{re}, 28 nov. 2000, n° 98-17.560 – Cass. civ. 3^{ème}, 29 janv. 2003.

B. Subsidiarité des exceptions

Les exceptions à la primauté de l'annulation que constituent le rachat de la lésion et l'action estimatoire sont justifiées au regard des considérations pratiques des cas de déséquilibres qu'elles régissent. L'admission limitée de la révision en cas de déséquilibre dans la formation du contrat s'explique, car celle-ci pénalise le créancier du prix. De plus, l'action en indemnisation sur le fondement du dol, voire de l'erreur, ne doit pas être assimilée à une véritable réfaction du prix. Dès lors, il ne saurait être question de généraliser ces exceptions afin de renverser le principe : la révision du prix doit demeurer une sanction dérogatoire à l'annulation du contrat, lorsque les parties le jugeront plus opportun.

282. Caractère dérogatoire de la révision du prix. – En cas de lésion ou de vice caché, l'un des contractants a profité d'un dysfonctionnement du mécanisme estimatoire afin d'imposer un déséquilibre économique à son contractant. Dans le cas de la lésion immobilière, l'estimation de la valeur économique a été incorrectement réalisée, malgré l'ensemble des garde-fous préventifs établis par la loi¹⁶⁴⁶ : la partie s'est trompée seule. Le rachat de la lésion est autorisé uniquement en matière immobilière, compte tenu de l'importance économique de ces biens pour les vendeurs. La lésion n'est, de plus, accordée qu'au profit du seul vendeur, car si l'on est parfois obligé de vendre, l'on n'est jamais obligé d'acheter. Dès lors, celui qui acquiert un bien immobilier à un prix en deçà de la valeur de marché a conscience du profit réalisé et, à l'inverse, de l'absence de bénéfice de son cocontractant. Dès lors, le rachat de la lésion devient tolérable, compte tenu du manque d'honnêteté du créancier.

À l'inverse, en cas de vice caché, l'estimation de la valeur économique a été correctement réalisée au regard des données fournies à l'acquéreur, lesquelles étaient erronées. Quand bien même le vendeur n'avait pas connaissance du vice¹⁶⁴⁷, la sécurité de transactions et l'efficacité du commerce nécessitent que des informations correctes soient fournies. La fourniture d'informations erronées justifie la faveur faite à l'acquéreur. La réduction du prix permet donc d'assurer la commutativité du contrat et de pénaliser le vendeur s'étant montré peu diligent.

283. Confusion entre l'action en responsabilité civile et l'action en réduction du prix dans le cadre du dol. – Le constat d'un dol entraîne assurément la nullité du contrat et contraint

¹⁶⁴⁶ Cf. *supra* partie 1, titre 2, chapitre II, section I.

¹⁶⁴⁷ La connaissance du vice par le vendeur n'a d'influence que sur l'allocation de dommages-intérêts et non sur la mise en œuvre des actions estimatoire et réhibitoire.

l'auteur du dol à verser des dommages-intérêts à sa victime, compte tenu de la faute commise. Dans le cas d'un dol dit incident, il peut également être prévu que le contrat ne sera pas annulé et la sanction sera alors uniquement composée de dommages-intérêts¹⁶⁴⁸, ayant pour objet de réparer le préjudice subi par « la conclusion du contrat à des conditions moins avantageuses qui n'ont été acceptées qu'en raison de la faute précontractuelle »¹⁶⁴⁹. L'émergence de l'action estimatoire au sein de la jurisprudence provient sûrement d'une confusion sémantique, tant au sein de la jurisprudence, que de la doctrine. M. Thomas Genicon le remarque, « le terme pour désigner cette dernière voie varie selon les auteurs qui parlent tantôt d'«indemnité»¹⁶⁵⁰ tantôt de «dommages-intérêts»¹⁶⁵¹, tantôt de «responsabilité délictuelle»¹⁶⁵² ». Ce que l'auteur qualifie de « regrettable amalgame », entre l'attribution des dommages-intérêts et la réduction du prix, serait ancien et remonterait à Pothier¹⁶⁵³. M. Philippe Rémy relève par ailleurs que « le détour que l'on opère souvent ne règle rien : dire qu'il y a une «sorte de compensation» entre le prix et les dommages et intérêts ne dit pas comment sont calculés les dommages et intérêts »¹⁶⁵⁴. Si certains auteurs affirment clairement l'assimilation de l'action estimatoire à l'action en réduction du prix, la plupart d'entre eux se contentent d'entretenir la confusion¹⁶⁵⁵.

M. Thomas Genicon se révèle toutefois plus sceptique quant à la certitude de cette consécration, estimant qu'il existe une regrettable ambiguïté contribuant « à obscurcir la présentation de la sanction du dol, à faire douter des droits que la victime est susceptible

¹⁶⁴⁸ M. Denis Mazeaud relève ici la légitimité d'éprouver un certain malaise : « l'existence même du préjudice, dont la victime du dol demande réparation, suscite en effet le doute : si elle choisit de ne pas remettre en cause le contrat, n'est-ce pas qu'elle trouve avantage à son exécution ? Dès lors, en quoi peut bien consister son préjudice ? » (D. MAZEAUD, obs. *Deffrénois* 1995, n° 334, p. 52).

¹⁶⁴⁹ Y. LEQUETTE, « Responsabilité civile versus vices du consentement », in *Au-delà des codes : mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2012, p. 369.

¹⁶⁵⁰ A. BENABENT, *Droit civil. Les obligations*, Montchrestien, 12^e éd., 2010, n° 90 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations. Les sources*, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 160, p. 163, cités par Th. GENICON, « La réfaction pour dol existe-t-elle ? », *op. cit.*

¹⁶⁵¹ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10^e éd., 2009, n° 240, p. 250 – J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Sirey, 14^e éd., 2010, n° 214, p. 197 – Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Deffrénois, 5^e éd., 2011, n° 512, p. 257, cités par *ibid.*

¹⁶⁵² B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil. Les obligations*, 2. *Le contrat*, Litec, 6^e éd., 1998, n° 550, p. 202, tantôt encore de « réparation [du] préjudice » (M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, 1 – *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3^e éd., 2012, p. 353), cités par *ibid.*

¹⁶⁵³ M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 282, et t. II, 1067.

¹⁶⁵⁴ Ph. REMY, « L'absorption du dol par la responsabilité civile : pour ou contre ? », *op. cit.* A titre d'exemple, v. M. François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette selon lesquels « la mise en jeu de la responsabilité de l'auteur du dol conduit alors au rééquilibrage économique du contrat par le biais de la compensation entre la dette de réparation et l'engagement excessif du débiteur » (F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil. Les obligations*, 12^e éd., Précis, Dalloz, 2019, n° 240, p. 250)

¹⁶⁵⁵ V. en ce sens B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil. Les obligations*, t. 2, Litec, 1998, p. 539 : les auteurs assimilent l'action délictuelle à une action estimatoire.

d'exercer et à mal appréhender l'étendue des pouvoirs du juge en matière de vice du consentement »¹⁶⁵⁶. Selon l'auteur, l'incertitude quant à l'utilisation de l'expression « réduction du prix » en lieu et place « d'indemnité » accrédite la thèse d'une présentation maladroite de la responsabilité délictuelle. De plus, « l'on ne manquera pas d'ajouter que, dans cette logique, ni la jurisprudence ni la doctrine ne parlent jamais d'une option à trois branches entre nullité, réduction et dommages-intérêts (comme il se devrait si vraiment la réduction était distincte de la responsabilité contractuelle), mais seulement d'une option à deux branches entre nullité et responsabilité »¹⁶⁵⁷.

284. Refus de la reconnaissance d'une « réfaction » pour dol. – L'admission de la « réfaction » pour dol n'est toutefois pas unanime en jurisprudence, un arrêt de la première Chambre civile en date du 17 décembre 2002 a énoncé que « si le juge peut rescinder la transaction pour dol, il n'a pas le pouvoir d'en modifier les termes »¹⁶⁵⁸. D'un point de vue textuel, enfin, la rédaction des arrêts en cause est de plus dépourvue de toute ambiguïté quant à l'autonomie de l'action en réfaction pour dol sur celle en responsabilité, d'autant que ces décisions ont été rendues sous le visa de l'article 1116, et non 1382.

Une partie de la doctrine se révèle sceptique quant à l'admission de la « réfaction » du contrat pour dol. M. Thomas Genicon le soulève, les deux actions – responsabilité et réduction du prix – sont par essence bien distinctes¹⁶⁵⁹. Les deux actions ont en effet un objet différent (réparer un préjudice et « modifier judiciairement le *quantum* d'une prestation contractuelle pour la faire correspondre avec celle qui lui fait face»), utilisant des mécanismes et des référentiels de calcul différents (le premier est subjectif, tandis que le second « fonctionne comme une balance »). Mme Karine de La Asuncion Planes se prononce également en ce sens, estimant que « le versement de dommages-intérêts est justifié non pas par le vice du consentement, mais par la faute qui a provoqué le dol ou l'erreur de sorte qu'il en résulte un préjudice qui doit être réparé. (...) La confusion qui existe porte sur la compensation qui peut prendre la forme d'une réduction, mais la condamnation étant justifiée par la faute, il convient de ne pas confondre réfaction et versement de dommages-intérêts "déguisés" »¹⁶⁶⁰. Au-delà, M.

¹⁶⁵⁶ Th. GENICON, « La réfaction pour dol existe-t-elle ? », *op. cit.*

¹⁶⁵⁷ V. *contra* Carbonnier, selon lequel « la pratique a donné au dol une sanction à deux branches, en articulant sur l'action en nullité une action en dommages-intérêts fondée sur la responsabilité précontractuelle, donc délictuelle, du trompeur. Les deux branches sont indépendantes l'une de l'autre. (...) La contraction des deux actions en une seule transforme l'annulation en réduction du prix ». (J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, II, PUF, coll. Quadriges, 2000, n° 42, p. 102).

¹⁶⁵⁸ Cass. civ. 1^{re}, 17 déc. 2002, n° 77-15.903.

¹⁶⁵⁹ Th. GENICON, « La réfaction pour dol existe-t-elle ? », *op. cit.*

¹⁶⁶⁰ K. DE LA ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 476, 2006, n° 309, p. 198.

Thomas Genicon le relève, l'admission de la « réfaction » pour dol devrait également conduire à admettre ce même mécanisme en cas de révision du prix à la hausse, lorsque cette fois-ci le vendeur souffrirait d'un dol. Le juge aurait alors le pouvoir de créer un nouveau prix, plus élevé, en remplacement de l'ancien. Le bouleversement induit par l'admission de la « réfaction » pour dol pourrait également être étendu à l'ensemble des vices du consentement, si bien que l'erreur pourrait être sanctionnée par la révision du prix, et non par la nullité du contrat, ce que la majorité de la doctrine rejette¹⁶⁶¹.

285. Refus de la reconnaissance d'une « réfaction » pour erreur. – Envisager la réfaction du contrat pour dol nécessite également de s'interroger sur la possibilité d'une réfaction en cas d'erreur spontanée. L'analyse conduit à une réponse identique : si l'annulation du contrat peut occasionnellement donner lieu à l'allocation de dommages-intérêts, celle-ci ne saurait être assimilée à une réfaction du contrat. Le couple formé par la nullité pour erreur et les dommages-intérêts est jugé « très occasionnel » par M. Yves Lequette¹⁶⁶². La sanction est alors particulièrement sévère pour le créancier qui n'a pourtant rien à se reprocher, n'ayant commis aucune faute, à la différence de l'auteur du dol. Le cumul entre la nullité du contrat et les dommages-intérêts sont toutefois admis dans les rares cas où la nullité du contrat ne saurait réparer le préjudice subi¹⁶⁶³ : l'objectif poursuivi est ici bien distinct de celui de la responsabilité civile. L'allocation de seuls dommages-intérêts n'est toutefois pas admise par la doctrine¹⁶⁶⁴, s'opposant, à juste titre, à l'émergence d'une action estimatoire en cas d'erreur.

La révision du prix constitue donc une sanction subsidiaire et dérogatoire à la sanction de principe au déséquilibre dans la formation du contrat, la nullité. À l'inverse, les dommages-intérêts s'affirment comme une sanction tout à fait indépendante de l'annulation du contrat, ne constituant en aucun cas une modalité de révision indirecte de celui-ci.

¹⁶⁶¹ J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, LGDJ, 1963, n° 35, p. 34 – Y.-M. SERINET, *Les régimes comparés des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente*, op. cit., n° 356, p. 384 – K. DE LA ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat*, op. cit., 2006, n°s 303 et s., p. 196 et s.

¹⁶⁶² Y. LEQUETTE, « Responsabilité civile versus vices du consentement », op. cit. V. contra M. Jacques Ghestin selon lequel la nullité pour erreur ne saurait s'accompagner de dommages-intérêts : « c'est (...) parce que l'article 1110 ne sanctionne pas une faute que son application ne donne pas lieu à dommages-intérêts au profit du demandeur » (J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, LGDJ, 1963, n° 102, p. 126. V. également en ce sens H., L. ET J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. III, 1963, n° 188, p. 146).

¹⁶⁶³ Y. LEQUETTE, « Responsabilité civile versus vices du consentement », op. cit. L'auteur souligne que le cumul entre la nullité et les dommages-intérêts intervient en matière d'erreur, notamment en droit du marché de l'art, lorsque l'intervention d'un tiers était nécessaire.

¹⁶⁶⁴ J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, op. cit., n° 286, p. 334 et Y.-M. SERINET, *Les régimes comparés des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente*, thèse Paris I, 1996, n° 355, p. 381.

§2 – Nature de la nullité du contrat

Si l'article 1131 du Code civil prévoit que les vices du consentement sont une cause de nullité du contrat, rien n'est indiqué concernant la contrepartie illusoire ou dérisoire. Malgré le silence du texte sur ce point, la nullité encourue sera relative, en cas d'absence objective ou subjective de prix, en application de la théorie moderne des nullités.

286. Controverse jurisprudentielle quant à la nature de la nullité applicable au défaut de prix. – Des mouvements jurisprudentiels « casuels et aléatoires »¹⁶⁶⁵ ont été ainsi constatés, le prix dérisoire constituant la terre d'élection des débats sur la nature de la nullité encourue¹⁶⁶⁶. À l'origine, la théorie classique des nullités¹⁶⁶⁷, tournée vers l'acte, sanctionnait le défaut d'un élément essentiel du contrat par la nullité absolue. En revanche, un simple vice de cet élément essentiel encourrait la nullité relative. Le prix constituant un élément essentiel du contrat, son absence objective ou subjective, était traditionnellement sanctionnée de nullité absolue¹⁶⁶⁸.

Cette perspective a été expressément contestée en matière de prix dérisoire, si bien qu'une théorie moderne des nullités est apparue¹⁶⁶⁹, davantage centrée sur le droit de critique des parties. Si la règle violée protégeait l'intérêt général, la nullité était absolue. En revanche, si elle garantissait un intérêt privé, elle était relative. La nullité relative a été reconnue par la première Chambre civile en 1999¹⁶⁷⁰ et par la troisième en 2006¹⁶⁷¹. La Chambre commerciale

¹⁶⁶⁵ A. BENABENT, *Droit des obligations*, 17^e éd., LGDJ, 2018, n° 210, p. 182.

¹⁶⁶⁶ Sur la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative, v. D. SADI, *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, Mare et Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2015.

¹⁶⁶⁷ C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon, Traité du mariage et de la séparation de corps*, t. 1, 1^{er} éd., 1846, n° 240.

¹⁶⁶⁸ Cass. civ. 1^{re}, 24 mars 1993, n° 90-21.462. V. également Cass. com. 23 oct. 2007, n° 06-13.979, *Bull. civ. IV*, n° 226 ; *D.* 2008, p. 954, note G. CHANTEPIE ; *Deffrénois* 2007, p. 1729, obs. R. LIBCHABER ; *JCP E* 2008, p. 35, obs. H. LECUYER ; *CCC* 2008, n° 65, p. 19, obs. L. LEVENEUR ; *RDC* 2008, n° 2, p. 234, obs. Th. GENICON. V. également Civ. 16 nov. 1932, *DH* 1933, p. 4 – Cass. civ. 1^{re}, 4 août 1952, *Bull. civ. I*, n° 260 – Cass. civ. 1^{re}, 17 déc. 1959, *D.* 1960, p. 294 – Cass. civ. 3^e, 2 déc. 1992, n° 90-19.032, *CCC* 1993, comm. 23, note L. LEVENEUR – Cass. civ. 1^{re}, 24 mars 1993, n° 90-21.462 : « la nullité d'une vente pour vileté du prix est une nullité absolue susceptible d'être invoquée par tout intéressé ».

¹⁶⁶⁹ R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, thèse Dijon, 1909.

¹⁶⁷⁰ Cass. civ. 1^{re}, 9 nov. 1999, n° 97-16306, *Bull. civ. I*, n° 293 ; *D.* 2000, p. 507, note A. CRISTAU ; *RTD civ.* 2000, p. 568, obs. J. Mestre et B. FAGES ; *Deffrénois* 2000, n° 37107-10, p. 250, obs. J.-L. AUBERT : « la nullité du contrat d'assurance pour absence d'aléa est une nullité relative qui ne peut être invoquée que par celui dont la loi qui a été méconnue tendait à assurer la protection ». Confirmé plus précisément en matière de prix par Cass. civ. 1^{re}, 29 sept. 2004, n° 03-10.766, *Bull.* 2004, I, n° 216 : « si l'inclusion d'un bien propre à l'un des héritiers dans la masse à partager est de nature à entraîner la nullité d'un acte de partage pour absence de cause, une telle nullité, protectrice du seul intérêt particulier de l'un des cocontractants ».

¹⁶⁷¹ Cass. civ. 3^e, 29 mars 2006, n° 05-16032, *Bull. civ. III*, n° 88 ; *JCP G* 2006, I 153, n° 7, obs. A. CONSTANTIN ; *RDC* 2006, p. 1072, obs. D. MAZEAUD ; *D.* 2006, p. 2643, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *D.* 2007, p. 477, note J. GHESTIN : « ayant retenu que la demande en nullité du contrat pour défaut de cause tenant à l'impossibilité de

a d'abord refusé de s'aligner en 2007¹⁶⁷², et a préféré sanctionner l'absence de contrepartie par la nullité absolue. L'argumentation élevée par un important courant doctrinal a toutefois conduit à un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation, si bien que la nullité est encourue depuis 2016¹⁶⁷³. La solution se justifie en ce que la règle d'ordre public n'est instaurée qu'au profit d'une seule partie¹⁶⁷⁴.

287. Absence de réponse formelle apportée par l'ordonnance de 2016. – Si la réforme de 2016 a finalement consacré la théorie moderne des nullités aux articles 1178 et suivants du Code civil, le débat selon lequel l'existence du prix relève de l'intérêt général ou personnel n'est donc pas tranché pour autant. Certains cas de nullité ont été précisés par le législateur¹⁶⁷⁵, mais rien n'a été énoncé sur ce point par l'article 1169 du Code civil. Pour les économistes, le montant du prix relève évidemment de l'intérêt général, car « la partie victime d'un acte opportuniste regrette d'avoir conclu un tel accord. Ce regret jette une ombre, par anticipation, sur sa décision, et celle d'autres dans sa situation, de s'engager contractuellement. Chacun craignant d'être éventuellement victime d'opportunisme envisagera des actions préventives visant à éviter de se faire ainsi spolier sa juste part. (...) Tout cela ferait augmenter les coûts de transaction et, partant, diminuer les échanges »¹⁶⁷⁶. Les juristes, bien que conscients de la

réaliser un profit ne visait que la protection des intérêts du demandeur, et que ce défaut de cause existait dès les ventes sans garantie, la cour d'appel en a exactement déduit qu'il s'agissait d'une nullité relative et que la prescription était acquise ». V. également Cass. civ. 3^e, 21 sept. 2011, n° 10-21.900, *Bull. civ.* III, n° 152 ; *RLDC* 2011/11, n° 4403, obs. A. PAULIN ; *RLDC* 2012/3, n° 4572, note G. CAVALIER ; *RDC* 2012, p. 47, obs. E. SAVAUX, et *RDC* 2012, p. 130, note J.-S. SEUBE ; *JCP G* 2011, 1276, note J. GHESTIN ; *D.* 2011, p. 2711, obs. D. MAZEAUD. ; *RDI* 2011, p. 623, obs. M. POUMARÈDE ; *CCC.* 2012, comm. 252, obs. L. LEVENEUR : « mais attendu que la cour d'appel a retenu à bon droit que le contrat de bail à construction conclu pour un prix dérisoire ou vil n'était pas inexistant mais nul pour défaut de cause et en a exactement déduit que l'action en nullité de ce contrat, qui relevait d'intérêt privé, était, s'agissant d'une nullité relative, soumise à la prescription quinquennale de l'article 1304 du Code civil » et Cass. civ. 3^e, 24 oct. 2012, n° 11-21.980.

¹⁶⁷² Cass. com., 23 oct. 2007, n° 06-13979, *Bull. civ.* IV, n° 226 ; *Deffrénois* 2007, n° 38697-74, p. 1729, obs. R. LIBCHABER ; *JCP G* 2007, I 104, n° 7, obs. R. WINTGEN ; *JCP G* 2008, II 10024, note N. ROGET ; *D.* 2008, p. 954, note G. CHANTEPIE. ; *CCC* 2008, comm. 65, obs. L. LEVENEUR. ; *JCP E* 2008, p. 35, obs. H. LECUYER ; *RDC* 2008, p. 234, obs. Th. GENICON : « la vente consentie sans prix sérieux est affectée d'une nullité qui, étant fondée sur l'absence d'un élément essentiel de ce contrat, est une nullité absolue soumise à la prescription trentenaire de droit commun ». Confirmé plus précisément en matière de prix par : Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-14218, *Bull. civ.* IV, n° 848 ; *RDC* 2016, p. 435, obs. Y.-M. LAITHIER ; *RDC* 2016, p. 481, obs. L. SANTONIE-LAGUINIE et G. WICKER ; *CCC.* 2016, comm. 136, obs. L. Leveneur ; *JCP G* 2016, 797, n° 6, obs. Y.-M. LAITHIER ; *JCP E* 2016, 1251, note N. DISSAUX ; *RTD civ.* 2016, p. 343, obs. H. BARBIER ; R. LIBCHABER, « Une motivation en trompe l'œil : les cailloux du petit Poucet », *JCP G* 2016, 632 ; *D.* 2017, p. 375, obs. M. MEKKI.

¹⁶⁷³ Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-14.218, *Bull. civ.* IV, n° 50, *CCC* 2016, comm. 136, obs. L. LEVENEUR ; *JCP G* 2016, n° 27, 797, n° 6, obs. Y.-M. SERINET ; *JCP E* 2016, 1251, note N. DISSAUX ; *Gaz. Pal.* 10 mai 2016, p. 23, obs. D. HOUTCIEFF ; *RTD civ.* 2016, p. 343, obs. H. BARBIER ; *RDC* 2016, p. 435, obs. Y.-M. LAITHIER ; *RDC* 2016, p. 481, obs. L. SAUTONIE-LAGUIONIE L. et G. WICKER.

¹⁶⁷⁴ A. BENABENT, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 210, p. 182.

¹⁶⁷⁵ L'article 1131 du Code civil indique que les vices du consentement sont une cause de nullité relative, tout comme l'article 1147 en cas d'incapacité.

¹⁶⁷⁶ E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2008, n° 1356, p. 379.

fonction d'échange économique du contrat, abordent quant à eux cette problématique avec davantage de souplesse, sous l'angle de la sécurité juridique.

L'absence de prix relève en effet à la fois de l'intérêt général et de l'intérêt privé, en ce qu'il constitue un élément essentiel du contrat, « garantissant la structure de la vente et assurant la distinction entre les différents contrats »¹⁶⁷⁷. Mais la nullité pour défaut de prix protège également très largement les intérêts privés. Finalement, la distinction entre la nullité absolue et la nullité relative permet d'insérer une nuance inconnue des économistes. Par la nullité, l'intérêt général sera finalement préservé et la sécurité juridique garantie, peu important la nature de la nullité encourue dans la mesure où les effets sont identiques à l'échelle individuelle.

La sanction encourue en cas de défaut de prix, que celui-ci soit objectif ou subjectif, est donc la nullité relative. Le prononcé de la nullité en cas de déséquilibre économique n'est toutefois pas systématique, notamment en matière de vente. Il existe ainsi différents mécanismes constituant de véritables palliatifs et assurant ainsi la survie du contrat.

Une fois la correction du déséquilibre initial prononcée par effet de la nullité, une deuxième étape attend les parties au contrat : la correction du déséquilibre économique engendré par la nullité.

¹⁶⁷⁷ J.-B. SEUBE, « Le critère de distinction entre les nullités absolue et relative », *RDC* 2019, n° 3, p. 137.

CONCLUSION DE LA SECTION II

Le déséquilibre économique dans la formation du contrat doit être corrigé par l'annulation de celui-ci, la révision n'intervenant qu'à titre subsidiaire, se cumulant avec la nullité.

288. La révision du prix est parfois encourue lorsqu'un déséquilibre dans la formation du contrat est constaté. Tel est le cas du rachat de la lésion immobilière, ainsi que de l'action estimatoire mise en œuvre dans le cadre de la garantie des vices cachés. L'unicité de la sanction du déséquilibre économique dans la formation du contrat, l'annulation, est ainsi remise en question par l'existence de ces mécanismes, mais également par l'émergence d'une conception doctrinale de « réfaction du contrat pour dol ».

Cette conception nouvelle ne doit pas être retenue. La révision du prix doit évidemment demeurer dans certaines hypothèses dérogatoires, mais cette pratique ne doit pas se généraliser. La révision ne constitue qu'une sanction subsidiaire et alternative à l'annulation, la voie de cette dernière devant toujours être ouverte cumulativement à une action en révision.

289. L'annulation constitue la sanction opportune en cas de déséquilibre dans la formation du contrat. Conforme à la lettre du texte, l'annulation corrige le contrat dont l'une des conditions de validité fait défaut, dès la formation de celui-ci. Tel est justement l'hypothèse lorsqu'un contrat économiquement déséquilibré a été conclu, l'annulation, accompagnée de restitutions, en permettra l'anéantissement à compter de la formation du contrat.

Dans le silence des textes, il conviendra de retenir que la nullité encourue pour déséquilibre économique dans la formation du contrat est relative, seuls des intérêts privés étant en l'espèce lésés.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Malgré l'importance des règles d'encadrement de l'estimation de la valeur évoquées en première partie, le constat d'un déséquilibre économique dans la formation doit, dans certains, entraîner la nullité de la convention.

290. L'ensemble des déséquilibres économiques dans la formation du contrat ne sont pas susceptibles d'engendrer la nullité de celui-ci. Le droit n'accorde d'effets qu'à certains cas, de déséquilibres, révélant les failles des règles d'encadrement du mécanisme estimatoire. Le déséquilibre économique peut ainsi être assimilé à une absence de contrepartie au contrat, objective ou subjective. Dans le premier cas, un contrat dépourvu de contrepartie à titre onéreux encourt l'annulation, à moins de remplir les conditions de l'acte à titre gratuit. Dans le second cas, le déséquilibre économique ne saurait, en principe, être assimilé à un défaut de contenu. Pourtant, l'admission de la sanction du prix illusoire ou dérisoire conduit à opérer un contrôle de l'équivalence des prestations, venant ainsi assimiler le déséquilibre économique à un défaut de contenu.

Le droit sanctionne de même certains déséquilibres économiques en les assimilant à des estimations incorrectes de la formation du contrat. Malgré une prohibition de principe, le droit accepte de corriger, pour des motivations politiques, certains cas de lésion, notamment au sein de contrats aléatoires. Le recours à l'erreur permet également la sanction de déséquilibre économique, qu'elle porte sur le prix ou sur la valeur, d'usage, mais aussi d'échange, de manière plus limitée.

291. À l'ensemble de ces hypothèses dérogatoires, le droit appliquera une sanction unique et opportune : l'annulation du contrat. Le prononcé de celle-ci permettra de placer les parties dans la situation dans laquelle elles se trouvaient avant la formation du contrat. Cette nullité, relative, constitue une sanction adaptée, permettant un rétablissement radical de l'équilibre économique.

Le choix de la révision aurait également pu s'imposer, cette sanction étant admise en matière de vices cachés et de lésion immobilière et tendrait, selon certains, à s'affirmer en

matière de dol. La révision doit toutefois demeurer dérogatoire et alternative à la nullité du contrat.

Le constat d'un déséquilibre dans la formation du contrat entraîne donc la mise en œuvre d'une sanction unique de principe, la nullité. À l'inverse, le déséquilibre dans l'exécution du contrat admet, selon les cas, une dualité de sanction.

CHAPITRE II

DUALITE DE LA CORRECTION DU DESEQUILIBRE DANS L'EXECUTION DU CONTRAT

L'appréhension du déséquilibre économique dans l'exécution du contrat diffère du déséquilibre dans la formation du contrat en ce que, dans cette hypothèse, le contrat aura déjà été partiellement exécuté. Plusieurs possibilités s'offrent aux parties : la poursuite de l'exécution contractuelle aux conditions initiales, la cessation de celle-ci ou alors la renégociation du contrat. Il s'agira dès lors de déterminer quelle devrait être la réaction du droit face à de tels événements, à l'origine d'un déséquilibre économique. Au lendemain de la réforme de 2016, le droit offre différents remèdes ou sanctions¹⁶⁷⁸, dont la révision et la résolution.

Le rôle de la réforme de 2016 en matière d'inexécution du contrat est double. Elle aura, d'une part, clarifié les anciennes règles éclatées¹⁶⁷⁹ et, d'autre part, permis l'introduction de

¹⁶⁷⁸ La réforme emploie le terme de « sanction », ce que regrette M. Gaël Chantepeie qui appréciait le recours à la « métaphore médicale » G. CHANTEPIE, « Exécution du contrat », *Rep. dr. civ.* 2020, n° 213. Le choix du mot « remède » présentait toutefois l'avantage d'être dépourvu d'une connotation punitive, ce qui se révèle davantage opportun lorsqu'il s'agit d'aborder le déséquilibre économique purement fortuit.

¹⁶⁷⁹ Sur ce point, v. D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223 – Ph. REMY, « L'inexécution du contrat », in *Pour une réforme du droit des contrats*, 2008, Dalloz, p. 253 et P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, thèse Paris I, 2000. S'il existait en effet de nombreux mécanismes de révision du prix, ceux-ci faisaient en effet l'objet d'une réglementation éparse : éviction partielle (article 1637 du Code civil), différence de contenance dans le bail (article 1765), réparation urgente troublant la jouissance du locataire de plus de 40 jours (article 1724 alinéa 2), trouble de jouissance à la suite d'une action d'un tiers (article 1726), perte partielle de la chose louée à cause d'un cas fortuit (article 1722), diminution de loyer en cas d'inexécution partielle de l'obligation de délivrance ou de manquement à l'obligation de jouissance paisible ou d'entretien du bailleur (Civ. 5 mars 1984, *DP* 1984.1.509 ; *S.* 1897.1.74 – Cass. civ. 3^e,

nouveaux mécanismes de droit commun permettant le rétablissement de l'équilibre contractuel : la révision pour imprévision (article 1195 du Code civil)¹⁶⁸⁰ et la réduction pour inexécution¹⁶⁸¹ (article 1223) viennent ainsi rejoindre la force majeure (article 1218)¹⁶⁸² et la résolution du contrat (articles 1224 et suivants).

L'arsenal législatif mis en place en cas de déséquilibre économique dans l'exécution du contrat paraît bien armé et le champ de la révision en plein essor. Tant le déséquilibre résultant d'une inexécution¹⁶⁸³ imputable au créancier du prix ou imprévue par le contrat, que le déséquilibre spontané et imprévu¹⁶⁸⁴ font désormais l'objet d'une sanction juridique. L'imprévision est ainsi sanctionnée par la révision ou la résolution, la force majeure par la résolution et l'inexécution fautive par la résolution ou la révision. Malgré leur situation différente dans le Code, force obligatoire et imprévision ont une finalité similaire, en ce qu'elles

15 déc. 1993, *Bull. civ.* III, n° 168 ; *D.* 1994, Jur. 462, note M. STORCK – Cass. civ. 3^e, 8 juin 1995, *D.* 1996, Somm. 378, obs. Ph. BIHR). Ces mécanismes spéciaux survivront à la réforme, prévalant, le cas échéant, sur les mécanismes de droit commun.

¹⁶⁸⁰ L'imprévision a été introduite à l'article 1195 du Code civil, figurant quant à elle au sein de la première sous-section (« Force obligatoire) de la première section (« Les effets du contrat ») du chapitre IV. La survenue d'un de l'imprévision conduit à un déséquilibre économique : l'une des parties exécute sa prestation, alors que la seconde en est empêchée. Le contrat ne constitue plus le vecteur de richesse espéré par les parties. L'imprévision est une problématique liée à l'allocation des risques et la théorie des risques permet de déterminer la partie qui supportera les risques de l'inexécution contractuelle, c'est-à-dire celle qui aura exécuté sa prestation, mais ne bénéficiera pour autant de la contrepartie convenue. Une interprétation *a contrario* conduit à affirmer que le cocontractant ayant accepté les risques du contrat ne pourra se prévaloir du bénéfice de l'article 1195 du Code civil. La jurisprudence écartait systématiquement l'imprévision jusqu'à ce que la réforme du droit des contrats l'introduise en droit positif pour les contrats conclus à compter du 1^{er} octobre 2016. Le moins que l'on puisse dire est que sa réception par la pratique et le juge a été peu enthousiaste, les rédacteurs des contrats d'affaires ayant eu systématiquement tendance à l'exclure conventionnellement et les juges à rejeter les demandes de révision fondées sur l'imprévision pour des contrats antérieurs à la réforme.

¹⁶⁸¹ Le mécanisme est novateur en ce que, jusqu'alors, seules les ventes commerciales pouvaient faire l'objet d'une réduction judiciaire du prix (article 50 de la Convention internationale de Vienne sur la vente internationale de marchandises – Cass. com. 15 déc. 1992, n° 90-19.006, *RJDA* 4/93, n° 304), ainsi que les ventes immobilières en cas de manquement du vendeur à son obligation de délivrance conforme (article 1617 du Code civil) ou de vice caché, dans n'importe quelle vente (article 1644 du Code civil). Il convient de souligner que l'article 50 de la Convention de Vienne aura inspiré les articles 113 du Code européen des contrats, 9 :104 des Principes européens de droit des contrats (principes Lando) et III-3 :601 du Cadre commun de référence pour le droit des contrats (DCFR).

¹⁶⁸² Anciennement envisagée à l'article 1148 du Code civil, elle est désormais définie en son article 1218, lequel figure au sein de la section 5 (« L'inexécution du contrat ») du chapitre IV (« Les effets du contrat ») du premier-sous titre (« Le contrat ») du livre III (« Les obligations ») du Code civil¹⁶⁸². De même que l'imprévision, la force majeure conduit à un déséquilibre économique : l'une des parties qui à l'origine s'enrichissait grâce à l'exécution contractuelle va au contraire se retrouver déficitaire.

¹⁶⁸³ En l'absence de définition légale de l'inexécution, la définition suivante sera retenue comme « une exécution non conforme aux stipulations contractuelles, toute forme de non-respect du contrat, quelle qu'en soit la cause » (Principes du droit européen du contrat, SLC 2003. 82, Commentaires sous art. 1 :301), peu importe notamment qu'elle ne soit pas imputable au débiteur ou qu'il s'agisse d'un simple retard » (G. CHANTEPIE, « Exécution du contrat », *op. cit.*, n° 213).

¹⁶⁸⁴ Le déséquilibre économique spontané intervient indépendamment d'un rôle, actif ou passif, de l'une des parties. Il s'agit, à titre d'exemple, de l'hypothèse d'une tempête détruisant un entrepôt ou de marchandises à louer qui ne présentent plus d'intérêt au regard de l'évolution des technologies ou d'une nouvelle réglementation.

ont pour objet de traiter ou de rétablir l'équilibre économique. L'une comme l'autre repose sur l'idée que le contrat constitue un instrument de prévision pour les parties. Leur consentement est donné dans un contexte précis, afin d'atteindre un but déterminé. Toute modification du contexte est susceptible de perturber l'exécution du contrat telle que l'avaient conçue les parties.

S'il revient au créancier de l'obligation de choisir la sanction de l'inexécution, son choix peut se révéler délicat compte tenu de la multiplicité et la similitude des options offertes par la réforme de 2016. M. Eric Savaux le relève, « aucun texte ne permet de savoir si la réduction du prix s'applique ou non lorsque l'inexécution partielle est due à un cas de force majeure. La réponse pourrait dépendre de la nature du mécanisme »¹⁶⁸⁵. Au regard de l'introduction des articles 1195 et 1223 du Code civil, visant respectivement la révision pour imprévision et la réduction unilatérale du prix, il pourrait au contraire être tentant d'affirmer que la tendance juridique actuelle est à la révision du contrat¹⁶⁸⁶. Pourtant, en pratique, aucun remède ne se distingue de l'autre au regard de leur nature (section I), le recours à ces mécanismes se justifiant par des considérations d'opportunité liées à la gravité de la perturbation de l'équilibre économique (section II).

¹⁶⁸⁵ E. SAVAUX, « Article 1223 : la réduction du prix », *RDC* 2015, n° 3, p. 786.

¹⁶⁸⁶ M. Nicolas Molfessis va en ce sens, estimant que « tout notre droit incline depuis plus d'un quart de siècle à la survie du contrat » (N. MOLFESSIS, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *JCP G* 2015, n° 52, p. 1415).

SECTION I

INDEPENDANCE DE LA NATURE DE L'ÉVENEMENT PERTURBATEUR

L'étude de la perturbation de l'équilibre économique au stade de l'exécution du contrat révèle une unicité d'appréhension d'un phénomène identique, la perturbation de l'équilibre économique du contrat. Le contrat ne peut plus ou ne pourra bientôt plus être exécuté. Ainsi, la mise en œuvre de l'ensemble de ces mécanismes nécessite la preuve d'un événement imprévu (§1) et non imputable au débiteur du prix (§2).

§1 – Un événement non conforme aux prévisions des parties

L'écoulement du temps est susceptible de perturber les prévisions économiques des parties. Le droit ne s'intéressera qu'aux perturbations imprévisibles. L'exigence de l'imprévisibilité est implicite au regard des articles 1223 et 1224 du Code civil. La conclusion de la convention entraîne l'application de la force obligatoire du contrat, prévue à l'article 1105 du Code civil. Ainsi, hormis l'hypothèse des contrats aléatoires, les parties à un contrat synallagmatique s'engagent afin d'obtenir une contrepartie. Dès lors, le manquement de l'une des parties à ses obligations s'avère par essence imprévu, puisque les parties avaient justement prévu de s'exécuter.

L'exigence d'imprévisibilité se révèle, en revanche, davantage explicite, concernant l'imprévision et la force majeure. En effet, l'événement perturbateur doit répondre à une condition négative afin de mettre en jeu ces mécanismes : ne pas être prévisible lors de la conclusion du contrat. Cette condition revêt une importance particulière, car c'est justement elle qui justifie de desserrer l'étau de la force obligatoire du contrat.

292. Communauté de la condition d'imprévisibilité au sein de la force majeure et de l'imprévision. – Si la condition d'imprévisibilité a quant à elle été discutée au sein de la force majeure¹⁶⁸⁷, la réforme de 2016 a expressément confirmé cette exigence de l'imprévisibilité,

¹⁶⁸⁷ L'autonomie de l'imprévisibilité a ainsi été discutée, en ce qu'il était possible de la rattacher à l'irrésistibilité. Par opposition avec les deuxième et troisième Chambres civiles (Cass. civ. 2^e, 13 juill. 2000, no 98-21.530, *Bull. civ. II*, n° 126 ; *RTD civ.* 2000, p. 847, obs. Ph. JOURDAIN ; *RCA* 2000, n° 324, note H. GROUDEL – Cass. civ. 3^e, 26 févr. 2003, n° 01-16.441, *Bull. civ. III*, n° 46 ; *RDI* 2003. 281, obs. Ph. MALINVAUD), la première Chambre civile et la Chambre commerciale ne formulaient aucune exigence de cumul entre l'imprévisibilité et l'irrésistibilité (Cass. com. 29 mai 2001, n° 98-17.247, *Bull. civ. IV*, n° 109 ; *RTD com.* 2001, p. 699, obs. B. BOULOC ; *Dr. et patr.* déc. 2001. 95, obs. F. CHABAS ; *RGDA* 2001. 1037, note Ph. RÉMY – Cass. civ. 1^{re}, 17 nov. 1999, n° 97-21.823, *Bull. civ. I*, n° 307 ; *RTD com.* 2000, p. 436, obs. B. BOULOC ; *RGDA* 2000, p. 194, note

l'article 1218 soumettant la mise en œuvre de la force majeure à la survenue d'un événement « qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat ».

La condition d'imprévisibilité est également retrouvée au sein de l'article 1195 du Code civil, lequel requiert « un changement de circonstances imprévisible ». Le changement de circonstances perturbe l'estimation économique réalisée par les parties au jour de la conclusion du contrat. MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier relèvent que « l'essence de la théorie de l'imprévision est là (elle lui a donné son nom) qui suppose que le débiteur n'a donné son consentement qu'à la lumière de certaines circonstances sinon attendues du moins envisagées. L'événement, venant bouleverser l'acte de prévision, touche au cœur de l'acte de volonté et agit, en quelque sorte à la façon d'un vice du consentement *a posteriori* »¹⁶⁸⁸. L'exigence d'imprévisibilité soulève des interrogations quant à l'appréciation de celle-ci. Certains changements sont en effet plus aisés à appréhender par certains. En accord avec les principes Unidroit¹⁶⁸⁹ et de l'interprétation faite de l'imprévisibilité dans la force majeure¹⁶⁹⁰, il convient ici de retenir une appréciation *in abstracto* circonstanciée de l'imprévisibilité.

293. Distinction entre le changement imprévu et le changement imprévisible. – Le changement est imprévisible lorsque les parties n'étaient pas en mesure de le prévoir lors de la conclusion du contrat¹⁶⁹¹. Si tel avait été le cas, les parties auraient dû « s'abstenir de contracter plutôt que de braver le risque »¹⁶⁹² ou alors prendre leurs précautions, en stipulant par exemple une clause d'indexation ou de révision en matière d'imprévision. L'hypothèse du changement prévisible n'a pas vocation à justifier ni l'application de la force majeure ni celle de la révision

Ph. REMY), l'imprévisibilité ne constituant qu'un indice de l'irrésistibilité. C'est finalement l'Assemblée plénière de la Cour de cassation qui est venue affirmer la distinction entre ces deux critères (Cas. ass. Plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168 et n° 02-11.168, *Bull. A.P.* n° 5, *JCP* 2006, II, 10087, note P. GROSSER, *D.* 2006, p. 1577, note Y. PICOD, *D.* 2006, p. 1933, obs. Ph. BRUN, *D.* 2006, p. 1566, chron. D. NOGUERO, *CCC* 2006, comm. 152, obs. L. LEVENEUR).

¹⁶⁸⁸ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, LexisNexis, 2018, p. 391.

¹⁶⁸⁹ Article 6.2.2 des Principes Unidroit : « la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ».

¹⁶⁹⁰ MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina se refusent à opérer une analogie quelconque entre la force majeure et l'imprévision sur ce point, le législateur ayant délibérément employé des formulations différentes. Ces auteurs invitent à une lecture stricte de l'article 1195 du Code civil : « conçu comme une dérogation à la force obligatoire du contrat, le mécanisme de traitement de l'imprévision ne pourrait être mis en branle que si la circonstance était radicalement imprévisible au moment de la conclusion du contrat, et non pas seulement raisonnablement imprévisible »

(G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 524, p. 474).

¹⁶⁹¹ M. Alain Bénabent estime même que « si l'obstacle était prévisible, le contractant serait en faute d'avoir pris un engagement tout en sachant qu'il pourrait être empêché de le respecter » (A. BENABENT, *Droit des obligations*, 16^e éd., LGDJ-Lextenso, coll. Précis Domat, 2017, n° 348, p. 281).

¹⁶⁹² J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, t. 4, 22^e éd., 2000, PUF, n° 162.

pour imprévision. Le choix de vocabulaire est ici révélateur, en ce que « cette exigence rappelle que le contrat est normalement un acte de prévision et que les parties sont censées réfléchir, lors de la conclusion du contrat, aux risques normaux de leur engagement¹⁶⁹³ ». Ainsi, « la modification du droit qui est sollicitée n'est pas destinée à soulager l'impéritie d'un contractant qui pouvait, et aurait donc dû, prévoir le changement de circonstances¹⁶⁹⁴ ».

« L'imprévisibilité est toujours relative : elle ne se confond pas avec "l'inimaginable¹⁶⁹⁵" » rappelle ainsi M. Yves Picod. L'auteur cite, à titre d'exemple, la crise des *subprimes*, qui était certes imprévisible, mais tout à fait imaginable, afin de souligner la relativité spatio-temporelle de l'imprévisibilité. M. Charles Gijssberg le souligne, « rien n'est, en soi, vraiment imprévisible »¹⁶⁹⁶. Finalement, M. Louis Thibierge juge le choix sémantique peu heureux : « si l'on peut songer à l'événement, mettre un mot dessus, c'est qu'il est possible de le prévoir. Ou alors, imprévisible n'a pas ce sens-là. Imprévisible ne veut pas dire "qui ne peut être prévu", mais "que l'on n'avait pas de raisons particulières d'envisager" »¹⁶⁹⁷. L'auteur préconise ainsi le recours au critère du prévisible, permettant « de substituer l'imprévu à l'imprévisible ».

MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Y.-M. Laithier soulignent toutefois que l'imprévisible peut être distingué de l'imprévu à l'aide de critères objectifs, et non sensitifs¹⁶⁹⁸. Ces auteurs recourent en effet à deux critères, dégagés par la jurisprudence italienne, afin d'opérer une telle distinction : la probabilité et la spécificité. Ainsi, « plus l'événement est spécifique, moins il est prévisible : un risque de guerre, en général, est plutôt prévisible ; celui d'une guerre israélo-palestinienne l'est un peu moins ; celui d'une guerre israélo-palestinienne éclatant dans les dix jours entraînant la fermeture du canal de Suez ne l'est quasiment pas ». À l'inverse, « plus l'événement est probable, plus il est prévisible ». Le juge deviendra alors un appréciateur des probabilités, ayant recours aux statistiques antérieures.

¹⁶⁹³ P. ANCEL, « Imprévision », *Rep. dr. civ.* 2020, n° 80.

¹⁶⁹⁴ Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, n° 2, p. 373.

¹⁶⁹⁵ Y. PICOD, « Imprévision », *J.-Cl. civ.* Art. 1195, 2020, n° 54.

¹⁶⁹⁶ C. GIJSBERG, « La révision du prix », *RDC* 2017, n° 3, p. 564.

¹⁶⁹⁷ L. THIBIERGE, « Les effets du contrat », *AJ Contrat* 2018, p. 266. L'auteur poursuit en énonçant que « il est bien plus objectif de sonder le contrat pour vérifier si l'événement a été envisagé par les parties que de sonder des années plus tard l'esprit et les reins du débiteur pour déterminer s'il aurait pu y penser. Et puis, du reste, qu'est-ce qui justifie qu'on vérifie ce qui était prévisible pour le débiteur ? Il n'est pas plus en faute que le créancier de n'avoir pas prévu l'événement ».

¹⁶⁹⁸ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article, op. cit.*, p. 392.

Tant en matière de force majeure que d'imprévision, l'imprévisibilité doit être appréciée lors dans la formation du contrat. Doit également retenir l'attention l'hypothèse du changement imprévisible devenu prévisible dans un contrat tacitement reconduit sur une longue période. Selon MM. Pascal Ancel et Jean-Daniel Bretzner¹⁶⁹⁹, la condition d'imprévisibilité devrait alors être appréciée à chaque renouvellement du contrat, « les contractants engagés dans une relation de longue durée étant censés surveiller l'évolution du contexte dans lequel s'inscrit cette relation »¹⁷⁰⁰. L'obligation de se renseigner sur la valeur applicable aux parties lors de la conclusion du contrat sera donc applicable lors de la reconduction du contrat. M. Philippe Stoffel-Munck relève toutefois qu'il est peu probable que les parties répètent leur effort d'analyse à chaque reconduction, d'autant que celles-ci seront tacites¹⁷⁰¹...

294. Appréciation *in abstracto* de l'imprévisibilité. – Les articles 1195 et 1218 diffèrent textuellement en ce que le premier n'exige qu'un événement imprévu, alors que le second semble se satisfaire d'un événement « raisonnablement imprévisible ». Une telle contradiction est largement regrettée par la doctrine¹⁷⁰², d'autant qu'une référence à l'imprévisibilité raisonnable est opérée par les principes Lando tant en matière d'imprévision (article 6.111) que de force majeure (8.108).

Il est ainsi possible de soutenir que l'article 1195 du Code civil serait d'application plus étroite que l'article 1218, le premier étant ainsi réservé aux événements radicalement imprévisibles, quand le second serait applicable à tous les événements raisonnablement imprévisibles¹⁷⁰³. MM. Gaël Chantepeie et Mathias Latina estiment toutefois qu'une telle

¹⁶⁹⁹ J.-D. BRETZNER, *in Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, *op. cit.*, p. 84. V. également en ce sens MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier, selon lesquels « il est alors du devoir de chacun de procéder, à chaque expiration du terme, à une réévaluation de l'opportunité de son engagement. Celui qui se laisse réengager, en exécutant l'accord, manifeste que cet accord lui convient encore à cet instant » (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, *op. cit.* p. 394).

¹⁷⁰⁰ P. ANCEL, « Imprévision », *op. cit.*, n° 80.

¹⁷⁰¹ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* 2016, p. 30.

¹⁷⁰² M. Rémy Cabrillac regrette ainsi qu'une telle précision n'ait pas été expressément apportée par la réforme (v. R. CABRILLAC, « L'article 1196 : la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision », *RDC* 2015, n° 3, p. 771). V. également en ce sens M. Charles-Edouard Bucher, selon lequel « même si le texte ne parle pas de prévisibilité raisonnable, il y a tout lieu de penser que ce standard juridique permettra ici aussi d'apprécier la condition d'imprévisibilité » (C.-E. BUCHER, « Contrats : la force majeure et l'imprévision remèdes à l'épidémie de covid-19 ? », *CCC* 2020, n° 4, étude 5), ainsi que MM. Gaël Chantepeie et Mathias Latina (G. CHANTEPEIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 620, p. 568).

¹⁷⁰³ V. en ce sens G. CHANTEPEIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 524, p. 474 : « Faut-il en déduire que la circonstance susceptible de déclencher le mécanisme de l'article 1195 du Code civil et l'événement de force majeure diffèrent, non plus seulement quant à leur effet, c'est-à-dire rendre l'exécution excessivement onéreuse pour la première, et impossible pour le second, mais également quant à leur nature ? La tournure plus stricte employée dans l'article 1195, alinéa

interprétation ne doit pas être retenue, au motif que « se contenter de ce qu'une personne raisonnable aurait envisagé dans des circonstances identiques est la seule manière de donner une réelle effectivité au texte, la première interprétation conduisant, en quelque sorte, à sa désactivation »¹⁷⁰⁴.

L'imprévisibilité telle qu'issue des articles 1218¹⁷⁰⁵ et 1195 doit donc être appréciée au regard des interprétations préexistantes en matière de force majeure, c'est-à-dire *in abstracto* circonstanciée¹⁷⁰⁶. L'obstacle doit ainsi être « normalement imprévisible »¹⁷⁰⁷. Il convient donc de s'interroger sur ce qu'aurait pu prévoir un autre contractant, placé dans la même situation, ou un autre professionnel de la même profession, normalement diligent. En effet, « si la survenance de l'événement était raisonnablement envisageable, et que les parties n'ont rien dit, il faut alors présumer que le débiteur en a fait son affaire »¹⁷⁰⁸. *In fine*, le rôle du juge ne consistera pas tant à « rechercher si le demandeur a pu ou non prévoir le changement de circonstances qui est survenu depuis la conclusion du contrat que de rechercher si, compte tenu de la situation personnelle, de l'âge, de la profession, de la formation ou des compétences du demandeur, le contractant moyen auquel il se rattache aurait pu prévoir ledit changement¹⁷⁰⁹ ».

1er, du Code civil pourrait le laisser penser. Conçu comme une dérogation à la force obligatoire du contrat, le mécanisme de traitement de l'imprévision ne pourrait être mis en branle que si la circonstance était radicalement imprévisible au moment de la conclusion du contrat, et non pas seulement raisonnablement imprévisible... Autrement dit, les parties pourraient être tenues de supporter la survenance d'un événement dès lors que celui-ci aurait pu être prévu, fût-ce en envisageant le pire. Évidemment, cette interprétation réduirait le domaine d'application de l'article 1195 du Code ».

¹⁷⁰⁴ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *ibid.*

¹⁷⁰⁵ M. Louis Thibierge souligne à ce propos que « L'étude de la force majeure, qui partage ce critère d'imprévisibilité, n'est pas pour rassurer. Un chat qui traverse la route est imprévisible, mais pas un chien. Le vent qui souffle à 172 km/h est imprévisible, mais pas celui qui souffle à 180 km/h dans le département voisin. Tout est question de circonstances, de compétences des parties, d'expérience passée... Autant dire que le critère est fuyant » (L. THIBIERGE, « Les effets du contrat », *op. cit.*).

¹⁷⁰⁶ V. sur ce point F. GREAU, « Force majeure » *Rep. dr. civ.* 2017, n° 49 : « L'opposition entre une conception absolue, qui supposerait une appréciation très abstraite, et une conception relative, qui imposerait une analyse très concrète, est en effet trop réductrice. Si la jurisprudence apprécie certainement l'imprévisibilité de manière relative (un même événement peut, suivant les circonstances, être qualifié ou non de force majeure), elle le fait toutefois en suivant une "appréciation in abstracto circonstancielle" (J.-C. SAINT-PAU, « Exonération de responsabilité contractuelle. – Inexécution imputable à une cause étrangère », *J.-Cl. civ.*, fasc. 11-30, 2014, n° 16, cité par l'auteur) qui permet de comparer (comme pour la faute, où ce sont les circonstances externes à la personne qui sont prises en considération et non les circonstances internes) le comportement du défendeur en fonction de celui qui aurait été adopté par une personne raisonnable présentant les mêmes compétences et placée dans les mêmes circonstances (l'appréciation in abstracto est donc nuancée par la prise en considération de particularités physiques – mais non psychologiques – ainsi que celle des aptitudes supérieures à la normale de certains sujets : N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ, t. 57, 1965, n° 102 s., cité par l'auteur).

¹⁷⁰⁷ A. BENABENT, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 348, p. 281.

¹⁷⁰⁸ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 620, p. 568.

¹⁷⁰⁹ Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *op. cit.*

Paradoxalement, M. Pascal Ancel le relève, « cela revient à dire que des événements, même prévisibles dans l'absolu, pourront donner lieu à intervention du juge dès lors qu'ils étaient suffisamment exceptionnels pour ne pas être normalement pris en considération¹⁷¹⁰ ».

295. Imprévisibilité de l'ampleur de l'événement. – Par ailleurs, l'appréciation faite de l'imprévisibilité au sein de la force majeure contribue également à relativiser la notion, en ce que certains événements ne sont pas imprévus étant donné leur nature, mais du fait de leur ampleur : « on peut avoir prévu la chute du cours d'une matière première, mais on peut ne pas avoir prévu l'ampleur de la chute (un effondrement de 1000 % là où, dans l'histoire passée, le pire effondrement connu fut de 100 %) »¹⁷¹¹. Tout laisse à penser que l'imprévisibilité de l'ampleur de l'événement lui-même imprévisible permettra l'application de la révision pour imprévision. Si l'événement était prévisible, mais pas son ampleur, alors l'événement devient finalement imprévisible. L'appréciation souveraine des juges du fond se révélera ainsi lourde de conséquences sur ce point, faisant de l'imprévisibilité l'un des critères déterminants de mise en œuvre de la révision pour imprévision¹⁷¹². MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Y.-M. Laithier raisonnent à ce propos par analogie avec la notion de préjudice prévisible (article 1231-3 du Code civil), dont la prévisibilité est appréciée au regard de la nature, mais aussi de l'ampleur du préjudice¹⁷¹³. Ces auteurs espèrent ainsi un contrôle poussé de la part de la Cour de cassation quant à la caractérisation de l'imprévision, allant jusqu'au contrôle de qualification, afin que la sédimentation de la jurisprudence constitue un guide utile, dégageant des « cas types » permettant une égalité de traitement.

Admettre l'imprévisibilité de l'ampleur de l'événement revient, *in fine*, à reconnaître qu'il s'agit davantage d'une imprévisibilité de variation de valeur, qu'une imprévisibilité de l'événement. Ainsi, plutôt que s'attacher à s'interroger quant à l'imprévisibilité de l'événement en lui-même, il conviendra de s'attacher à la prévisibilité de la variation de valeur.

¹⁷¹⁰ P. ANCEL, « Imprévision », *op. cit.*, n° 81.

¹⁷¹¹ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 393.

¹⁷¹² V. également en ce sens M. Stoffel-Munck, pour qui « il y a du jeu dans la première condition d'application de l'article 1195 (Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *op. cit.*). La condition d'imprévisibilité n'est pas parfaitement prévisible ». A l'inverse, M. Jean-Sébastien juge cette condition peu contraignante (J.-S. BORGHETTI, « Fixation et révision du prix », RDC 2018, n° hors série, p. 25), tout comme M. Charles Gijsberg qui estime que les tribunaux seront peu bridés par l'exigence d'imprévisibilité (C. GIJSBERG, « La révision du prix », *op. cit.*).

¹⁷¹³ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 392.

296. Imprévisibilité de l'épidémie de Covid-19. – Ce questionnement quant à la définition de l'imprévisibilité de l'événement, mais aussi de son ampleur, a été accentué par la pandémie de Covid-19. MM. Laurent Aynès et Alain Bénabent n'ont aucun doute quant à la qualification d'événement de force majeure de l'épidémie de Covid-19¹⁷¹⁴. Mustapha Mekki émet en revanche quelques doutes quant à l'imprévisibilité de l'événement (« peut-on considérer que le 30 janvier, lors de l'annonce de l'OMS, l'événement était encore imprévisible ? »¹⁷¹⁵). L'analyse du critère d'imprévisibilité sous le prisme de l'article 1218 du Code civil révèle par ailleurs la réticence du droit à admettre la force majeure en cas de pandémie¹⁷¹⁶, tout comme à reconnaître que le fait d'être atteint d'une maladie constitue un cas de force majeure¹⁷¹⁷. À l'inverse, Mme Martine Behar-Touchais estime que « rien dans le contexte économique et social ne laissait présager le désastre économique créé par cette épidémie, et les mesures rendues nécessaires pour la combattre, tel le confinement de la population, sous certaines réserves »¹⁷¹⁸. MM. Louis et Joseph Vogel partagent cette opinion, au motif que « le Covid-19 n'est pas une épidémie comme les autres. Son intensité est plus forte que celle des épidémies précédentes auxquelles les entreprises ont été confrontées et qu'elles ont eu du mal à faire qualifier de forces majeures ». Ce sont finalement davantage les mesures gouvernementales drastiques prises pour enrayer l'épidémie, que l'épidémie en elle-même, qui permettent aux

¹⁷¹⁴ L. AYNES et A. BENABENT, « Force majeure et révision pour imprévision », *RDC* 2021, n° 1, p. 157 : « il ne fait guère de doute que la crise sanitaire peut présenter les caractères de la force majeure. L'événement échappe au contrôle du débiteur (extériorité) ; il ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat (imprévisibilité). S'il empêche l'exécution de son obligation par le débiteur, sans que cet obstacle puisse être évité par des mesures appropriées, l'irrésistibilité est acquise. Ni l'épidémie elle-même, ni les mesures sanitaires qu'elle impose n'ont généralement cet effet. Ce sont plutôt les mesures gouvernementales dont elle est la cause qu'il faut considérer. Et plus particulièrement la fermeture au public de certains commerces ou de certaines exploitations, et le confinement lorsqu'ils dressent un obstacle insurmontable à la fourniture de la prestation promise ».

¹⁷¹⁵ M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC* 2016, n° 2, p. 400.

¹⁷¹⁶ La force majeure ne fut pas reconnue pour défaut d'imprévisibilité lors des épidémies de dengue (Nancy, 22 nov. 2010, n° 09/00003), de grippe H1N1 (Besançon, 8 janv. 2014, n° 12/02291), du virus Ebola (Paris, 29 mars 2016, n° 15/05607) et du chikungunya (Saint-Denis de La Réunion, 29 déc. 2009, n° 08/02114).

¹⁷¹⁷ La jurisprudence fluctue sur ce point. Si le critère d'extériorité de la force majeure semblait avoir été abandonné (Cass., ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168, *Bull. A.P.* n° 5 ; *D.* 2006, p. 1577, obs. I. GALLMEISTER ; ; *D.* 2006, p. 1566, chron. D. NOGUERO ; ; *D.* 2006, p. 1929, obs. Ph. BRUN et Ph. JOURDAIN ; ; *D.* 2006, p. 2638, obs. S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.* 2006. 775, obs. Ph. JOURDAIN ; *RTD com.* 2006. 904, obs. B. BOULOC), le débat a été relancé par la Chambre sociale (Cass. soc. 16 mai 2012, n° 10-17.726) et la troisième Chambre civile (Cass. civ. 3^e, 15 oct. 2013, n° 12-23.126). Au-delà, la première Chambre civile de la Cour de cassation a considéré qu'était tenu au paiement d'une clause pénale le vendeur d'un immeuble ne se présentant pas lors de la réitération de l'acte notarié, malgré sa maladie, au motif que celui-ci « n'avait pas connaissance, lors de la signature du compromis de vente, d'un problème cardiaque, qu'il pouvait organiser le déménagement de son immeuble compte tenu de la date à laquelle le diagnostic avait été posé et mandater quelqu'un pour signer la réitération de la vente et que le caractère irrésistible consistant en une impossibilité d'exécution n'était pas davantage établi » (Cass. civ. 3^e, 19 sept. 2019, n° 18-18.921, *AJDI* 2019, p. 819 ; *JCP N* 2020. 24, obs. S. PIEDELIEVRE).

¹⁷¹⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'impact d'une crise sanitaire sur les contrats en droit commercial -À l'occasion de la pandémie de Covid-19 », *JCP E* 2020, n° 15-16, p. 1162.

justiciables de se prévaloir de la force majeure¹⁷¹⁹. M. Mustapha Mekki estime finalement que l'admission de la force majeure et, *a fortiori* de l'imprévision, « dépendra du moment où le contrat a été conclu, entre quels partenaires et pour quelle prestation »¹⁷²⁰. La réponse sera finalement casuistique.

297. Exclusion de la dépréciation monétaire pour défaut de la condition d'imprévisibilité. – L'hypothèse de la dépréciation monétaire est typiquement celle de l'affaire du *Canal de Craponne*¹⁷²¹ : les trois sous perçus par le propriétaire du canal d'irrigation depuis le début du XVI^e siècle étaient insuffisants à couvrir les frais d'entretien du canal trois siècles après la formation du contrat. Celui-ci tenta d'obtenir la révision du contrat, avec l'insuccès que l'on connaît.

La question est donc de savoir si la dépréciation monétaire constitue une modification des circonstances permettant la mise en jeu de la révision pour imprévision. La réponse est assurément négative, pour deux raisons. Tout d'abord, s'il est certain que les circonstances sont bien modifiées, M. Pascal Ancel relève que « quelque galopante qu'elle puisse être, une inflation monétaire ne se produit pas en un seul jour »¹⁷²². Il ne serait pas tolérable d'accepter une modification des circonstances qui se seraient étalées sur trois siècles, à l'instar des faits de l'arrêt du Canal de Craponne. L'exécution d'un contrat à exécution successive sur une longue période connaît une probabilité très élevée d'être spectatrice d'un changement de circonstances, compte tenu de l'évolution des sciences, des techniques, des mœurs. Un changement progressif ne saurait donc faire l'objet d'une révision pour imprévision.

Ainsi, l'admission de la révision pour imprévision en cas de dépréciation monétaire brutale ne saurait être retenue, compte tenu du défaut de la condition d'imprévisibilité. Une telle admission ouvrirait la porte à la révision de l'intégralité des contrats à titre onéreux et, par

¹⁷¹⁹ V. en ce sens M. Charles-Edouard Bucher, selon lequel « un événement même prévisible dans l'absolu peut être exceptionnel dans son ampleur ou dans ses effets ce qui pourrait être le cas de la crise sanitaire provoquée par le coronavirus et des mesures prises pour enrayer la propagation de l'épidémie » (C.-E. BUCHER, « Contrats : la force majeure et l'imprévision remèdes à l'épidémie de covid-19 ? », CCC 2020, n° 4, étude 5).

¹⁷²⁰ M. Mustapha Mekki envisage les hypothèses suivantes à titre d'exemple : « si l'arrêté du 4 mars interdisait jusqu'au 31 mai le rassemblement de plus de 5 000 personnes dans un lieu et qu'un contrat a été conclu pour un concert réunissant potentiellement plus de 10 000 personnes le 6 mars, l'événement n'est manifestement pas imprévisible. S'il s'agit d'une convention conclue avec des partenaires chinois, soumise au droit français, le 2 février, après l'annonce de l'OMS d'une urgence internationale mais sans véritable prise de conscience en France, l'événement dans ce cadre particulier n'était pas raisonnablement imprévisible » (M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *op. cit.*).

¹⁷²¹ Cass. civ. 6 mars 1876, *De Gallifefet c. Commune de Pélissane*, dit « Canal de Craponne » ; D. 76.I.193, note GIBOULOT.

¹⁷²² P. ANCEL, « Imprévision », *Rep. dr. civ.* 2020, n° 71.

conséquent, à l'engorgement des tribunaux. L'hypothèse de la force majeure semble dès lors davantage convaincante pour ce type de cas.

Tant dans la force majeure que dans l'imprévision, l'admission du déséquilibre économique dans l'exécution du contrat est ainsi limitée aux cas dans lesquels la modification des circonstances contractuelles était imprévisible, l'appréciation de l'imprévisibilité étant appréciée *in abstracto* circonstanciée. Ces deux mécanismes se rapprochent de ce fait de ceux issus des articles 1223 et 1224, nécessitant également la survenue d'un événement imprévu. Une autre condition d'application poursuit le rapprochement de l'ensemble de ces éléments perturbateurs : la modification ne doit pas être imputable à la victime de l'événement.

§2 – Un événement non imputable à la victime de la perturbation

L'appréhension du déséquilibre économique dans l'exécution du contrat par le droit nécessite que celui-ci ne soit pas imputable à la victime de l'événement perturbateur des prévisions des parties. Dès lors, l'inexécution peut être purement fortuite, c'est-à-dire extérieure aux deux parties (I.) ou imputable à l'une d'entre elles (II.)¹⁷²³. À l'inverse, l'inexécution imputable au créancier ne peut donner droit à

I. INEXECUTION EXTERIEURE AUX DEUX PARTIES

La modification du changement du contexte de l'exécution entraîne une perturbation de l'équilibre économique du contrat, venant ainsi léser l'une des parties. Si dans les deux hypothèses, les prévisions économiques des parties sont bouleversées, l'origine de la modification de l'élément venant perturber l'équilibre économique du contrat diffère dans la force majeure et dans l'imprévision. L'article 1218 du Code civil exige, en effet, la survenue d'un nouvel événement (A.), tandis que l'article 1195 est subordonné à une modification des circonstances préexistantes de conclusion du contrat (B.).

A. Survenue d'un nouvel événement

L'exigence d'extériorité de la force majeure, dont la légitimité de l'existence fut discutée antérieurement par la doctrine, a été consacrée par la réforme du droit des contrats. La

¹⁷²³ L'inexécution imputable au créancier ne saurait donner droit à une sanction (Cass. civ. 1^{re}, 21 oct. 1964, *Bull. civ. I*, n° 463 – Cass. civ. 3^e, 25 mai 1976, *Bull. civ. III*, n° 229 ; *Defrénois* 1977, p. 397, note J.-L. AUBERT). Il convient toutefois de relever que la faute non-exclusion du créancier ne le prive pas d'invoquer le manquement de son cocontractant (Cass. com. 11 sept. 2019, n° 17-26.594, D. 2019, p. 1756 ; *RTD civ.* 2019, p. 867, obs. H. BARBIER).

formulation retenue (un événement « échappant au contrôle du débiteur ») semble tendre vers une évolution de l'extériorité en une exigence de non-imputabilité.

298. Evolution du critère d'extériorité vers une exigence de non-imputabilité du changement dans la force majeure. – Antérieurement à 2016, la jurisprudence exigeait, en matière de force majeure, que l'événement de force majeure soit extérieur aux parties, soulevant ainsi des difficultés d'interprétation en cas de grève ou de maladie¹⁷²⁴. L'obstacle à l'exécution ne pouvait être pris en compte si le défendeur en était à l'origine. Selon le rapport au Président de la République présentant la réforme de 2016, la condition d'extériorité aurait été délaissée¹⁷²⁵. L'article 1218 du Code civil exige en effet que l'événement perturbateur échappe « au contrôle du débiteur »,

Ce critère de « l'absence de contrôle » n'est toutefois pas sans rappeler l'extériorité et certains auteurs opèrent une assimilation¹⁷²⁶. M. Fabrice Gréau estime toutefois que la formulation retenue par le législateur se révélera dépourvue de conséquence pratique, bien que

¹⁷²⁴ Une partie de la doctrine contestait en effet l'existence de l'extériorité, « en prétendant qu'elle ne présentait aucune autonomie, et était le plus souvent un simple indice de l'inévitabilité de l'événement (ex. : grève, maladie) » F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil: les obligations*, 12^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2019, n° 750, p. 812. Au soutien de leur prétention, les auteurs citent les références suivantes : P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, 1992, n° 33 s., spéc. n° 54 ; du même auteur, « Ouragan sur la force majeure », *JCP* 1996. I. 3907.

¹⁷²⁵ Selon ce texte, l'article 1218 du Code civil « reprend la définition prétorienne de la force majeure en matière contractuelle, délaissant le traditionnel critère d'extériorité, également abandonné par l'assemblée plénière de la Cour de cassation en 2006 (...), pour ne retenir que ceux d'imprévisibilité et d'irrésistibilité » (Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25). MM. Gaël Chantepeie et Mathias Latina regrettent le manque de précisions quant à cette nouvelle condition : « le rapport énonce que "l'événement doit également être irrésistible, tant dans sa survenance (inévitable) que dans ses effets (insurmontables)". Le critère du contrôle du débiteur vise-t-il alors l'inévitabilité de l'événement ? Que ce rapport est confus ! À lire l'article 1218 du Code civil ce sont les effets de l'événement qui doivent être inévitables... C'est alors l'insurmontabilité de l'événement, dans sa survenance, qui serait visée par le critère de l'absence de contrôle de l'événement. On ne peut que se perdre en conjectures » (G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 619, p. 567).

¹⁷²⁶ F. GREAU, « Force majeure », *Rep. dr. civ.* 2017, n° 26 : « contrairement à ce qui est affirmé de manière un peu abrupte par le rapport remis au Président de la République, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a finalement maintenu l'extériorité comme critère de la force majeure contractuelle, sans que celle-ci soit, il est vrai, mentionnée en tant que tel par l'article 1218 al. 1^{er}, du code civil mais indirectement par la précision suivant laquelle la force majeure est un événement « échappant au contrôle du débiteur » – G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 619, p. 567 : « toujours est-il que le critère de l'absence de contrôle, repris de l'avant-projet Terré, fait penser à celui de la "non-imputabilité" de l'événement au débiteur, c'est-à-dire précisément à l'extériorité » – F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil: les obligations, op. cit.*, n° 752, p. 816 : « L'exigence d'un événement "échappant au contrôle du débiteur", qui correspond très exactement à la condition d'extériorité, est pourtant inscrite dans le texte » – A. BENABENT, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 348, p. 281 : « renouant avec la conception classique, le nouvel article 1218 exige un événement "échappant au contrôle du débiteur" ». V. également M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, 4^e éd., PUF, coll. Thémis, 2016, n° 666 – N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve des obligations*, Dalloz, 2016, p. 126.

« le caractère incontrôlable de l'événement marque clairement une évolution formelle du critère de l'extériorité en matière contractuelle ».

Mme Sarah Bros opère quant à elle une autre lecture de l'article 1218 du Code civil, laquelle doit être approuvée. L'auteure estime en effet qu'un « événement extérieur n'échappe pas nécessairement au contrôle du débiteur (par exemple la défaillance d'un sous-traitant), car il est toujours possible de recourir à un autre de la même manière qu'un événement échappant à son contrôle n'est pas nécessairement extérieur (par exemple une maladie). Tout dépend des circonstances. S'il n'y a pas d'identité entre l'extériorité et l'absence d'imputabilité à l'activité du débiteur, la seconde devrait permettre de prendre en considération l'extériorité quand cela est nécessaire »¹⁷²⁷. Le critère serait donc davantage la non-imputabilité, que l'extériorité de l'événement et se retrouverait également au sein de l'article 1195 du Code civil¹⁷²⁸. L'événement perturbateur devrait donc être privé d'effet en cas de potestativité.

La force majeure permet donc de résoudre les déséquilibres économiques engendrés par la survenue d'un événement fortuit. Plus subtilement, l'imprévision a, quant à elle, pour objectif de régir les déséquilibres engendrés par une modification des circonstances préexistantes.

B. Modification des circonstances préexistantes

À la différence de l'événement perturbateur encadré par l'article 1218 du Code civil, l'imprévision doit toucher les circonstances de la conclusion du contrat, en entraînant un changement qui ne saurait être imputé à l'une des parties.

299. Notion de circonstance entendue largement. – La « circonstance » est classiquement définie comme la « particularité qui accompagne un fait, un événement, une situation¹⁷²⁹ ». Au pluriel et appliquées au processus contractuel, les circonstances constituent finalement le contexte qui encadre les négociations et la conclusion du contrat.

Selon M. Aurélien Fortunato, la notion de « circonstance » serait implicitement limitée aux circonstances économiques¹⁷³⁰. En réalité, le changement de circonstance n'a pas à l'être intrinsèquement, dès lors qu'il entraîne un bouleversement de l'économie du contrat. M. Rémy

¹⁷²⁷ S. BROS, « La force majeure », *Dr. et patr.*, 2016, n° 259.

¹⁷²⁸ MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier estiment ainsi que l'article 1218 est une « reformulation » de l'ancienne exigence d'antériorité (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, op. cit., p. 537).

¹⁷²⁹ V. « circonstances » in *Le Petit Robert de la langue française*, 2017, p. 400.

¹⁷³⁰ A. FORTUNATO, « Les circonstances de la révision du contrat », op. cit.

Cabrillac estime ainsi qu'une application de l'article 1195 du Code civil aux seules circonstances économiques serait trop réducteur¹⁷³¹. Il convient en effet de distinguer strictement le changement de circonstances, des conséquences engendrées. Dès lors, sans doute faut-il entendre la notion de « circonstance » de manière particulièrement large et l'étendre ainsi aux circonstances économiques, commerciales, sanitaires¹⁷³², technologiques¹⁷³³, politiques, financières, militaires etc. *In fine*, « toute modification des données ayant présidé à la formation du contrat peut caractériser une imprévision »¹⁷³⁴.

Se pose alors la question de l'application de l'article 1195 du Code civil à un changement de circonstances juridiques, à l'image d'un revirement de jurisprudence ou d'un changement de loi. Mme Françoise Auque¹⁷³⁵ illustre cette difficulté à l'aide de deux exemples : une loi de 1960 soumettait le loyer d'un bail commercial à une fixation binaire, le loyer fixe étant assorti d'une clause de recette. Un arrêt de 1993¹⁷³⁶ avait interdit la fixation judiciaire du loyer à la valeur locative des locaux. Plusieurs décennies plus tard, le loyer était insuffisant à assumer les charges de l'immeuble. Mme Françoise Auque s'interroge donc sur le point de savoir si la jurisprudence de 1993 constituait bien une « circonstance imprévisible ». Sa réponse est affirmativement positive et l'auteure s'appuie sur la jurisprudence *Huard* : le bouleversement de l'économie avait pour origine un changement de réglementation. M. Philippe Stoffel-Munck admet également le changement d'ordre juridique, considérant que

¹⁷³¹ R. CABRILLAC, « L'article 1196 : la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision », *op. cit.*

¹⁷³² La crise sanitaire entraînée par la pandémie de covid-19 constitue ainsi un exemple récent de changement de circonstances susceptible de mettre en œuvre la révision pour imprévision. M. Mustapha Mekki le souligne, « Le changement doit porter sur des circonstances sans précision. Pour le Covid-19, il peut être question de circonstances politiques, sanitaires, économiques, sociales... » (M. MEKKI, « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », *AJ Contrat* 2020, p. 164.V. également en ce sens M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'impact d'une crise sanitaire sur les contrats en droit commercial -À l'occasion de la pandémie de Covid-19 », *op. cit.*). MM. Louis et Joseph Vogel relèvent toutefois qu'il convient de nuancer le changement de circonstances au regard à ce propos : « résultera-t-il simplement de l'épidémie dont le caractère imprévisible a souvent été contesté et rejeté par le passé à propos d'épidémies antérieures, ou plutôt des effets qu'elle a engendrés, notamment les mesures de police administrative drastiques qui ont été mises en œuvre, conduisant à des conditions d'exploitation beaucoup plus onéreuses ? » (L. VOGEL et J. VOGEL, « Possibilités, limites et exclusions du recours à l'imprévision dans la crise du Covid-19 », *AJ Contrat* 2020, p. 275). Sur ce point, Mme Julia Heinich ne formule aucune inquiétude, « toutes les conséquences de la crise sanitaire actuelle pourraient donc être concernées » (J. HEINICH, « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *D.* 2020, p. 611).

¹⁷³³ Sur ce point, v. A. FORTUNATO, « Les circonstances de la révision du contrat », *LPA* 2018, n° 9, p. 6. L'auteur cite ainsi, « la disparition progressive des supports physiques de certains produits culturels, pour les remplacer par une version dématérialisée et numérique, ou le passage au numérique de secteurs entiers qui, loin d'avoir disparu, peuvent être considérés comme ayant pris un nouvel essor ».

¹⁷³⁴ J.-D. PELLIER, « Réflexion sur l'imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats (observation sur l'article 1196 du projet de réforme) », *LPA* 2015, n° 228, p. 8.

¹⁷³⁵ F. AUQUE, « Retour du juge par la loi ? », *AJDI* 2016, p. 184.

¹⁷³⁶ Cass. civ. 3^e, 10 mars 1993, *Bull. civ.* III, n° 30, *Théâtre Saint Georges*.

« un changement de législation [peut rendre] l'exécution plus onéreuse comme il arrive en matière environnementale, sanitaire, sociale ou fiscale ou en raison d'embargos commerciaux »¹⁷³⁷.

M. Thierry Revet ne voit pas de raison de procéder à une telle exclusion, dès lors que l'on aurait « affaire à une donnée extérieure à la situation des contractants (situation personnelle ou patrimoniale), c'est-à-dire une donnée sur laquelle ils n'ont aucune prise directe ou indirecte, et que cette donnée soit dans un rapport suffisamment direct et étroit avec le contrat, par l'un ou l'autre de ses aspects – telle de sa ou ses obligations, son économie générale, sa finalité, un contrat qui lui est lié, etc. »¹⁷³⁸.

300. Acception large de la notion de changement. – Le changement constitue quant à lui une modification, quelle qu'elle soit, du contexte. Peu importe l'importance et la gravité de celui-ci, dans la mesure où l'équilibre contractuel est perturbé. Il ne doit s'agir que d'une modification, d'une mutation du contexte, et non d'un bouleversement¹⁷³⁹. Seules les conséquences de ce changement feront l'objet d'une mesure de révision. Il importe simplement ici que les circonstances diffèrent de celles initialement prévues par les parties. Aucune exigence de soudaineté ou de brutalité de ce changement ne doit également être formulée¹⁷⁴⁰. Encore une fois, c'est davantage le caractère insoutenable du maintien du contrat à ces nouvelles conditions qui importe, plutôt que les circonstances en elles-mêmes¹⁷⁴¹. Dans la mesure où tout contrat de longue durée connaît nécessairement des changements, ne serait-ce que minime, il aurait été inopportun de retenir une conception restrictive du « changement ».

¹⁷³⁷ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *op. cit.* V. également en ce sens G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 524, p. 473 – O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article, op. cit.*, p. 391.

¹⁷³⁸ Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *op. cit.*

¹⁷³⁹ Ph. DUPICHOT, « La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 75. V. contra M. Yves Picod selon lequel « le recours à la notion de bouleversement – voire de perturbation – de l'économie ou de l'équilibre contractuel qui existait initialement lors de la formation du contrat aurait sans doute constitué un critère plus objectif » (Y. PICOD, « Imprévision », *J.-Cl. civ. Art. 1195*, 2020, n° 57).

¹⁷⁴⁰ Sur ce point v. Ph. DUPICHOT, « La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision », *op. cit.* et Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *op. cit.*

¹⁷⁴¹ V. en ce sens M. Thierry Revet, selon lequel « Le “changement” de circonstances doit, peut-on estimer, s'entendre de toute modification, quelle qu'en soit l'importance intrinsèque, car ce qui compte à cet égard, semble-t-il, est que les circonstances ne soient plus identiques et que cette évolution, non seulement ait été imprévisible, mais encore qu'elle ait pour effet de rendre excessivement onéreuse, pour un contractant, l'exécution ou la poursuite de l'exécution du contrat aux conditions initiales : dès lors qu'un changement existe, serait-il de faible importance intrinsèque, il est susceptible d'ouvrir sur une révision judiciaire du contrat s'il produit les conséquences qui viennent d'être rappelées » (Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *op. cit.*).

301. Exigence implicite de non-imputabilité dans l'imprévision. – En matière d'imprévision, aucune faute ne doit avoir été commise, tant par le débiteur, que par le créancier. Ce dernier ne saurait être blâmé s'il venait à tirer profit de cette situation. M. Nicolas Molfessis relève que c'est justement au nom de cette absence de faute du créancier que la jurisprudence rejetait auparavant l'imprévision, au nom de la force obligatoire du contrat¹⁷⁴².

Il est possible de s'interroger sur la possibilité d'un changement de circonstance interne aux parties. Il semblerait que la réponse soit négative et que la notion de « circonstance » porte en elle celle d'extériorité. Il serait, de surcroît, curieux, d'admettre le changement interne aux parties en matière d'imprévision, mais pas de force majeure¹⁷⁴³. M. Pascal Ancel envisage ainsi de faire jouer l'imprévision en cas de maladie ou de chômage, dans la mesure où ces événements, bien qu'internes, échappent à la volonté du cocontractant : « on ne devrait exclure l'application de l'article 1195 que lorsque le changement qui rend l'exécution plus onéreuse est imputable au contractant qui en est affecté¹⁷⁴⁴ ». L'épidémie de Covid-19 a permis une nouvelle interprétation de la force majeure puisqu'un diagnostic positif à cette maladie justifie une absence à une audience¹⁷⁴⁵.

302. Absence de concours entre les dispositions liées à l'imprévu et celles relatives à l'inexécution. – La formulation de l'article 1195 aurait pu engendrer un conflit avec l'article 1221 du Code civil. Ces deux articles ont un effet un domaine d'application similaire, l'un comme l'autre mettant en rapport le coût de l'exécution pour le créancier et son intérêt pour le débiteur. Le débiteur, lésé par l'imprévision, pouvait en effet être tenté de patienter jusqu'à ce que le créancier agisse en exécution forcée, avant de lui opposer l'exception prévue à l'article 1221. Ce dernier s'oppose en effet à l'exécution forcée du contrat « s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ». Le débiteur se retrouvait ainsi dans une situation très confortable, n'exécutant plus délibérément son obligation, alors qu'il aurait pu « sauver » le contrat en invoquant préalablement l'imprévision. Le législateur a toutefois anticipé cette difficulté en précisant que les parties doivent poursuivre l'exécution du contrat malgré le bouleversement de l'économie de celui-ci. Aucun conflit entre les articles 1195 et 1221 n'est donc susceptible de survenir.

¹⁷⁴² N. MOLFESSIS, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *JCP G* 2015, n° 52, p. 1415.

¹⁷⁴³ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *op. cit.*

¹⁷⁴⁴ P. ANCEL, « Imprévision », *op. cit.*, n° 70.

¹⁷⁴⁵ Bordeaux, 19 mars 2020, n° 20/01392, Colmar, Ch. 6, 16 mars 2020, n° 20/01142.

Ainsi, l'inexécution découlant de l'événement perturbateur est extérieure aux parties dans la force majeure et l'imprévision. À l'inverse, lorsque ce même événement est imputable au débiteur de l'obligation, le contrat ne saurait être corrigé, sconfirmant donc que la correction du déséquilibre économique n'est envisageable que lorsque l'événement n'est pas imputable au créancier de l'obligation.

II. INEXECUTION IMPUTABLE AU DEBITEUR DE L'OBLIGATION

Le recours aux articles 1223 et 1224 et suivants du Code civil est réservé, selon l'article 1217, à la « partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement ». Ces dispositions renvoient au contentieux de l'inexécution du contrat et soulèvent des difficultés quant à la nature de l'inexécution permettant le rétablissement de l'équilibre économique du contrat, particulièrement en cas de retard et de comportement délétaire du débiteur. Il convient de rappeler qu'aucune faute de la part de ce dernier n'a à être recherchée¹⁷⁴⁶.

303. Nature de l'inexécution. – Les articles 1223 et 1224 du Code civil ne sont susceptibles d'être mis en œuvre qu'en cas d'inexécution du contrat. Survient dès lors une interrogation quant à la nature de cette inexécution. Il est en effet possible de retenir une définition quantitative de l'exécution, mais aussi qualitative. Dans la première acception, l'inexécution résulterait d'une différence de quantité¹⁷⁴⁷. Il s'agirait, par exemple, d'une livraison d'une quantité de marchandise inférieure à ce qui était attendu¹⁷⁴⁸. En réalité, dans cette hypothèse, le créancier serait tenu d'agir sur le fondement du manquement à l'obligation de délivrance conforme (article 1610 du Code civil), en application de l'adage selon lequel le spécial déroge au général¹⁷⁴⁹. L'article 1223 du Code civil devra finalement être exclu chaque fois que la réduction du prix serait régie par une règle spéciale, comme la garantie des vices cachés (article 1644 du Code civil), le défaut de contenance et la lésion en matière immobilière (articles 1617 et 1674 du Code civil) ou la garantie légale de conformité (article L. 211-10 du

¹⁷⁴⁶ Sur ce point, v. J.-M. MOUSSERON, « Responsable mais pas coupable : la gestion des risques d'inexécution du contrat », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 141. L'inexécution n'a pas à être fautive, elle doit simplement être imputable au créancier du prix.

¹⁷⁴⁷ V. Douai, 30 avr. 1877, *S.* 1877. 2. 240 à propos d'un contrat de vente et Civ. 5 mars 1894, *DP* 1894. 1. 509 à propos d'un contrat de bail.

¹⁷⁴⁸ À noter que le créancier de l'obligation serait également susceptible d'agir sur le fondement d'un manquement du vendeur à l'obligation de délivrance conforme (article 1603 du Code civil).

¹⁷⁴⁹ Sur ce point, v. B. MERCADAL, *Réforme du droit des contrats*, Francis Lefebvre, 2016, n° 710, p. 205.

Code de la consommation). L'article 1223 resterait en revanche applicable à toutes les autres configurations de manquement qualitatif ou quantitatif.

Dans la seconde acception, le créancier pourrait solliciter les articles 1217 et suivants du Code civil en cas de différence de qualité au regard des stipulations contractuelles (la marchandise livrée est abimée) ou des règles de l'art en la matière (la marchandise livrée n'est pas de la qualité attendue). Il semblerait que la notion d'inexécution englobe bien le défaut de qualité¹⁷⁵⁰. En effet, la jurisprudence antérieure avait déjà retenu une telle acception, en matière de vente commerciale¹⁷⁵¹. Par ailleurs, l'article 9 :401 des Principes européens de droit des contrats et la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises visent la différence de qualité. Il convient toutefois de rappeler que le défaut de qualité soulève des difficultés d'appréciation au regard de son caractère subjectif, ce qui ne manquera pas de provoquer « des divergences de vue entre le créancier et le débiteur, ce dernier défendant l'exécution de son travail, le premier souhaitant obtenir la prise en considération de sa déception »¹⁷⁵². Le nouvel article 1166 du Code civil est susceptible de révéler une utilité sur ce point, en précisant que lorsqu'aucune précision n'avait été apportée au regard de la qualité de la prestation du contrat, celle-ci doit être « de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie ». En ne retenant pas le critère européen de la prestation d'une qualité « au moins égale à la moyenne »¹⁷⁵³, le législateur favorise une appréciation subjective de la qualité par les parties (« attentes légitimes des parties »). Ainsi, selon M. Eric Savaux, « l'article 1166 bilatéralise les attentes en les qualifiant de légitimes. La règle est préférable parce qu'il faut considérer non

¹⁷⁵⁰ V. en ce sens M. Eric Savaux selon lequel « l'imperfection de l'exécution est extrêmement compréhensive, pouvant englober une insuffisance quantitative (des manquants) ou qualitative (le mauvais travail), objective ou subjective (le confort du fauteuil restauré pas aussi grand qu'espéré) » (E. SAVAUX, « Article 1223 : la réduction du prix », *op. cit.*).

¹⁷⁵¹ V. en ce sens, Civ. 20 nov. 1871, *DP* 1873. 1. 201 : « lorsque la marchandise vendue est de qualité inférieure, les juges peuvent (...) forcer [l'acheteur] à [la] prendre moyennant une certaine réduction ou réfaction sur le prix ».

¹⁷⁵² G. PIETTE, « Réforme du droit des contrats et des obligations : la réduction du prix en droit des contrats spéciaux... ou le leurre et l'argent du leurre ? », *Lexbase -La lettre juridique*, mars 2016, n° 546. L'auteur relève ainsi que « L'appréciation d'un "mauvais travail" par le créancier de la prestation dans un contrat de transport, ou de dépôt salarié, ou encore de mandat rémunéré est inévitablement teintée de subjectivisme ».

¹⁷⁵³ PDEC, art. 6 :108 : « à défaut de stipulation sur la qualité, le débiteur doit offrir une exécution qui soit au moins de qualité moyenne » – CEC, art. 3, al. 3 : « si le contrat n'indique pas la qualité de la prestation, ni ne précise de quelle manière elle doit être déterminée, est réputée due une prestation de qualité non inférieure à la moyenne, compte tenu de la coutume » – Principes Unidroit, art. 5.1.6 : « lorsque la qualité de la prestation n'est pas fixée par le contrat ou déterminable en vertu de celui-ci, une partie est tenue de fournir une prestation de qualité raisonnable et, eu égard aux circonstances, au moins égale à la moyenne ».

seulement ce que le créancier peut espérer recevoir, mais aussi ce que le débiteur peut imaginer devoir fournir »¹⁷⁵⁴.

Les articles 1217 et suivants du Code civil étant dépourvus de toute précision, une lecture particulièrement large de la nature de l'inexécution devra être retenue, à la fois quantitative et qualitative. Par mesure de précaution, M. Hugo Barbier invite toutefois les parties à insérer des clauses de définition de l'inexécution, afin de purger ce type de questions¹⁷⁵⁵.

304. Cas particuliers d'inexécution. – Le comportement délétaire du débiteur peut également justifier une réduction du prix, voire la résolution du contrat. Il convient ainsi d'émettre un jugement de valeur sur l'attitude du débiteur afin de déterminer si l'exécution du contrat était conforme aux stipulations contractuelles¹⁷⁵⁶. Cette solution était déjà admise par la jurisprudence antérieurement à la réforme¹⁷⁵⁷ et l'a été postérieurement¹⁷⁵⁸. Un arrêt du 3 mars 2021 est toutefois venu rappeler la nécessité, pour les juges du fond, de caractériser la gravité du comportement du débiteur¹⁷⁵⁹. M. Frédéric Dournaux précise en ce sens : « en somme, menacer, être agressif, c'est motif de résolution ce me semble, mais il faut que l'inexécution y passe. L'article 1224 l'exige expressément »¹⁷⁶⁰.

Survient également la question de l'admission du retard au sein de l'inexécution : est-il possible de solliciter la réduction du prix, voire la résolution du contrat, en cas de retard ? L'hypothèse est donc celle dans laquelle la prestation a été ou sera correctement réalisée, mais les délais impartis n'auront pas été respectés. Par opposition au silence de l'article 1223 du Code civil sur ce point, ainsi qu'aux Principes européens de droit des contrats qui se révèlent plus favorables¹⁷⁶¹, l'interprétation jurisprudentielle allemande de l'article 50 de la Convention

¹⁷⁵⁴ E. SAVAUX, « Le contenu du contrat », *JCP G* 2015, p. 20.

¹⁷⁵⁵ H. BARBIER, « L'exécution et la sortie du contrat », *RDC* 2018, p. 40.

¹⁷⁵⁶ Sur ce point, v. plus généralement Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », *Dr. et patr.*, avril 2004, n° 126.

¹⁷⁵⁷ Cass. civ. 1^{re}, 20 févr. 2001, n° 99-15.170 : « sans rechercher si le comportement de M. X... revêtait une gravité suffisante pour justifier cette rupture » – Cass. com. 10 févr. 2009, n° 08-12.415 : « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls ».

¹⁷⁵⁸ Cass. com. 17 févr. 2021, n° 19-19.993 : « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls ».

¹⁷⁵⁹ Cass. com. 3 mars 2021, n° 19-22.574 : « en se bornant à affirmer l'agressivité et le comportement menaçant des sociétés Dal et Strudal, à l'égard de la société O..., sans en caractériser ni les éléments ni le degré de gravité ».

¹⁷⁶⁰ F. DOURNAUX, « L'appréciation du bien-fondé de la résolution unilatérale », *RDC* 2021, n° 2, p. 8. M. Frédéric Dournaux espère ainsi qu'il y ait « encore place, dans ce nouveau dispositif, pour une résolution unilatérale à coloration morale chaque fois qu'un comportement grave la justifiera, malgré une inexécution diffuse ou d'une gravité modérée ».

¹⁷⁶¹ *Principes du droit européen du contrat*, SLC, 2003, p. 277, Commentaires sous art. 9 : 401.

de Vienne refuse d'assimiler le retard à une inexécution du contrat¹⁷⁶². Selon M. François Chenédé, ce refus se justifierait au regard des modalités de calcul du prix réduit comme prévu par la Convention de Vienne, lesquelles ne seraient pas adaptées à l'exécution tardive¹⁷⁶³. Cet auteur estime par ailleurs que les dommages-intérêts moratoires suffisent à sanctionner le retard d'exécution (article 1231-6 alinéa 1^{er} du Code civil).

La majorité des auteurs ont traité du retard sous l'angle de l'article 1223 du Code civil¹⁷⁶⁴. En réalité, celle-ci doit également être examinée au regard de l'inexécution suffisamment grave de l'article 1224 du Code civil¹⁷⁶⁵, pour laquelle il est, de longue date, admis qu'un retard d'exécution justifie la résolution du contrat¹⁷⁶⁶. De surcroît, l'article 1218 envisage explicitement la résolution du contrat en cas de retard, résultant d'un événement de force majeure, lorsque l'exécution du contrat se révèle dépourvue d'intérêt pour le créancier. Par conséquent, il convient d'assimiler le retard à une inexécution du contrat, mettant ainsi en jeu les articles 1217 et suivants du Code civil.

La correction du déséquilibre économique issu d'un élément perturbateur est donc soumise à la non-imputabilité de celui-ci au créancier de l'obligation.

¹⁷⁶² *Précis de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, 2012, Éd. des Nations Unies, p. 264, n° 3, cité par F. CHENEDE, « La réduction du prix », *RDC* 2017, n° 3, p. 571. L'auteur précise toutefois que le droit allemand bénéficie d'une sanction idoine en la matière, les dommages-intérêts moratoires, justifiant l'exclusion du retard du champ de l'inexécution.

¹⁷⁶³ F. CHENEDE, « La réduction du prix », *op. cit.*

¹⁷⁶⁴ G. CHANTEPIE, « Réduction du prix et résolution par notification », in *La réforme du droit des contrats en pratique*, M. LATINA (dir.), Dalloz, 2017, p. 83 – F. CHENEDE, « La réduction du prix », *op. cit.* – H. BARBIER, « L'exécution et la sortie du contrat », *op. cit.* V. *contra* O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 559.

¹⁷⁶⁵ Les faits de l'arrêt *Chronopost* démontrent en effet que la durée d'exécution constitue parfois un élément essentiel du contrat, le retard faisant perdre tout intérêt au contrat. V. sur ce point Mme Sarah Bros selon laquelle « si ce retard constitue une inexécution grave qui aurait justifié, pour le créancier, la résolution du contrat en l'absence de cas de force majeure, autrement dit si le retard dans l'exécution équivaut à une inexécution grave, laquelle sera appréciée au regard des termes du contrat, la résolution devra également jouer » (S. BROS, « La force majeure », *op. cit.*).

¹⁷⁶⁶ MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier citent ainsi l'exemple suivant : « si un client accepte de payer un prix plus élevé (150 au lieu de 100) une prestation de service afin qu'elle soit fournie le 1er septembre et non le 15 du même mois, et que le débiteur, mal organisé, s'exécute avec quinze jours de retard, le créancier peut réduire le prix à 100 » (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 559).

CONCLUSION DE LA SECTION I

En cas de survenue d'un déséquilibre économique dans l'exécution du contrat, deux sanctions s'offrent à la partie lésée : celle-ci pourra, selon les circonstances, solliciter la résolution ou la révision du contrat. Afin de la guider quant au choix de la solution la plus opportune, l'étude de la nature de l'inexécution conduit pourtant à une impasse, compte tenu des profondes similitudes existant entre les différentes hypothèses.

305. La mise en œuvre des mécanismes de correction du déséquilibre économique dans l'inexécution du contrat est soumise à la preuve du caractère imprévu de celui-ci, c'est-à-dire à sa non-conformité aux prévisions des parties. Cette exigence découle tout naturellement de la loi, en matière d'inexécution du fait de l'une des parties. En vertu de l'article 1105 du Code civil, chacune des parties à un contrat commutatif s'est engagée dans le but d'obtenir une contrepartie. L'inexécution de son cocontractant est par essence imprévue, puisqu'elle se révèle conforme aux engagements des parties.

La partie lésée ne peut, de plus, se prévaloir d'un événement extérieur contre lequel elle aurait pu aisément se prémunir. Une telle exigence est en effet explicitement retrouvée au sein de la force majeure et de l'imprévision. L'appréciation de l'imprévisibilité doit être opérée *in abstracto*, mais de manière circonstanciée. Au-delà, l'objet de cette appréciation est double : l'événement peut être imprévisible dans sa nature, mais aussi dans son ampleur.

306. L'analyse de l'ensemble des hypothèses de correction de l'équilibre économique admises par le droit révèle que l'événement perturbateur de l'équilibre économique ne doit pas être imputable au créancier de l'obligation inexécutée. L'origine de cette inexécution est double. Elle doit, d'une part, pouvoir être imputée à l'autre partie, dans une logique de responsabilité contractuelle. D'autre part, l'inexécution peut être extérieure aux deux parties, constituant dès lors un événement fortuit. Dans cette seconde hypothèse, les prévisions des parties sont modifiées par la survenue d'un nouvel événement ou par la modification des circonstances entourant la formation du contrat.

Les différents cas d'inexécution sanctionnés par le droit disposent donc d'une nature similaire, caractérisée par la non-conformité de l'événement aux prévisions contractuelles des parties, mais également par sa non-imputabilité au créancier de l'obligation inexécutée. La

différence de sanction dès lors engendrée par ces mécanismes n'est pas justifiée par une différence de nature entre ceux-ci. Il convient d'étudier les conséquences de cet événement perturbateur afin de distinguer les cas sanctionnés par la révision, de ceux sanctionnés par la résolution du contrat.

SECTION II

INFLUENCE DE LA PERTE D'UTILITE DU CONTRAT

Le déséquilibre économique dans l'exécution du contrat peut être sanctionné tant par la résolution que par la révision du contrat. Puisque la nature de l'événement perturbateur de l'équilibre économique se révèle insuffisante dans l'identification de la sanction applicable, c'est finalement au sein des effets de l'inexécution qu'il convient de rechercher le critère permettant de justifier l'application d'une sanction plutôt qu'une autre¹⁷⁶⁷.

L'identification du critère de la perte d'intérêt du contrat, à travers l'irrésistibilité de l'inexécution (§1), permettra ainsi de justifier le recours à une sanction plutôt qu'une autre (§2).

§1 – Identification du critère de la perte d'utilité du contrat

La force majeure « empêche l'exécution de son obligation par le débiteur » alors que l'imprévision « rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie ». De même, la mise en œuvre de l'article 1223 du Code civil nécessite une exécution imparfaite, alors que l'article 1224 se révèle plus sévère en exigeant une inexécution « suffisamment grave ». L'opposition de la force majeure à l'imprévision et de l'empêchement suffisamment grave à l'exécution imparfaite révèle que le critère de distinction, justifiant l'application de sanction distincte, réside dans l'irrésistibilité des effets de l'élément perturbateur et, par conséquent, dans la perte d'utilité de la convention : un contrat qui ne peut être exécuté perd tout intérêt.

Il convient donc de distinguer les mécanismes dont l'application nécessite une preuve de l'irrésistibilité de l'inexécution du contrat (I.), de ceux dont pour lesquels celle-ci n'est pas nécessaire (II.).

I. IDENTIFICATION DU CRITERE DE LA PERTE D'INTERET DU CONTRAT

L'étude des effets de l'élément perturbateur de l'équilibre économique révèle une distinction possible entre les hypothèses dans lesquelles celui-ci entraîne une perte totale de

¹⁷⁶⁷ V. en ce sens M. Thomas Genicon selon lequel « pour obtenir la résolution du contrat, il faut d'abord convaincre le juge que le manquement, tel qu'il est, appelle la destruction du contrat. Concrètement, le juge évalue les conséquences de l'inexécution sur la relation contractuelle, à l'égard des contractants eux-mêmes. (...) C'est lorsque le juge estimera que la destruction du pacte est le juste moyen de redresser ses torts qu'il envisagera la résolution » (Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2007, n° 433, p. 313).

l'intérêt du contrat (A.), par opposition à ceux où cette perte n'est que partielle (B.), voire inexistante (C.)

A. Perte d'intérêt intégrale du contrat

L'étude des conditions d'application des articles 1218 et 1224 du Code civil, tous deux sanctionnés par la résolution du contrat (1.) permet d'établir l'existence d'un critère de perte d'utilité du contrat, compte tenu de l'irrésistibilité de l'inexécution (2.).

1. Irrésistibilité de la force majeure

Une interprétation stricte de l'article 1218 du Code civil conduit à retenir une définition restreinte de l'empêchement, réduite aux impossibilités totales d'exécution et synonyme d'irrésistibilité¹⁷⁶⁸.

307. Application de l'article 1218 du Code civil aux empêchements absolus d'exécuter.

– La lettre de l'article 1218 est organisée autour du caractère définitif ou temporaire de l'empêchement. Cette disposition opère en effet une distinction entre les empêchements temporaires qui ne donnent lieu qu'à suspension et les empêchements définitifs qui permettent la résolution du contrat. L'article reste ainsi silencieux quant à la gravité de l'inexécution, pouvant ainsi laisser penser qu'un empêchement mineur, mais définitif, serait susceptible d'entraîner la résolution du contrat dès lors que celui-ci résulterait d'un cas de force majeure. Le projet Terré se révélait plus précis sur ce point, exigeant une inexécution « grave et irrémédiable »¹⁷⁶⁹.

Une telle perspective, contraire à l'esprit du texte, se révèle inopportune et contraire à l'efficacité recherchée par le droit des contrats. L'irrésistibilité de l'inexécution constitue le cœur de la force majeure : ni la suspension ni la résolution ne doivent être mises en jeu au moindre empêchement, qu'importe alors son caractère définitif ou temporaire. Cette interprétation de l'article 1218 serait également contraire à la jurisprudence antérieure à la réforme, laquelle exigeait que l'impossibilité d'exécution soit absolue.

Cette condition d'irrésistibilité est si déterminante qu'elle constitue en réalité la clef de voûte de la force majeure. Une partie de la doctrine aura même soutenu que, dans les relations

¹⁷⁶⁸ L'irrésistibilité sera ici définie comme l'impossibilité du débiteur d'exécuter la prestation à laquelle il est tenu. L'événement doit ainsi être insurmontable, c'est-à-dire que le débiteur ne doit pas pouvoir en dominer les effets (v. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil: les obligations*, 12^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2019, n° 749, p. 811). Il s'agit finalement d'un « phénomène contre lequel on ne peut rien » (F. GREAU, « Force majeure », *Rep. dr. civ.* 2017, n° 66).

¹⁷⁶⁹ Article 101 du projet Terré.

contractuelles, l'irrésistibilité constituait en réalité l'unique critère de la mise en œuvre de la force majeure¹⁷⁷⁰. En effet, l'irrésistibilité d'exécution comporte deux facettes : la première, en aval, est l'impossibilité absolue d'exécuter, la seconde, en amont, la possibilité de prévenir la survenue de l'inexécution¹⁷⁷¹. Dès lors, la condition d'extériorité éclipserait celles d'imprévisibilité et d'extériorité, ces dernières ne constituant plus que des indices d'extériorité. Une telle conception avait ainsi été retenue par plusieurs chambres de la Cour de cassation¹⁷⁷², bien qu'écartée par d'autres¹⁷⁷³. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation se prononça alors, dans deux arrêts, en faveur le maintien de la conception classique de la force majeure et de ses trois conditions¹⁷⁷⁴.

L'article 1218 soumet l'effet libératoire de la force majeure à une impossibilité d'exécution, que celle-ci soit temporaire ou permanente, dès lors qu'elle s'avère totale. La formulation de l'article 1218 du Code civil est également révélatrice, en ce que la sanction réservée à l'inexécution temporaire, la suspension, est modifiée si le retard qui en résulte « justifie la résolution du contrat ». Ainsi, le retard est susceptible d'ôter tout intérêt à l'exécution du contrat, lequel devra alors être résolu. La mise en œuvre de la force majeure nécessite une véritable impossibilité d'exécution, et non une exécution devenue plus

¹⁷⁷⁰ J. MOURY, « Force majeure : éloge de la sobriété », *RTD civ.* 2004, p. 471.

¹⁷⁷¹ À titre d'exemple, v. Cass. civ. 1^{re}, 7 mars 1966, *Bull. civ.* I, n° 166 *JCP* 1966. II. 14878, note J. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1966, p. 823, obs. G. DURRY : « si l'irrésistibilité de l'événement est, à elle seule, constitutive de la force majeure, lorsque sa prévision ne saurait permettre d'en empêcher les effets, il n'en est plus ainsi lorsque le débiteur pouvait normalement prévoir cet événement lors de la conclusion du contrat ». La Cour de cassation exige ainsi que les juges du fond vérifient si toutes les mesures ont bien été prises afin d'éviter l'inexécution.

¹⁷⁷² La Première Chambre civile (Cass. civ. 1^{re}, 9 mars 1994, *Bull. civ.* I, n° 91 ; *JCP* 1994. I. 3773, n° 6, obs. G. VINEY ; *RTD civ.* 1994, p. 871, obs. Ph. JOURDAIN : « si l'irrésistibilité est, à elle seule, constitutive de force majeure, lorsque sa prévision ne saurait permettre d'en empêcher les effets, encore faut-il que le débiteur ait pris toutes les mesures requises pour éviter la réalisation de cet événement », puis Cass. civ. 1^{re}, 6 nov. 2002, *Bull. civ.* I, n° 258 ; *JCP* 2003. I. 152, n° 32, obs. G. VINEY ; *RTD civ.* 2003, p. 301, obs. Ph. JOURDAIN ; *RDC* 2003, p. 59, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK : « la seule irrésistibilité de l'événement caractérise la force majeure », suivie de la Chambre commerciale, (v. Cass. com. 29 mai 2001, n° 98-17.247, *Bull. civ.* IV, n° 109 ; *RTD com.* 2001, p. 699, obs. B. BOULOC ; *Dr. et patr.* déc. 2001, p. 95, obs. F. CHABAS ; *RGDA* 2001, p. 1037, note Ph. REMY) se prononça en faveur de la conception moderne de la force majeure.

¹⁷⁷³ La Chambre sociale (Cass. soc. 12 févr. 2003, 3 arrêts, *Bull. civ.* V, n° 50 ; *RDC* 2003. 59, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK : « la survenance d'un événement extérieur irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite du [contrat de travail] », la deuxième Chambre civile (Cass. civ. 2^e, 13 juill. 2000, n° 98-21.530, *Bull. civ.* II, n° 126 ; *RTD civ.* 2000, p. 847, obs. Ph. JOURDAIN ; *RCA* 2000, n° 324, note H. GROUDEL et Cass. civ. 2^e, 12 déc. 2002, *Bull. civ.* II, n° 287 : « l'imprévisibilité de l'événement [...] est exigée au titre des éléments constitutifs de la force majeure ») et la troisième Chambre civile (Cass. civ. 3^e, 26 févr. 2003, n° 01-16.441, *Bull. civ.* III, n° 46 ; *RDI* 2003. 281, obs. Ph. MALINVAUD) s'opposa à la conception moderne de la force majeure.

¹⁷⁷⁴ Ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168 et 04-18.902, *Bull. A.P.* n° 5 et 6 ; *D.* 2006, p. 1577, note Ph. JOURDAIN ; *D.* 2006. somm. 1933, obs. Ph. BRUN ; *D.* 2006. somm. 2638, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *JCP* 2006. II. 10087, note P. GROSSER ; *RTD civ.* 2006. 775, obs. Ph. JOURDAIN ; *Deffrénois* 2006, p. 1212, obs. E. SAVAUX ; *RDC* 2006, p. 1207, obs. G. VINEY. La solution a ainsi été appliquée par la suite (Cass. civ. 3^e, 23 mars 2017, n° 16-12.870. – Cass. civ. 3^e, 9 juill. 2013, n° 12-17.012 – Cass. civ. 2^e, 2 avr. 2009, 08-11.191).

difficile¹⁷⁷⁵ ou plus onéreuse¹⁷⁷⁶. Il convient de lire l'article 1218 sous le prisme de la gravité de l'inexécution, à l'instar des articles 1223 et 1224 du Code civil et de réserver la résolution de plein droit aux cas d'inexécution particulièrement graves.

308. Irrésistibilité de la force majeure. – Si l'irrésistible constitue le « noyau dur »¹⁷⁷⁷ de la force majeure, tel n'est pas le cas de l'imprévision dont l'imprévisibilité constitue l'élément fondamental. L'article 1218 du Code civil se révèle finalement plus exigeant que l'article 1195, dans la mesure où le critère de l'imprévisibilité est commun aux deux dispositions.

La force majeure constitue un cas particulièrement extrême d'imprévision. Un fabricant dont le coût des matières premières augmente subit l'imprévision, un fabricant dont l'usine est détruite par un incendie subit la force majeure. L'obstacle à franchir n'est pas du même ordre, et seul l'article 1218 du Code civil exige qu'il soit infranchissable. Ainsi, selon M. Fabrice Gréau, « l'événement peut ainsi se voir refuser la qualification de force majeure parce que l'on pouvait en pallier les inconvénients par une exécution par substitution, même plus onéreuse »¹⁷⁷⁸. Dans sa thèse dédiée à l'étude du contrat face à l'imprévu, M. Louis Thibierge propose d'unifier l'imprévision et la force majeure grâce à une distinction selon la gravité de l'imprévu¹⁷⁷⁹. Celui-ci pourrait être simplement « menaçant », conduisant les parties à la renégociation du contrat, ou alors « dirimant » et sanctionné de caducité. Si tel n'a pas été le parti du législateur lors de la réforme de 2016, le raisonnement permet toutefois d'identifier le point de distinction principal entre la force majeure et l'imprévision.

Finalement, ce n'est pas l'irrésistibilité de l'inexécution contractuelle qui justifiera le recours à une sanction plutôt qu'à une autre, mais bien la durée de celle-ci. L'inexécution permanente se verra sanctionnée par la résolution du contrat, tandis que l'inexécution temporaire permettra la suspension de celui-ci.

¹⁷⁷⁵ À titre d'exemple, le personnel de la SNCF aurait pu éviter les effets d'une grève en ayant recours à un autre trajet (Cass. com. 6 mai 1997, n° 94-15.589, *Bull. civ.* IV, n° 127 ; *RTD com.* 1998, p. 196, obs. B. BOULOC) ou l'effritement de la falaise aurait pu être ralenti par des travaux (Cass. civ. 2^e, 17 mars 1993 n° 91-18.731, *Bull. civ.* II, n° 116). À l'inverse, la force majeure est bien caractérisée lorsqu'un individu atteint de schizophrénie en ceinture un autre sur le quai d'un train et se jette sous les rails d'un train, de sorte qu'il ne saurait être reproché à la SNCF de ne pas avoir installé de vitre de protection sur le quai (Cass. civ. 1^{re}, 8 févr. 2018, n° 17-10.516).

¹⁷⁷⁶ L'existence d'une catastrophe naturelle rendant l'exécution du contrat excessivement onéreuse ne caractérise pas pour autant un cas de force majeure (Cass. civ. 3^e, 24 mars 1993, *RTD civ.* 1993, 594, obs. Ph. JOURDAIN).

¹⁷⁷⁷ F. GREAU, « Force majeure », *Rep. dr. civ.* 2017, n° 66.

¹⁷⁷⁸ F. GREAU, « Force majeure », *Rep. dr. civ.* 2017, n° 70.

¹⁷⁷⁹ L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, *Economica*, 2011, n°s 509 et s., p. 306 et s.

Ainsi, la mise en œuvre de l'article 1218 du Code civil est subordonnée à la preuve de l'irrésistibilité de l'inexécution. Une telle condition est également retrouvée au sein de l'article 1224 du même code.

2. Irrésistibilité de l'inexécution suffisamment grave

La formule empruntée par l'article 1224 soumet la résolution du contrat à la preuve d'une inexécution « suffisamment grave », tandis que l'inexécution simplement « imparfaite » de l'article 1223 ne pourra être sanctionnée que par la réduction du prix. Il est ici clair que l'irrésistibilité de l'inexécution du contrat crée une frontière entre les articles 1223 et 1224 du Code civil.

309. Distinction selon la gravité de l'inexécution du contrat. – L'inexécution du débiteur conduit à une modification de l'équilibre économique initialement prévu. Le créancier de la prestation n'obtient pas ce pour quoi il avait versé une certaine somme d'argent, peu importe l'exactitude de l'estimation initialement réalisée. Si l'inexécution du créancier ne saurait être ignorée par le droit, toutes les inexécutions ne permettent pas d'engager l'arsenal législatif issu de la réforme de 2016. Les textes exigent en effet une inexécution d'une certaine gravité. L'article 1217 du Code civil envisage ainsi l'engagement qui n'aurait pas été exécuté, ou l'aurait été imparfaitement. Les dispositions suivantes, propres à chaque article, viennent ensuite affiner l'exigence d'une inexécution totale ou d'une inexécution imparfaite. L'article 1224 du Code civil autorise la résolution du contrat en cas d'inexécution « suffisamment grave », tandis que l'article 1223 du Code civil se révèle d'application plus restreinte n'exigeant qu'une exécution imparfaite afin de réduire le prix. Ces deux dispositions se distinguent donc au regard de l'irrésistibilité de leur inexécution et, par conséquent, de la perte d'intérêt du contrat.

310. Absence de définition de l'inexécution grave. – L'article 1224 du Code civil exige une inexécution « suffisamment grave »¹⁷⁸⁰. Celle-ci paraît donc, sur le spectre de l'inexécution, plus importante que la simple exécution « imparfaite ». Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle l'inexécution est telle qu'elle ôte tout intérêt au contrat. En effet, l'article 1223 a vocation à s'appliquer aux hypothèses dans lesquelles le créancier se contente d'une exécution imparfaite, laquelle se révèle malgré tout utile au créancier. Dès lors, l'article 1224 présente comme point commun avec l'article 1218 du Code civil, relatif à la force majeure, d'exiger l'irrésistibilité de

¹⁷⁸⁰ Cette exigence était classiquement formulée, antérieurement à la réforme, à l'article 1184 du Code civil.

l'inexécution. Si la gravité de l'exécution imparfaite se conçoit aisément, celle du manquement « suffisamment grave » est plus délicate à délimiter¹⁷⁸¹ et aucune définition n'a été apportée par la réforme, contrairement aux préconisations des projets de réforme¹⁷⁸² et des textes européens¹⁷⁸³.

La résolution pour inexécution étant pratiquée antérieurement à la réforme, l'appréciation du caractère suffisamment grave de l'inexécution revenait aux juges du fond. L'inexécution totale donnait ainsi lieu à résolution¹⁷⁸⁴, tout comme une particulière déloyauté. Tant le comportement de l'une des parties que son manquement contractuel étaient finalement sanctionnés. L'inexécution totale ne soulève aucune difficulté particulière, contrairement à l'inexécution partielle ou celle affectant une obligation accessoire. Finalement, M. Philippe Stoffel-Munck théorise le comportement grave en estimant qu'il s'agit du « comportement qui emporte des conséquences graves, et l'essentiel, pour décider du bien ou du mal fondé de la résolution judiciaire, réside dans l'influence des actes du débiteur sur la bonne fin du contrat »¹⁷⁸⁵.

311. Recherche de l'utilité économique suffisante du contrat inexécuté. – L'appréciation de la gravité du comportement ou du manquement nécessitera donc d'appréhender largement

¹⁷⁸¹ Sur ce point, M. Thomas Genicon estime même que « le droit français s'est désintéressé de la question de la définition du manquement résolutoire » (Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, p. 309).

¹⁷⁸² V. sur ce point l'article 109 du projet Terré selon lequel « L'inexécution est grave lorsqu'elle porte sur une obligation dont la stricte observation est de l'essence du contrat. Il en va de même lorsqu'elle prive substantiellement le créancier de ce qu'il pouvait légitimement attendre du contrat, à moins que le débiteur n'ait pas pu prévoir que l'inexécution aurait un tel résultat. L'inexécution intentionnelle est toujours considérée comme grave lorsqu'elle fait présumer que le débiteur n'exécutera pas dans le futur » (C. AUBERT DE VINCELLES, « La résolution du contrat pour inexécution », in *Pour une réforme du droit des contrats*, F. TERRE (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 269. V. également en ce sens l'article 168 du projet de réforme de la chancellerie de 2008 : « lorsque l'inexécution prive le créancier de son intérêt au contrat ».

¹⁷⁸³ Article 9:301 des Principes du droit européen des contrats : « une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution essentielle de la part du cocontractant », l'article 8 :103 estimant l'inexécution essentielle lorsque « la stricte observation de l'obligation est de l'essence du contrat ; l'inexécution prive substantiellement le créancier de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat (...) ; ou l'inexécution est intentionnelle et donne à croire au créancier qu'il ne peut pas compter dans l'avenir sur une exécution de l'autre partie ». – Article 7.3.1 des Principes Unidroit : « Pour déterminer ce qui constitue une inexécution essentielle, on prend notamment en considération les circonstances suivantes : a) l'inexécution prive substantiellement le créancier de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat, à moins que le débiteur n'ait pas prévu ou n'ait pu raisonnablement prévoir ce résultat; b) la stricte exécution de l'obligation est de l'essence du contrat; c) l'inexécution est intentionnelle ou téméraire; d) l'inexécution donne à croire au créancier qu'il ne peut plus compter dans l'avenir sur l'exécution du contrat; e) le débiteur subirait, en cas de résolution, une perte excessive résultant de la préparation ou de l'exécution du contrat ».

¹⁷⁸⁴ Cass. civ. 1^{re}, 28 oct. 2003, n° 01-03.662 ; *RDC* 2004, p. 273, obs. L. AYNES et D. MAZEAUD ; *CCC* 2004, comm. 4, note L. LEVENEUR ; *Deffrénois*, 15 mars 2004, n° 37-894.23, p. 373, obs. R. LIBCHABER ; *Deffrénois*, 15 mars 2004, n° 37894-25, p. 381, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 2004, p. 89, obs. J. MESTRE et B. FAGES – Cass. civ. 1^{re}, 13 mars 2007, n° 06-10.229 ; *JCP G* 2007.I.161, obs. P. GROSSER – Cass. civ. 1^{re}, 20 mars 2014, n° 12-27.943 – Cass. com. 20 nov. 2019, n° 18-12.817.

¹⁷⁸⁵ Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », *op. cit.*

le sort du contrat, et plus précisément sa perte d'utilité. Si l'exécution du contrat ne devait présenter aucune utilité pour le créancier, contrairement aux stipulations contractuelles, la résolution du contrat serait alors pleinement justifiée. Dès lors, des manquements mêmes minimes, mais persistants seraient susceptibles d'engendrer l'anéantissement de la convention. Cette analyse rejoint celle de M. Thomas Genicon au sein de ses travaux de recherche¹⁷⁸⁶ : le juge sera chargé d'apprécier si, une fois l'inexécution survenue, le contrat présente toujours une utilité économique. Il devra alors rechercher l'utilité « suffisante » du contrat, c'est-à-dire « s'il eut mieux valu que le contrat ne fût jamais formé ou poursuivi »¹⁷⁸⁷. Afin de s'aider dans cette tâche délicate et casuistique, M. Thomas Genicon préconise que le créancier puisse comparer la part de la prestation exécutée à la part de la prestation inexécutée, ainsi qu'estimer l'importance du préjudice causé par l'inexécution, tout comme envisager la possibilité et la pertinence d'une exécution future.

L'application de l'article 1224 du Code civil est ainsi subordonnée à la condition d'irrésistibilité de l'inexécution, tout comme la mise en œuvre de la force majeure issue de l'article 1218 du même code. L'application de ces mécanismes suppose donc que le contrat ait perdu tout intérêt économique. Ce faisant, une ligne de partage s'est dessinée au regard de l'article 1223 du Code civil, lequel n'exige qu'une inexécution « imparfaite », dans laquelle l'irrésistibilité n'est que superflue, ainsi que de l'article 1195 dont la mise nécessite l'onérosité excessive de l'exécution du contrat. Finalement, le choix de la réduction du prix plutôt que la résolution lorsque l'exécution du contrat se justifie par la conservation d'un intérêt malgré l'inexécution.

B. Perte d'intérêt partielle du contrat

Les articles 1195 et 1223 du Code civil, respectivement relatifs à la révision pour imprévision et à la réduction unilatérale du prix en cas d'inexécution du contrat, ne formulent aucune exigence d'irrésistibilité de l'inexécution¹⁷⁸⁸. Par conséquent, il semblerait que la perte d'intérêt du contrat ne soit pas nécessaire pour l'application de ces mécanismes. Ainsi, la

¹⁷⁸⁶ Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n^{os} 434 et s., p. 314 et s.. V. également S. PIMONT, *L'économie du contrat*, PUAM, 2004, n^o 442, p. 289 : « la résolution s'impose dans tous les cas où l'exécution du contrat conforme à l'économie voulue par les parties devient impossible ».

¹⁷⁸⁷ À titre d'exemple, M. Thomas Genicon cite un arrêt dans lequel la résolution ne fut pas encourue alors même qu'un manquement à une obligation de résultat pouvait être constaté (Cass. civ. 1^{re}, 4 janv. 2005, n^o 01-17.628 : « les travaux réalisés n'avaient pas été inefficaces puisque l'étang restait en eau »).

¹⁷⁸⁸ Cf. *supra* n^o 309, concernant l'absence d'exigence d'irrésistibilité au sein de l'article 1223 du Code civil, au regard de l'article 1224.

réduction du prix se contente d'une perte d'intérêt moindre, même minimale (1.), tandis que la résolution du contrat n'exige qu'une onérosité excessive (2.).

1. Perte d'intérêt moindre dans la réduction du prix

La mise en œuvre de l'article 1223 du Code civil nécessite une imperfection dans l'exécution du contrat, ne serait-ce que minimale, sans remise en cause de l'intérêt procuré par le contrat.

312. Définition négative de l'inexécution imparfaite. – L'inexécution imparfaite est celle qui, bien qu'incomplète, n'ôte pas son intérêt au contrat. Certes, la pleine utilité du contrat n'est pas obtenue, mais cette atteinte reste minimale¹⁷⁸⁹. M. Thomas Genicon propose d'opérer une distinction entre la pleine utilité et l'utilité effective : « dès lors qu'un écart est creusé au-delà du supportable (...), la résolution doit être prononcée »¹⁷⁹⁰. Le critère de distinction entre l'inexécution grave et l'exécution imparfaite serait donc celui de la gravité suffisante, laquelle peut être définie, selon M. Thomas Genicon, comme « une utilité certes moindre que celle qui était attendue ou méritée (selon l'idée que l'on se fait de l'utilité) mais tout de même assez satisfaisante pour considérer qu'il est préférable que le contrat ait été conclu plutôt que non »¹⁷⁹¹. À titre d'exemple, n'encourt pas la résolution la vente du cabinet dentaire pour laquelle le vendeur avait omis de délivrer quelques meubles¹⁷⁹².

Au-delà de ce travail définitionnel, la notion d'inexécution imparfaite soulève une seconde difficulté, au regard de son ampleur. Il s'agit de déterminer si n'importe quelle inexécution, même minimale, justifierait une réduction du prix¹⁷⁹³. La réponse théorique est positive : puisque le créancier n'a pas obtenu la prestation pour laquelle il a payé, il est opportun

¹⁷⁸⁹ M. Thomas Genicon le souligne, « il est bien rare que l'inexécution n'entame en rien tous les avantages attendus du contrat. Ou alors on en viendrait à dire que l'inexécution conduit toujours à la résolution » (Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 439, p. 317).

¹⁷⁹⁰ Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *ibid.*

¹⁷⁹¹ L'auteur illustre son propos en citant un arrêt dans lequel la Cour de cassation déboutait un particulier de sa demande de résolution de la vente, malgré fuites dans des travaux d'étanchéité d'un étang, au motif que (les travaux réalisés n'avaient pas inefficaces puisque l'étang restait en eau » (Cass. civ. 1^{re}, 4 janv. 2005, n° 01-17.628).

¹⁷⁹² Cass. civ. 1^{re}, 6 janv. 1969, *Bull. civ.* I, n° 3.

¹⁷⁹³ MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier le relèvent, « en dehors de ces deux extrêmes que sont l'exécution parfaite d'un côté et l'absence totale d'exécution de l'autre, aucune limite n'est fixée par le texte. En d'autres termes, la loi n'impose pas un degré minimal de gravité de l'inexécution. Toute exécution "imparfaite" de la prestation, même minimale, peut faire l'objet d'une réduction du prix ». Ces auteurs estiment qu'une telle interprétation serait susceptible de conduire à une modification à la solution préexistante en matière de bail dans le cas du bail « où le preneur pourrait réduire le montant du loyer sans avoir à établir une absence totale de jouissance, ce que la jurisprudence était jusqu'à présent réticente à admettre sur le fondement de l'exception d'inexécution » (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, LexisNexis, 2018, p. 560).

que le contrat puisse être révisé afin de rétablir l'équilibre économique¹⁷⁹⁴. Une telle opération s'avère toutefois délicate à envisager en pratique pour des inexécutions modestes. Afin d'éviter les manœuvres dilatoires, il est ainsi conseillé aux parties d'inscrire au sein de leur convention des clauses permettant d'établir le seuil au-delà duquel l'inexécution sera considérée comme imparfaite. Il revenait, antérieurement à la réforme, aux juges du fond d'estimer si la gravité était suffisamment grave afin de justifier la résolution du contrat. Il devrait en aller de même postérieurement à celle-ci, le pouvoir des juges sur ce point devant, par ailleurs, être étendu l'exécution « imparfaite ».

Au-delà de l'hypothèse d'une exécution partielle du contrat, la perte d'intérêt peut également être la conséquence d'un événement imprévu, venant perturber les prévisions des parties.

2. Absence d'irrésistibilité dans l'imprévision

La délimitation de la condition de l'onérosité excessive posée par l'article 1195 du Code civil (a.) permet de confirmer l'absence de condition d'irrésistibilité de l'inexécution au sein de cette disposition (b).

a. Caractérisation de la condition de l'onérosité excessive

La révision pour imprévision n'est pas de droit, dès lors qu'un déséquilibre économique imprévu surviendrait en cours d'exécution contractuelle. Une telle absence d'exigence porterait nécessairement atteinte à l'intangibilité du contrat. L'application de l'article 1195 du Code civil est ainsi limitée aux hypothèses d'atteinte à la rentabilité extrême, laissant la victime de l'imprévision dans une situation parfaitement inéquitable. Il convient dès lors d'approfondir les notions d'onérosité et d'excès onérosité. L'article 1195 du Code civil vise « l'onérosité » de l'opération. Il s'agit, finalement ici, d'une variation de valeur : l'estimation réalisée par les

¹⁷⁹⁴ V. en ce sens G. PIETTE, « Réforme du droit des contrats et des obligations : la réduction du prix en droit des contrats spéciaux... ou le leurre et l'argent du leurre ? », *Lexbase -La lettre juridique*, mars 2016, n° 546 : « s'agissant de la gravité de l'inexécution (puisqu'une exécution imparfaite est avant tout une inexécution), force est de constater que l'article 1223 n'en a cure. Il y aurait donc lieu de penser qu'aucun degré de gravité n'est requis. Dès lors, une imperfection minimale pourrait suffire pour que le créancier puisse invoquer la réduction du prix ». V. également F. CHENEDE, « La réduction du prix », *RDC* 2017, n° 3, p. 571 : « toute inexécution, même modeste, pourra justifier la réduction, alors minimale, du prix », E. SAVAUX, « Article 1223 : la réduction du prix », *RDC* 2015, n° 3, p. 786 : « aucun degré de gravité n'est exigé, un manquement minimal suffisant, à moins de considérer que le créancier manque à la bonne foi en l'invoquant » et J.-S. BORGHETTI, « À la recherche d'une sanction méconnue de l'inexécution contractuelle : la correction de la mauvaise exécution », in *Mélanges Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 131 : « la règle fondamentale, en cas de mauvaise exécution du contrat ou de son obligation par le débiteur, est que le créancier peut exiger la correction de cette mauvaise exécution, et ce quelle qu'en soit la gravité ».

parties lors de la conclusion du contrat se révèle erronée, compte tenu du changement de circonstance imprévu.

L'exigence formulée par l'article 1195 du Code civil d'une exécution excessivement onéreuse du contrat recourt à une notion-cadre, l'excès. La mise en œuvre de cette disposition nécessite que l'atteinte à l'onérosité soit insupportable, absurde. Si l'exécution du contrat n'est qu'onéreuse, et non « excessivement » onéreuse, alors la révision pour imprévision n'aura pas vocation à jouer. L'onérosité excessive se situe donc en deçà « du coût qui serait tellement déraisonnable qu'il s'apparenterait à l'irrésistibilité de la force majeure »¹⁷⁹⁵, mais bien au-delà du contrat simplement « onéreux », qui coûterait plus qu'il ne rapporte. La formulation employée par la réforme est sur ce point surprenante en ce que, hormis les Principes de droit européen des contrats¹⁷⁹⁶, aucun texte étranger ne formule de telle exigence.

Une définition de l'excès a été établie par les travaux de M. David Bakouche. Ainsi, que l'excès « ne se confond pas avec une simple inégalité ou un simple déséquilibre entre les données à comparer souvent mal aisé à comparer, mais une démesure manifeste, flagrante, évidente (...) la sanction de l'excès n'impliquant pas de revenir sur n'importe quelle opération juridique, mais uniquement sur celles qui, tellement démesurées, apparaissent, telles quelles, intolérables et inacceptables »¹⁷⁹⁷. L'excès d'onérosité ici exigé semble se rapprocher de la *laesio enormis*, c'est-à-dire un écart considérable, et insupportable, entre ce que l'une des parties fournit et ce qu'elle reçoit¹⁷⁹⁸.

Le recours à l'adjectif « excessif » suppose l'introduction d'un rapport de comparaison. L'exécution ne peut être considérée comme excessive qu'au regard d'un second terme. La comparaison, une fois opérée, doit révéler de la « démesure flagrante » entre les prestations. Se pose dès lors nécessairement la question de l'appréciation, objective¹⁷⁹⁹ ou subjective, de ce caractère excessif et des termes de la comparaison.

¹⁷⁹⁵ Ph. STOFFEL-MUNCK, « La réforme en pratique. La résiliation pour imprévision », *AJ Contrat d'affaires*, 2015, p. 262.

¹⁷⁹⁶ Article 6 :111 des PDEC : « Cependant, les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution *devient onéreuse à l'excès* pour l'une d'entre elles en raison d'un changement de circonstances ».

¹⁷⁹⁷ D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 432, 2005, n° 284, p. 265.

¹⁷⁹⁸ Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, n° 2, p. 373. Selon M. Thierry Revet, la réforme permettrait ainsi la résolution d'un cas de lésion survenu au cours de l'exécution du contrat.

¹⁷⁹⁹ M. Jean-Denis Pellier qualifie quant à lui l'appréciation objective de « causaliste », considérant que l'excessivité serait caractérisée « dès lors que l'équilibre initial du contrat est rompu » (v. J.-D. PELLIER, « Réflexion sur l'imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats (observation sur l'article 1196 du projet de réforme) », *LPA* 2015, n° 228, p. 8).

313. Admission de l'onérosité indirecte. – La notion d'onérosité est sujette à deux hypothèses interprétatives distinctes. La première, celle de l'onérosité directe¹⁸⁰⁰, est aisée à admettre : les coûts d'exécution de l'obligation se révèlent trop élevés au regard de ce que reçoit le créancier. Par exemple, le fabricant d'un produit subit une hausse de la matière première. Il est certain que l'article 1195 du Code civil recouvre cette possibilité.

Dans la seconde hypothèse, celle de l'onérosité indirecte, l'onérosité serait excessive dès lors qu'une partie donnerait bien plus qu'elle ne reçoit, sans que le coût de sa propre prestation n'ait augmenté. MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Y.-M. Laithier citent l'exemple suivant : « ainsi en va-t-il de celui qui échange périodiquement une quantité arrêtée de blé contre une quantité arrêtée d'orge lorsque la valeur de l'orge s'effondre subitement sur le marché, tandis que celle du blé se maintient »¹⁸⁰¹. C'est ici la valeur de la contreprestation qui diminue en raison de l'imprévision. Il n'est pas certain qu'une telle hypothèse soit visée par l'article 1165 du Code civil. M. Jean-Sébastien Borghetti se montre toutefois sceptique, car ne il serait « pas évident que l'onérosité excessive doive également couvrir les cas où c'est la valeur de la prestation non monétaire qui chute, comme dans les fameux *coronation cases* du droit anglais, ou encore les hypothèses où cette valeur augmente considérablement sans que le coût d'exécution croisse dans les mêmes proportions, auquel cas le débiteur de la prestation non monétaire subit simplement un manque à gagner »¹⁸⁰².

Pourtant, M. Philippe Stoffel-Munck le relève, « si l'on interprète l'article 1195 à la lumière des projets européens, le DCFR rapporte l'onérosité à la dévalorisation de la créance comme à celui de l'alourdissement de la dette. Les principes Unidroit ne disaient pas autre chose à propos du "Hardship" »¹⁸⁰³. Cet auteur retient finalement une définition « guère exigeante » de l'onérosité, estimant ainsi que « il faut vraisemblablement comprendre "l'onérosité" comme un rapport coût/avantage négatif. Elle serait caractérisée par la différence entre la valeur de ce que l'on fournit et la valeur de ce que l'on reçoit. Par suite, l'exécution du contrat deviendrait "onéreuse" au sens de l'article 1195 aussitôt qu'elle coûterait plus qu'elle

¹⁸⁰⁰ Cette distinction entre l'onérosité directe et indirecte est empruntée à MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier, lesquels renvoient à la doctrine italienne (V. Roppo, *Il contratto*, p. 1021).

¹⁸⁰¹ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article, op. cit.*, p. 396. Les auteurs estiment ainsi que « le premier réflexe est de considérer que l'événement ne rend pas l'exécution de la prestation du débiteur "excessivement onéreuse"... Pourtant, l'esprit du texte devrait permettre d'attirer également à lui cette hypothèse ».

¹⁸⁰² J.-S. BORGHETTI, « La force obligatoire des contrats », *Dr. et. patr.* 2016, n° 258.

¹⁸⁰³ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* 2016, p. 30.

ne rapporte »¹⁸⁰⁴. MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Y.-M. Laithier partagent également cette opinion, l'expliquant par le fait que « la perte vient, indirectement, du fait que le coût inchangé de la prestation n'est plus compensé par un enrichissement »¹⁸⁰⁵. L'onérosité serait ainsi appréciée directement au regard des coûts d'exécution, mais également indirectement compte tenu, non pas du coût d'exécution de la prestation, mais de la valeur de la contreprestation fournie. Finalement, l'onérosité peut être assimilée à la notion de profit, lorsque l'une des obligations initiales devient plus onéreuse pour l'une des parties¹⁸⁰⁶.

Seules ces données-là devraient toutefois être prises en compte. M. Nicolas Molfessis s'interrogeait en effet sur le point de savoir s'il convenait de tenir compte de « la durée restant à courir du contrat » et des « projections qui pourraient corriger la situation »¹⁸⁰⁷. Sur ce point, M. Thierry Revet estime que « il semble rationnel de partir de ce que le contractant devait recevoir de l'autre durant tout le temps d'exécution du contrat, et non du profit qu'il espérait dégager à partir de ce que l'autre partie lui aurait fourni, et de comparer ces prévisions initiales à la situation consécutive au changement de circonstances »¹⁸⁰⁸. Le manque à gagner doit ainsi être exclu du cadre de la révision pour imprévision, car « on ne s'appauvrit pas d'un enrichissement manqué »¹⁸⁰⁹. Finalement, dans l'imprévision, le critère repose finalement davantage sur l'imprévisibilité de la variation de valeur, que de la survenue de l'événement en lui-même.

Une fois la notion d'onérosité déterminée, il convient d'en apprécier l'éventuel excès. La condition d'excessive d'onérosité paraît donc s'éloigner de la notion d'irrésistibilité et, par conséquent, de la perte d'utilité du contrat.

¹⁸⁰⁴ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *op. cit.* Les principes Unidroit envisagent en effet l'onérosité sous l'angle de l'augmentation des coûts de production, mais également de la diminution de la valeur de la contreprestation.

¹⁸⁰⁵ Les auteurs reprennent l'exemple développé précédemment à propos d'un échange de blé et d'orge : « dans une analyse purement patrimoniale (focalisée sur le bénéfice réalisé par l'opération d'échange), les situations sont similaires : celui qui fournit le blé (à la valeur de marché inchangée) ne s'appauvrit pas par cette exécution isolément considérée, certes. Mais ce coût d'exécution inchangé n'est plus absorbé dans la même mesure par l'enrichissement reçu en retour (la valeur de l'orge) qui, lui, s'est effondré » (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 396).

¹⁸⁰⁶ L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004, n° 26, p. 26.

¹⁸⁰⁷ N. MOLFESSIS, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *JCP G* 2015, n° 52, p. 1415.

¹⁸⁰⁸ Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *op. cit.*

¹⁸⁰⁹ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 396. Les auteurs affirment ainsi que « admettre le contraire serait transformer l'article 1195 en un instrument de réallocation des profits, garantissant une sorte de mutualisation des enrichissements ».

314. Appréciation circonstanciée des termes de la comparaison. – L’excès peut faire l’objet d’une appréciation tant objective, que subjective. Selon M. Guillaume Wicker, l’onérosité « pourrait être appréciée par rapport à l’équilibre contractuel initialement convenu. La condition serait alors considérée comme étant remplie lorsque, du fait du changement de circonstances, la contrepartie reçue apparaît illusoire, soit qu’elle soit désormais excessivement faible, soit que n’ayant pas changé, elle soit devenue sans rapport avec la prestation fournie en raison de l’augmentation du coût de cette dernière. À l’opposé, il pourrait être avancé que l’onérosité de l’exécution doit être caractérisée par rapport à la situation de la partie qui subit les conséquences du changement de circonstances, de sorte qu’elle serait remplie si le maintien du contrat en son état initial devait la conduire à la ruine »¹⁸¹⁰. M. Philippe Stoffel-Munck résume la problématique en ces mots : « pour le dire autrement, faut-il tenir compte des facultés du débiteur pour apprécier l’excès ? »¹⁸¹¹.

Retenir une appréciation *in concreto* de l’excessivité conduirait à ce que « le seuil de déclenchement du mécanisme varie en fonction de la surface financière de la partie concernée »¹⁸¹². Il est en effet probable qu’une entreprise rencontrant des difficultés juge l’exécution du contrat onéreusement excessive plus rapidement qu’une entreprise florissante¹⁸¹³. Il serait sévère, voire inéquitable, de ne pas tenir compte du contexte qui entoure la situation du débiteur¹⁸¹⁴. Toutefois, retenir une appréciation subjective de l’excès d’onérosité pourrait conduire à refuser le recours à la révision pour imprévision à tous les débiteurs largement *in bonis*. Ce faisant, une condition non formulée par le texte serait ajoutée à l’article 1195 du Code civil.

MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier estiment qu’il est délicat de trancher entre une appréciation subjective ou objective de l’excès, la décision relevant davantage du politique que du juridique : « dans le premier cas [appréciation objective], le mécanisme de correction prévu à l’article 1195 est une mesure de correction de l’injustice

¹⁸¹⁰ G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d’ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.* 2015, p. 1557.

¹⁸¹¹ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L’imprévision et la réforme des effets du contrat », *op. cit.*

¹⁸¹² J.-S. BORGHETTI, « La force obligatoire des contrats », *op. cit.* : « assez bas pour une modeste PME, il ne serait jamais atteint pour une très grande entreprise aux reins particulièrement solides ».

¹⁸¹³ M. Philippe Stoffel-Munck envisage ainsi l’hypothèse qu’une « multinationale comme Total pourrait donc être sujette à un contrat dont l’exécution deviendrait excessivement onéreuse » (Ph. STOFFEL-MUNCK, « La réforme en pratique. La résiliation pour imprévision », *op. cit.*).

¹⁸¹⁴ M. Pascal Ancel le souligne à propos de la révision des clauses pénales, « il existe aussi un contexte propre à chaque espèce dont il n’est guère possible de faire abstraction » (v. P. ANCEL, « Clause pénale », *Rep. dr. civ.* 2019, n° 81).

contractuelle ; dans le second, il répond à un élan de compassion pour une personne courant à sa perte (c'est un mécanisme de grâce) »¹⁸¹⁵.

M. Philippe Stoffel-Munck et M. Jean-Sébastien Borghetti préconisent à l'inverse l'établissement d'un seuil objectif au-delà duquel l'exécution devient excessive, à l'instar des pratiques jurisprudentielles en matière de clause pénale¹⁸¹⁶. M. Charles Gijsberg se réfère également à la jurisprudence rendue en matière de marché à forfait, que les juges s'autorisent à réviser à partir d'un seuil objectif de 25 %¹⁸¹⁷. M. Guillaume Wicker le souligne, « il ne s'agit pas ici de trancher le débat »¹⁸¹⁸, car aucune solution n'est pleinement satisfaisante. L'appréciation de l'onérosité pourrait être ainsi objective, à l'aide d'un seuil, tout en faisant preuve de souplesse et en tenant compte de la situation du débiteur. Le rôle de la Cour de cassation doit ici être précisé. Si l'évaluation de l'équivalence des membres de la comparaison relève du pur fait, et donc de l'appréciation souveraine des juges du fond, la Cour reste tenue de vérifier la pertinence de la méthode de comparaison utilisée.

Compte tenu de la définition apportée à l'onérosité excessive, il est ainsi possible d'affirmer que l'article 1195 du Code civil ne formule aucune condition d'irrésistibilité de l'inexécution et, par conséquent, de perte d'intérêt du contrat.

¹⁸¹⁵ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article, op. cit.*, p. 399. Les auteurs affirment ainsi que « admettre le contraire serait transformer l'article 1195 en un instrument de réallocation des profits, garantissant une sorte de mutualisation des enrichissements ».

¹⁸¹⁶ La jurisprudence prévoit que l'appréciation de l'excès est souverainement laissée aux juges du fond, la Cour de cassation ne contrôlant que la motivation (Cass. civ. 3^e, 12 janv. 2011, n° 09-70.262, *RDI* 2011, p. 220, obs. B. BOUBLI ; *RDI* 2011, p. 231, obs. J.-Ph. TRICOIRE ; *RTD civ.* 2011. 122, obs. B. FAGES). Les juges utilisent un raisonnement objectif, en comparant le montant de la peine avec le préjudice réellement subi : une trop grande disproportion témoigne ainsi d'un déséquilibre manifeste. À titre d'exemple, la jurisprudence a ainsi constaté une disproportion manifeste justifiant la révision de la clause pénale qui prévoyait que les arrérages versés par le crédirentier à hauteur de 840.000 F demeuraient acquises de plein droit à titre d'indemnité en cas de la résolution de la vente. En effet, le préjudice subi par le débirentier, justifiant la mise en œuvre de la clause, résidait dans le non-paiement de cinq échéances de loyer par le crédirentier. Cass. com. 27 nov. 2002, n° 00-21.347. Une solution inverse a toutefois été retenue par un autre arrêt, en matière de crédit-bail, au motif que « la nature de l'investissement ayant pour caractéristique de permettre la disposition de locaux correspondant aux besoins spécifiques du crédit-preneur, le caractère manifestement excessif de l'indemnité de résiliation n'était pas établi » (Cass. civ. 3^e, 11 mai 2004, n° 02-20.797).

¹⁸¹⁷ C. GIJSBERG, « La révision du prix », *RDC* 2017, n° 3, p. 564. L'auteur cite à titre d'exemple l'arrêt Cass. civ. 3^e, 26 juin 2002, n° 00-19.265.

¹⁸¹⁸ G. WICKER, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *op. cit.*

b. Absence de condition d'irrésistibilité au sein de l'imprévision

La condition d'irrésistibilité est bien absente de l'imprévision, si bien que la mise en œuvre de l'article 1195 n'est pas subordonnée à une perte d'intérêt totale du contrat. La distinction entre l'irrésistible et le résistant se révèle toutefois délicate à mettre en œuvre.

315. Absence d'irrésistibilité de l'imprévision. – La mise en œuvre de l'article 1195 du Code civil est enfermée dans certaines conditions et toutes les hypothèses de déséquilibre économique postérieur à la formation du contrat n'ouvrent pas à la révision pour imprévision. L'événement imprévu doit perturber l'exécution du contrat en rendant son exécution excessivement onéreuse. Une inexécution totale n'est donc pas exigée par cet article, dont la mise en œuvre ne nécessite que des difficultés d'exécution, ces dernières devant être d'ordre économique. L'élément imprévu doit simplement porter atteinte à la rentabilité économique du contrat venant ainsi se distinguer de l'inexécution matérielle totale exigée par la force majeure.

La condition d'onérosité excessive n'est pas retrouvée au sein du projet Catala, lequel exigeait, en son article 1135-1, que le contrat perde tout intérêt pour l'une des parties¹⁸¹⁹. Le législateur a donc délibérément abandonné cette exigence, inspiré par le droit européen qui recourt également à la condition de l'excessive onérosité¹⁸²⁰ ainsi que par le projet Terré¹⁸²¹. M. Dominique Fenouillet estime ainsi que le projet Catala serait trop strict, au motif qu'il « impose la disparition de l'intérêt au contrat (le bouleversement de l'équilibre contractuel semble suffisant, ce que recouvre la notion d'exécution devenue excessivement onéreuse) » et que le critère de la perte d'intérêt serait « trop flou »¹⁸²².

¹⁸¹⁹ Article 1135-1 de l'avant-projet Catala : « dans les contrats à exécution successive ou échelonnée, les parties peuvent s'engager à négocier une modification de leur convention pour le cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles ».

¹⁸²⁰ Article 6 :111 des PDEC (« une partie est tenue de remplir ses obligations, quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué ») et article 97 du Code Gandolfi (« même si le débiteur est en retard dans l'exécution de la prestation due ou que celle-ci n'a été exécutée que partiellement, on ne pourra considérer qu'il y a eu inexécution dès lors que sont produits précédemment des événements extraordinaires et imprévisibles qui ont rendu excessivement, onéreuse l'exécution et qui, par conséquent, comme le prévoit l'art. 157, donnent au débiteur le droit d'obtenir une nouvelle négociation du contrat »).

¹⁸²¹ Article 92 du projet Terré : « les parties sont tenues de remplir leurs obligations même si l'exécution de celles-ci est devenue plus onéreuse ».

¹⁸²² D. FENOUILLET, « Les effets du contrat entre les parties », in *Pour une réforme du droit des contrats*, F. TERRE (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 243.

Par conséquent, seuls quelques cas d'imprévision justifieront la mise en œuvre de l'article 1195 : les plus graves, les plus injustes, les plus inextricables¹⁸²³. M. Jean-Sébastien Borghetti estime que « l'article 1195 aura sans doute très peu l'occasion d'être appliqué »¹⁸²⁴. Sur ce point, M. Nicolas Molfessis relève que c'est « dans l'édition de ces strictes conditions, et donc dans leur respect, que l'article apparaît pertinent et justifié »¹⁸²⁵. Le degré d'entrave de l'imprévision est subtil et se distingue de celui résultant d'un événement de force majeure, permettant d'établir une gradation des perturbations de l'équilibre contractuel.

Le risque d'inexécution visée par l'article 1195 du Code civil est moins grave que celui de l'article 1218, en ce qu'il est matériellement possible d'exécuter le contrat, mais que celui-ci n'est plus rentable économiquement pour l'une des parties. L'impossibilité d'exécuter est ici matérielle, et non économique¹⁸²⁶. Le recours à l'imprévision est en effet dépourvu de sens si l'exécution contractuelle est devenue impossible : les parties n'ont alors d'autre choix que de recourir à la résiliation du contrat, ou à sa suspension le cas échéant, le temps que les circonstances reviennent à la normale. Si l'entrave est totale, alors la partie lésée aura davantage intérêt à se prévaloir de l'article 1218 du Code civil, relatif à la force majeure. Cette distinction peut toutefois se révéler délicate à mettre en œuvre, en ce que « naturellement, il y a parfois une ligne très mince entre une exécution qui n'est possible qu'avec des efforts totalement déraisonnables et une exécution qui est seulement très difficile même si elle peut conduire à la faillite du débiteur »¹⁸²⁷. Les principes Unidroit contournent cette difficulté en offrant le choix quant au remède à la victime de l'imprévu et précisant que si la partie « invoque la force majeure, c'est pour justifier l'inexécution de sa prestation. Si elle invoque le hardship, c'est en

¹⁸²³ L'avant-projet Catala est révélateur sur ce point, l'article 1135-1 subordonnant la mise en œuvre de la résiliation pour imprévision aux « cas où il adviendrait que, par l'effet des circonstances, l'équilibre initial des prestations réciproques fût perturbé au point que le contrat perde tout intérêt pour l'une d'entre elles ». Le choix de la sanction, la résiliation, se révèle toutefois partiellement inadapté (cf. *infra* n° 320).

¹⁸²⁴ J.-S. BORGHETTI, « La force obligatoire des contrats », *op. cit.* V. également en ce sens M. Philippe Chauviré, selon lequel « le risque de voir de nombreux contrats remis en cause sur le fondement de l'imprévision paraît particulièrement mince. L'expérience du droit administratif conforte encore ce sentiment » (également Ph. CHAUVIRE, « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 2015, n° 120, p. 29).

¹⁸²⁵ N. MOLFESSIS, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *op. cit.*

¹⁸²⁶ La force majeure se rapproche finalement d'une disparition de l'objet de l'obligation, tandis que l'imprévision conduit à une disparition de la cause de l'obligation en cours d'exécution du contrat.

¹⁸²⁷ DCFR, Commentaire sous l'article III. – 1 :110. Sur ce point, M. Jean-Christophe Roda propose l'exemple suivant : « Un exemple permet d'illustrer cette idée. Un chef d'entreprise décide de louer les services d'un chauffeur privé qui doit se tenir à sa disposition durant toute une semaine. Au troisième jour, à la suite d'un événement réellement imprévisible, le véhicule est détruit. On pourrait être tenté de dire qu'il s'agit ici d'une situation de force majeure, car, sans véhicule, le contrat ne peut plus être exécuté. Mais, ne pourrait-on pas exiger du chauffeur qu'il loue un véhicule pour continuer sa mission ? L'exécution ne serait plus impossible mais elle deviendrait beaucoup plus onéreuse pour le prestataire. La force majeure pourrait ainsi cacher l'imprévision » (J.-Ch. RODA, « Réflexions pratiques sur l'imprévision », in *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 69).

premier lieu en vue de renégocier les clauses du contrat afin de permettre au contrat de continuer à exister avec des clauses révisées ». Cette interprétation vient ainsi souligner que l'article 1195 constitue un terrain propice pour un remède distinct à celui prévu en matière de force majeure : la révision.

Il convient donc de distinguer la simple perte d'intérêt du contrat, de l'imprévision et, enfin, de la force majeure. L'onérosité excessive se situe donc en deçà « du coût qui serait tellement déraisonnable qu'il s'apparenterait à l'irrésistibilité de la force majeure¹⁸²⁸ », mais bien au-delà du contrat simplement « onéreux », qui coûterait plus qu'il ne rapporte. Le critère de l'onérosité excessive est finalement à double tranchant, en ce qu'il exclut, d'une part, les simples difficultés et, d'autre part, l'impossibilité d'exécution. Comme le soulignent MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier, « l'exécution impossible n'est ni l'exécution plus difficile, ni l'exécution plus coûteuse »¹⁸²⁹. C'est donc le degré de gravité du déséquilibre économique qui permet de déterminer le remède applicable¹⁸³⁰.

Il semblerait dès lors qu'un critère de perte d'intérêt du contrat se dégage : absent dans l'imprévision et l'exécution imparfaite, celui-ci subordonne la mise en œuvre de la force majeure et de l'inexécution suffisamment grave. Il convient dès lors d'en délimiter les contours.

C. Maintien d'un véritable intérêt du contrat

Le critère de la perte d'intérêt justifie l'exclusion de l'exécution forcée en nature du champ de cette étude, laquelle ne constitue pas une sanction du déséquilibre économique.

316. Subordination de l'exécution forcée en nature au maintien de l'intérêt du contrat.

– L'article 1221 du Code civil traite de l'exécution forcée du contrat. Contrairement aux articles 1195, 1218 et 1226, sa mise en œuvre ne requiert aucune gravité particulière de l'inexécution, seule une mise en demeure préalable étant exigée par le texte. Par conséquent, l'exécution forcée du contrat peut être appliquée à toute inexécution, à l'instar de ce qui est prévu à l'article 1223 du Code civil.

¹⁸²⁸ Ph. STOFFEL-MUNCK, « La réforme en pratique. La résiliation pour imprévision », *op. cit.*

¹⁸²⁹ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article, *op. cit.*, p. 538.

¹⁸³⁰ MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier estiment ainsi que « une solution plus équilibrée aurait consisté à appliquer dans pareille situation la réduction du prix au sens de l'article 1223 et, par voie de conséquence, à réserver le jeu de la résolution de plein droit au cas d'inexécution d'une gravité suffisante » (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article, *op. cit.*, p. 539).

Le mécanisme de l'exécution forcée en nature se rapprocherait alors de celui de la réduction du prix pour inexécution. Une différence fondamentale les distingue pourtant. En effet, l'article 1223, tout comme les articles 1195, 1218 et 1226, exigent une irrésistibilité de l'inexécution, tandis que l'exécution forcée n'est, au contraire, envisageable que tant que l'exécution du contrat l'est. En effet, l'article 1221 précise que l'exécution forcée en nature du contrat n'est possible qu'à la condition que l'exécution soit possible.

L'article 1221 formule, de plus, une seconde limite, en ce que l'exécution forcée en nature ne saurait être appliquée lorsque celle-ci serait manifestement disproportionnée eu égard au coût de la prestation pour le débiteur et à son intérêt pour le créancier¹⁸³¹. Le recours à l'exécution forcée en nature¹⁸³² est donc subordonné à la comparaison de deux termes : le coût de l'exécution pour le débiteur, et son intérêt pour le créancier¹⁸³³. M. Yves-Marie Laithier relève, cette disposition ne donne pas au juge le pouvoir d'apprécier l'équilibre économique initial du contrat, le juge étant simplement chargé d'apprécier si le coût de l'exécution présente un intérêt au regard des attentes du créancier¹⁸³⁴. Ainsi, le coût pour le débiteur s'appréciera objectivement au regard des dépenses à effectuer en vue de l'exécution forcée¹⁸³⁵, tout comme

¹⁸³¹ Si cette exception est novatrice, M. Paul Grosser relève toutefois que « la prise en compte du coût de l'exécution forcée en nature n'est pas en effet totalement inconnue en droit positif. D'abord, l'article L. 211-9 du code de la consommation relatif à la garantie de conformité prévoit que le vendeur (professionnel) n'est pas lié par le choix de l'acheteur (consommateur) entre les deux modalités de mise en œuvre de son droit d'exiger la conformité du bien au contrat (réparation et remplacement) lorsque ce choix entraînerait un coût manifestement disproportionné par rapport à l'autre modalité, compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut, il nous semble que la jurisprudence précitée relative au droit à l'exécution du créancier présente quelques nuances qui tiennent notamment à la porosité de la frontière entre l'exécution en nature et la réparation en nature. En, en effet, que la « sanction » demandée par le créancier soit qualifiée de mesure de réparation en nature et non d'exécution en nature pour que le juge retrouve le pouvoir d'apprécier l'opportunité de la mesure, notamment au regard de son coût pour le débiteur et de son intérêt pour le créancier, et de lui substituer une réparation pécuniaire puisqu'il est de jurisprudence constante que les juges du fond apprécient souverainement les modalités de la réparation. Enfin, l'émergence récente d'un principe de proportionnalité dans des contentieux contractuels liés à des démolitions d'ouvrages révèle également que les juges ne sont pas totalement insensibles à des impératifs d'ordre économique » (P. GROSSER, « L'exécution forcée en nature », *AJCA* 2016, p. 119).

¹⁸³² Ce critère de la proportionnalité du coût aux intérêts du créancier est également retrouvé au sein de l'article 1222 alinéa 1^{er} du Code civil, lequel envisage l'exécution par un tiers ou la destruction de ce qui a été exécuté, aux frais du débiteur. Ces mesures ne sont donc envisageables que lorsque l'exécution du contrat conserve une utilité certaine.

¹⁸³³ Une telle opération intellectuelle n'est pas sans rappeler la notion d'excessive onérosité présente à l'article 1195 du Code civil (cf. *supra* n^{os} 313 et s.).

¹⁸³⁴ Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *RDC* 2016, p. 39 : « ce qui importe, c'est le coût de l'exécution forcée elle-même. Par exemple, un cédant de parts sociales récalcitrant ne peut pas se prévaloir d'un coût disproportionné au motif que le prix convenu est insuffisant et qu'il aurait pu conclure une meilleure affaire ultérieurement ».

¹⁸³⁵ Sur ce point v. MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina, selon lesquels « craignant que le texte soit lu comme « une incitation pour le débiteur à exécuter son obligation de manière imparfaite toutes les fois où le gain attendu de cette inexécution sera supérieur aux dommages et intérêts qu'il pourrait être amené à verser », le législateur a précisé, à l'occasion de la loi de ratification, que le débiteur devait être de bonne foi » (G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz,

l'intérêt du créancier, lequel devra toutefois être apprécié largement¹⁸³⁶. *In fine*, « l'exécution forcée ne devrait être écartée qu'en présence d'un coût, sinon exorbitant, du mois considérable pour le débiteur, au regard d'un intérêt, non pas inexistant, mais tout de même insignifiant pour le créancier »¹⁸³⁷.

Cette exception à l'exécution forcée en nature corrobore donc l'absence d'exigence d'irrésistibilité de l'inexécution, puisque l'absence de gravité constituera un indice de l'absence d'intérêt du créancier¹⁸³⁸. Ainsi, « la solution retenue révèle nettement l'influence d'une analyse de l'utilité économique entraînée par l'exécution du contrat, appréciée au regard du créancier. (...) si la disproportion est manifeste, le créancier devra se contenter d'un autre remède, par exemple la résolution du contrat, assortie de la réparation du préjudice subi »¹⁸³⁹.

L'inexécution forcée ne constitue donc pas une alternative à la résolution et à la résolution du contrat, ces mécanismes étant hiérarchisés, la première s'opposant aux seconds. En effet, l'exécution forcée du contrat a vocation à s'appliquer lorsque celui-ci trouve encore une utilité dans son exécution, à la différence de la résolution et de la révision du contrat.

II. DELIMITATION DU CRITERE DE LA PERTE D'INTERET DU CONTRAT

Le choix entre la résolution et la révision du contrat repose sur le critère de la perte d'intérêt de celui-ci. Dès lors que la convention est dépourvue d'intérêt compte tenu de l'élément perturbateur, il conviendra de le résoudre, et inversement. Au sein de son étude dédiée

2018, n^{os} 638, p. 587 et s. La citation de ces auteurs est elle-même empruntée au Rapport fait par M. F. Pillet au nom de la commission des lois du Sénat (n^o 22, 11 oct. 2017), p. 70). V. également M. François Chenédé, lequel préconise d'apprécier strictement le coût de la prestation, excluant la situation financière du débiteur (F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – innovations – perspectives*, 2^e éd. Dalloz, 2018, n^o 128.112, p. 146). V. *contra* N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: rendu public le 25 février 2015: commentaire article par article*, Dalloz, 2015, p. 130 : « (...) le rapport entre son intérêt propre (dont on ne sait encore s'il s'appréciera de manière objective ou subjective) et le coût pour le débiteur (qui s'appréciera peut-être au regard de sa situation patrimoniale) est disproportionné (...) ».

¹⁸³⁶ V. en ce sens M. François Chenédé, selon lequel « en visant l'«intérêt» et non la «valeur» de la prestation, l'article 1221 encourage à tenir compte de l'ensemble des avantages escomptés par le créancier, à charge pour lui de convaincre de leur réalité » (F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – innovations – perspectives*, *op. cit.*, n^o 128.112, p. 146).

¹⁸³⁷ F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – innovations – perspectives*, *op. cit.*, n^o 128.112, p. 146. V. également en ce sens P. GROSSER, « L'exécution forcée en nature », *AJCA* 2016, p. 119.

¹⁸³⁸ V. en ce sens M. Paul Grosser selon lequel « on peut penser notamment que le caractère minime de l'inexécution et/ou du préjudice causé au créancier pourront constituer des indices, parmi d'autres, de l'absence d'intérêt du créancier et, rapportés au coût de la mesure d'exécution pour le débiteur, d'une disproportion manifeste » (P. GROSSER, « L'exécution forcée en nature », *op. cit.*).

¹⁸³⁹ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n^{os} 638, p. 587 et s.

à l'étude de la résolution en tant que sanction de l'inexécution¹⁸⁴⁰, M. Thomas Genicon analyse le critère de l'utilité du contrat, définissant tout d'abord l'utilité économique avant d'en envisager la mesure.

317. Notion d'utilité économique. – Selon l'auteur, la résolution serait choisie parce que le contrat est devenu inutile. La résolution aurait alors une fonction économique, laquelle « invite à isoler l'opération par le contrat et que les parties recherchent en se mettant en relation (transférer la propriété d'un bien, assurer la distribution des produits, assurer la jouissance d'un logement, construire une maison, prodiguer des conseils efficaces de tout ordre, organiser un voyage etc.), pour faire du succès ou de l'échec de cette opération le critère de la résolution pour inexécution »¹⁸⁴¹.

M. Thomas Genicon relève toutefois l'ambiguïté du critère de l'utilité économique. Celle-ci est d'abord fortement empreinte de subjectivité, car l'utilité économique « est susceptible de renvoyer à des appréciations fort différentes les unes des autres, qui ne procèdent pas de la même logique et qui ne conduisent pas aux mêmes résultats. (...) On se doute par exemple que l'utilité du contrat ne sera pas définie de la même façon par le courant libéral que par le courant solidariste »¹⁸⁴². L'auteur propose alors trois conceptions distinctes de l'utilité : convenue, subjective et objective. La première se mesurera par référence au projet mutuel¹⁸⁴³, la deuxième à l'intérêt du créancier¹⁸⁴⁴ et la troisième à celle définie librement par le juge (constituant un « savant dosage des deux premières »)¹⁸⁴⁵. L'auteur semble pencher pour une utilité objective « celle précisément que le juge donne au contrat en s'affranchissant notamment de la volonté des cocontractants. Mais il ne faut pas sous-estimer le respect naturel que peuvent

¹⁸⁴⁰ Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*

¹⁸⁴¹ Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 434, p. 314.

¹⁸⁴² Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 436, p. 315.

¹⁸⁴³ Il s'agit de l'utilité « définie et assignée au contrat par les parties lors de l'échange des consentements (Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, nos 465 et s., p. 332 et s.). Il conviendra d'effectuer une recherche au « conditionnel passé » afin de s'appuyer sur ce que les parties auraient souhaité lors de l'échange des consentements (G. CORNU, « Centenaire », *D.* 1959, p. 219, cité par l'auteur). Une telle analyse est souvent retrouvée en jurisprudence, lorsque sont, par exemple, pris en compte « les éléments en vertu duquel la vente avait été conclue » (Cass. civ. 1^{re}, 20 févr. 1996, *Bull. civ.* I, n° 103). Cette approche naturelle et réaliste présente toutefois l'inconvénient d'être inapplicable dans le silence du contrat.

¹⁸⁴⁴ Plus précisément, cette méthode nécessite de rechercher l'intérêt actuel du créancier victime de l'inexécution, permettant dès lors de tenir compte des mobiles de ce dernier, au-delà des éléments convenus au contrat. Cette méthode risque toutefois de favoriser les comportements opportunistes par Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, nos 472 et s., p. 338 et s.).

¹⁸⁴⁵ Cette hypothèse est réservée à l'hypothèse de la résolution judiciaire, compte tenu de l'impossibilité des parties d'apprécier subjectivement le contrat. Le juge va alors redéfinir le contenu de la convention en tenant compte de l'évolution des circonstances lors de son exécution (Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, nos 476 et s., p. 340 et s.).

avoir ces dernières à l'égard de ce qu'ont voulu les parties, surtout lorsque aucune circonstance particulière ne leur semble justifier de s'en écarter »¹⁸⁴⁶.

318. Mesure de l'utilité. – La perte d'intérêt du contrat doit faire l'objet d'une appréciation. Comme le souligne clairement M. Thomas Genicon, « l'échec est complet et irrémédiable »¹⁸⁴⁷. Afin de parvenir à cette conclusion, l'auteur suggère de recourir à différents critères : la comparaison de la part de la prestation exécutée à la part de la prestation inexécutée¹⁸⁴⁸, l'importance du préjudice causé par l'inexécution¹⁸⁴⁹, la possibilité et la pertinence d'une exécution future¹⁸⁵⁰, la nature de l'objet du contrat et l'activité des parties¹⁸⁵¹, l'intensité et la

¹⁸⁴⁶ Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 436, p. 316.

¹⁸⁴⁷ Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 438, p. 316.

¹⁸⁴⁸ Dans cette hypothèse, une balance doit être effectuée entre ces deux éléments, l'utilité étant appréciée au regard de la mesure du chemin parcouru : « pour savoir s'il y a lieu de prononcer la résolution d'un contrat portant sur un spectacle qui n'a pas pu aller à son terme, il faudra examiner son point d'avancement : plus le spectacle sera avancé lorsque survient son interruption, moins la résolution risquera d'être prononcée » (Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2007, n° 444, p. 320). Est cité, à titre d'exemple, un arrêt dans lequel les vendeurs n'avaient versés que 750 000 F sur le prix de 2 400 000 F (Cass. civ. 1^{re}, 8 nov. 1961, *Bull. civ. I*, n°516). A l'inverse, n'encourt pas la résolution la vente du cabinet dentaire pour laquelle le vendeur avait omis de délivrer quelques meubles (Cass. civ. 1^{re}, 6 janv. 1969, *Bull. civ. I*, n° 3). L'auteur relève toutefois que cette méthode n'est pas applicable aux prestations qui ne se prêtent pas au fractionnement, comme les soins apportés par un professionnel de santé.

¹⁸⁴⁹ Selon M. Genicon, le préjudice révélerait, par effet de miroir, l'inutilité du contrat. La convention serait ainsi vidée de son intérêt compte tenu du préjudice ressenti par la victime. L'auteur cite ainsi l'exemple d'un contrat de transport maritime qui prévoyait la livraison d'un stock de marchandises à Brest. La livraison est pourtant effectuée à Bordeaux. Or, le créancier ne souffrira d'aucun préjudice, dans la mesure où le marché bordelais lui permettra également d'écouler la marchandise. Dès lors, la résolution ne saurait être encourue. Autres exemples cités par l'auteur : Aix-en-Provence, 15 oct. 2004, n° 02/09598 (résolution de la vente d'un chariot élévateur « en raison des conséquences graves pour l'acquéreur (perturbation importante de son activité professionnelle) », Cass. com. 26 juin 1980, *Bull. civ. IV*, n° 277 (résolution de la vente d'un chaîne de lavage en raison du « dommage subi par l'acquéreur du fait de l'immobilisation et de la non-utilisation pendant plusieurs années de l'appareil »). V. Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n°s 446 et s., p. 321 et s.

¹⁸⁵⁰ Ce critère ne saurait donc être employé en matière de force majeure, puisque la force majeure temporaire ne fait que suspendre l'exécution du contrat. Dans cette optique, il conviendra d'envisager une possibilité de complément d'exécution, ou d'exécution en son entier le cas échéant, et ce dès lors qu'une exécution future est envisageable. Ici, selon M. Thomas Genicon, la valeur de l'offre d'exécution serait donc à mettre en relation avec l'appréciation de l'utilité du contrat (Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 450, p. 325). L'auteur cite, à titre d'exemple, la résolution d'une vente, plus de six ans après sa conclusion, dans laquelle les vendeurs n'avaient payé qu'une faible partie du prix après avoir obtenu un délai de trois ans de la part du vendeur (Cass. civ. 1^{re}, 22 déc. 1965, *Bull. civ. I*, n° 734).

¹⁸⁵¹ Compte tenu de la nature de l'objet du contrat (comme des denrées périssables), il se peut qu'une exécution immédiatement parfaite soit nécessaire. Les difficultés d'exécution sont en effet difficilement compréhensibles pour les biens meubles, particulièrement les biens de consommation (Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 455, p. 327). De même, l'activité des parties peut se révéler déterminante : un commerçant se contentera plus facilement d'un défaut car il pourra revendre le bien à moindre prix, venant ainsi compenser son préjudice. Selon l'auteur, les ventes commerciales seraient ainsi plus résistantes à l'inexécution de ses obligations par l'une des parties (Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 456, p. 329).

durée de la relation créée par le contrat¹⁸⁵² et l'utilité avérée du contrat¹⁸⁵³. L'auteur précise toutefois que l'ensemble de ces critères ne se suffisent pas à eux-mêmes et doivent être utilisés cumulativement, l'ensemble restant bien évidemment soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond en la matière¹⁸⁵⁴.

L'étude des effets de l'élément perturbateur sur l'équilibre convenu par les parties permet ainsi d'identifier une différence entre les mécanismes prévus par le droit, justifiant le recours à des sanctions distinctes selon la perte, ou non, d'intérêt du contrat.

§2 – Adaptation de la sanction à la perte d'intérêt du contrat

La victime de l'inexécution se voit offrir, par les différentes options (imprévision, force majeure, inexécution imputable au créancier du prix), le choix entre deux sanctions alternatives, la révision ou la résolution du contrat. Le choix de la partie sera guidé par la perte d'intérêt du contrat (I.). Si les sanctions paraissent finalement hiérarchisées au regard de la gravité de l'inexécution perpétrée, le créancier doit toutefois pouvoir exercer son choix selon les circonstances de l'espèce (II.).

II. CHOIX DE LA SANCTION AU REGARD DE LA PERTE D'UTILITE DU CONTRAT

Ainsi, le contrat dépourvu d'utilité doit être anéanti (A.) À l'inverse, le contrat encore doté d'utilité ne pourra être que révisé (B.).

A. Anéantissement du contrat totalement dépourvu d'intérêt

Le contrat dépourvu d'intérêt du fait de l'inexécution, de l'imprévision ou de la force majeure devra être anéanti. Les articles 1195, 1218 et 1226 et suivants envisagent expressément la résolution.

¹⁸⁵² M. Thomas Genicon rappelle l'importance de la dimension humaine d'une relation contractuelle. Ainsi, le défaut d'utilité sera plus facilement caractérisé dans une relation impersonnel qu'au sein d'une relation de confiance (Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 458, p. 329).

¹⁸⁵³ M. Thomas Genicon souligne enfin que l'utilité du contrat peut être appréciée au regard de son utilité avérée, et non son utilité convenue lors de la formation du contrat. Ainsi, la résolution d'un contrat portant sur la pose d'une moquette a été refusé au motif que, malgré les nombreux défauts lors de la pose, la résolution n'avait été demandée que très tardivement si bien que « cet usage perpétué pendant plusieurs années ne permet pas aujourd'hui de prononcer la résolution de la vente » (Pau, 13 mai 2002, JCP 2002.IV .2922, p. 2145). L'auteur souligne que si cette hypothèse se rapproche de la renonciation tacite à la résolution, le manque d'empressement démontre surtout que le contrat, bien que mal exécuté, n'a pas été inutile (Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 460, p. 331).

¹⁸⁵⁴ M. Thomas Genicon ne manque d'ailleurs pas de relever le caractère profondément casuistique du critère de l'utilité du contrat (Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, op. cit., n° 460, p. 331).

Il convient toutefois de distinguer selon l'imputabilité de l'exécution, ou non, au débiteur. Si l'inexécution est imputable au débiteur, la résolution s'impose, sans aucune discussion (1.). En revanche, certains ont envisagé, à tort, l'application de la caducité en cas d'inexécution non fautive, c'est-à-dire en matière d'imprévision et de force majeure (2.).

1. Résolution en cas d'inexécution imputable au débiteur

Lorsque l'inexécution est imputable au débiteur, la résolution du contrat sera encourue.

319. Opportunité de la résolution en cas d'inexécution imputable au débiteur. – Compte tenu des circonstances, il convient de libérer le débiteur de tout engagement et de prononcer la résolution du contrat¹⁸⁵⁵. Carbonnier le souligne, « un contrat qui traîne dans l'inexécution ou la mauvaise exécution est un organisme mort dont il vaut mieux débarrasser l'économie : les forces vives du contrat capable d'exécuter pourront ainsi se remployer rapidement ailleurs »¹⁸⁵⁶. La solution est radicale, mais s'avère opportune, compte tenu du contexte. Ainsi, « le contrat est liquidé, car l'objet qu'il porte a échoué : le projet des contractants ne s'étant pas réalisé, il y a lieu de mettre à bas l'opération portée par le contrat »¹⁸⁵⁷. M. Augustin Aynès se révèle catégorique quant à l'opportunité de cette solution : « si l'inexécution est totale, une simple réduction du prix n'est pas un remède approprié ! »¹⁸⁵⁸. La résolution constitue finalement une mesure « d'assainissement »¹⁸⁵⁹. Il n'y aurait pas lieu ni de modifier l'équilibre économique du contrat par la révision ni d'inciter les parties à la négociation, compte tenu de la disparition de l'intérêt de l'exécution contractuelle¹⁸⁶⁰. À l'instar de l'annulation du contrat en cas de déséquilibre, la résolution pour inexécution pose des problèmes de restitution, contribuant à relancer le débat sémantique quant à la distinction existant entre la résolution et résiliation.

La résolution du contrat constitue ainsi une sanction adaptée lorsque l'inexécution, entraînant une perte totale d'intérêt du contrat, est imputable au débiteur de l'obligation. Une

¹⁸⁵⁵ Si l'article 1195 du Code civil utilise l'expression « mettre fin au contrat », il s'agit bien d'une référence à la résolution judiciaire.

¹⁸⁵⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil. Les biens. Les obligations*, II, PUF, coll. Quadrige, 2004, n° 81, p. 338.

¹⁸⁵⁷ Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 434, p. 314.

¹⁸⁵⁸ A. AYNES, « Les remèdes unilatéraux (résolution unilatérale, réduction du prix) », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 113. V. également en ce sens M. Eric Savaux selon lequel « une baisse de prix [n'a] pas de sens en l'absence totale de prestation » (E. SAVAUX, « Article 1223 : la réduction du prix », *RDC* 2015, n° 3, p. 786).

¹⁸⁵⁹ C. ATIAS, *Précis élémentaire du contentieux contractuel*, 3^e éd., Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2006, n° 184, p. 144. À cela, M. Thomas Genicon rajoute : « le contrat est liquidé, car l'opération qu'il porte a échoué : le projet des contractants ne s'étant pas réalisé, il y a lieu de mettre à bas son pendant juridique, c'est-à-dire le contrat » (Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 434, p. 314).

¹⁸⁶⁰ Sur ce point, v. L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, *Economica*, 2011, n°s 835 et s, p. 472 et s.

sanction identique est encourue lorsque l'inexécution n'est pas imputable à celui-ci, bien que ce choix se révèle plus contesté.

2. Résolution en cas d'inexécution non imputable au débiteur

Les articles 1218 et 1195 du Code civil prévoient l'application de la résolution aux contrats frappés de force majeure et d'imprévision. Si ce choix s'avère contesté, le recours à une sanction alternative, la caducité, s'avère tout aussi insatisfaisant.

320. Contestations doctrinales à l'application de la résolution à la force majeure. – M. Fabrice Gréau estime la résolution « mal taillée » à l'hypothèse de la force majeure¹⁸⁶¹. L'auteur souligne tout d'abord l'incohérence des textes sur ce point : si l'article 1224 énumère les hypothèses de résolution (clause résolutoire, unilatérale, judiciaire), il reste toutefois silencieux quant à l'hypothèse de la résolution de plein droit, justement visée à l'article 1218¹⁸⁶². Par ailleurs, l'article 1229 prévoit que la résolution du contrat s'appliquera au jour de la notification ou au jour de la résolution judiciaire. La résolution de l'article 1228 étant de plein droit, elle prend donc effet à la date où l'événement de force majeure a véritablement rendu l'exécution du contrat impossible.

M. Fabrice Gréau relève également l'inopportunité de l'un des effets de la résolution du contrat à la force majeure lorsque la chose objet du contrat aura été détruite par force majeure. En effet, la formulation retenue par l'article 1218 du Code civil doit être nuancée, en ce que la résolution « de plein droit » encourue en cas de survenue d'un événement de force majeure n'est pas systématique. La disparition fortuite de l'objet du contrat et, *a fortiori*, la perte de l'intérêt de celui-ci est, parfois, dépourvue de tout effet de droit dans les contrats translatifs de propriété. MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier le soulignent, « l'effet d'une telle perte dépend en réalité de l'identité du contractant sur lequel pèsent les risques »¹⁸⁶³. L'application de la règle *res perit domino* s'oppose ainsi à la résolution de plein droit du contrat, puisque le débiteur sera toujours tenu de fournir la prestation convenue, malgré la disparition de l'objet du contrat.

¹⁸⁶¹ F. GREAU, « Force majeure » *Rep. dr. civ.* 2017, n° 98.

¹⁸⁶² Cet oubli est ainsi jugé « étonnant » par Mme Sarah Bros (S. BROS, « La force majeure », *Dr. et patr.*, 2016, n° 259). Sur ce point M. N. Hage-Chahine estime que l'article 1218 du Code civil « a pour conséquence d'exclure l'inexécution provenant de la force majeure du domaine d'application de la résolution judiciaire prévue aux articles 1224 et suivants du code. Il en résulte une distinction entre la résolution consécutive à l'inexécution imputable au débiteur et celle qui résulte d'une inexécution provenant de la force majeure » (N. HAGE-CHAHINE, « Résolution - résiliation », *Rep. dr. civ.* 2021.

¹⁸⁶³ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article, op. cit.*, p. 539.

Au-delà, l'article 1351-1 alinéa 2 du Code civil applique en effet la règle *res perit domino*. Selon celle-ci, le débiteur est libéré de son obligation de livrer la chose, mais doit malgré tout « céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose », telle qu'une indemnité d'assurance. L'article 1351-1 alinéa 2 sous-entend le maintien du contrat¹⁸⁶⁴. Or, l'article 1218 dénoue le lien contractuel qui liait les parties. Le débiteur est libéré de plein droit et n'a pas vocation à céder, malgré tout, les droits et actions attachés à la chose détruite du fait de la force majeure. Finalement, le créancier devra choisir entre, d'une part, le maintien du contrat, accompagné du bénéfice de l'article 1351-1 alinéa 2 du Code civil, et, d'autre part, la résolution de celui-ci, laquelle entraînera le jeu des restitutions.

321. Proposition de recours à la caducité. – Mme Sarah Bros préconise alors le recours à la caducité, plutôt qu'à la résolution du contrat¹⁸⁶⁵. La caducité¹⁸⁶⁶ constitue la sanction apportée à un contrat valablement formé dont l'un des éléments essentiels aurait disparu (article 1186 du Code civil). En cas de force majeure, l'objet du contrat aurait ainsi disparu fortuitement ou serait devenu impossible à exécuter. L'article 1187 prévoit alors que la caducité met alors fin au contrat. Concernant les effets de la caducité, la doctrine estime traditionnellement que celle-ci n'est pas rétroactive. En effet, la cause de la caducité étant postérieure à la formation du contrat, celui-ci reste valable pendant la période intermédiaire. Pourtant, le second alinéa de l'article 1187 envisage des restitutions postérieures au prononcé de la caducité du contrat¹⁸⁶⁷, laquelle présente l'intérêt de permettre « d'attacher à l'effet juridique de la disparition du contrat un effet matériel, qui restaure l'équilibre entre les patrimoines des contractants »¹⁸⁶⁸. Il s'agit toutefois d'une possibilité et non d'une obligation, la caducité n'étant pas rétroactive¹⁸⁶⁹. La

¹⁸⁶⁴ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, op. cit., p. 479.

¹⁸⁶⁵ Une telle proposition avait déjà été retenue, antérieurement à la réforme, au sein des travaux de M. Louis Thibierge (L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, op. cit., n° 835, n°s 836 et s., p 473 et s.) et de M. Paul-Henri Antomattei (P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 220, 1992, n° 236, p. 168).

¹⁸⁶⁶ Y. BUFFELAN-LANORE, *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, LGDJ, 1963 – N. FRICERO-GOUJON, *La caducité en droit judiciaire privé*, thèse Nice, 1979 – C. PELLETIER, *La caducité des actes juridiques en droit privé*, L'Harmattan, coll. « logiques juridiques », 2004 – R. CHAABAN, *La caducité des actes juridiques*, LGDJ, 2006.

¹⁸⁶⁷ Des restitutions postérieures à la caducité avait déjà été admise par la jurisprudence (Cass. com. 5 juin 2007, n° 04-20.380 ; *Bull. civ.* IV, n° 156 ; *JCP* 2007. II. 10184, note Y.-M. SERINET ; *RLDC* 2008, n° 2802, note N. MARTIAL-BRAZ ; *RTD civ.* 2007. 569, obs. B. FAGES) et avait même été retenue plus explicitement par l'article 89 du Projet Terré (« la caducité produit effet, suivant les cas, rétroactivement ou pour l'avenir seulement ») et 1131 alinéa 2 de l'avant-projet Catala, lequel a inspiré le projet Terré.

¹⁸⁶⁸ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 499, p. 445.

¹⁸⁶⁹ Sur ce point, v. N. DISSAUX, « Contrat : formation -Sanction des conditions », *Rep. dr. civ.* 2021, n° 262 : « une simple faculté est offerte au juge d'adapter les effets de la caducité aux cas d'espèce. Mais quels cas ? Telle est la question. Voilà une sanction à géométrie variable. Même nature, mais régime différent ».

faculté offerte au juge d'ordonner des restitutions dérogatoires à la suite du prononcé de la caducité aurait ainsi vocation à s'exprimer en cas de force majeure¹⁸⁷⁰. Plutôt qu'une démission législative, il s'agirait, selon MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier d'une « délégation législative »¹⁸⁷¹ : le législateur laisse à la jurisprudence le soin d'élaborer le régime de la caducité et de déterminer les cas dans lesquels les restitutions s'imposent.

322. Obstacles à l'application de la caducité aux contrats déséquilibrés par un élément imprévu et non imputable au débiteur. – Si le silence de l'article 1224 du Code civil quant à la résolution de plein droit du contrat sème le doute, il serait inopportun et, de surcroît *contra legem*, d'appliquer la caducité à la force majeure. Tout d'abord, compte tenu des grandes similarités entre l'imprévision et la force majeure, lesquelles se distinguent uniquement au regard de la nature de l'impossibilité d'exécution (économique pour la première, matérielle pour la seconde), retenir des sanctions distinctes serait incohérent. La jurisprudence a, en effet, traditionnellement refusé d'appliquer la caducité pour défaut de cause en matière d'imprévision¹⁸⁷². Il semble, dès lors, difficile d'admettre la caducité pour défaut d'objet en cas de force majeure. La force majeure et l'imprévision doivent être envisagées du point de vue l'inexécution du contrat, et non de la formation de celui-ci.

L'argument principal réside, de plus, dans la possibilité de rééquilibrer le contrat caduc à l'aide des restitutions, lorsque le juge l'estimera nécessaire. Or, il est fort probable que ces cas fassent également l'objet de restitution grâce à l'article 1229 du Code civil, au regard du critère de l'utilité effectivement réalisée. Dès lors, le recours pratique à la flexibilité de l'article 1187 du Code civil ne semble plus se justifier.

¹⁸⁷⁰Le rapport au Président de la République vient ainsi préciser que « l'ordonnance prévoit donc que la caducité met fin au contrat, mais, dans un souci pragmatique, ne tranche pas la question de la rétroactivité : celle-ci n'est pas exclue dans certaines hypothèses puisque la caducité peut donner lieu à restitutions. Il appartiendra aux juges d'apprécier l'opportunité de la rétroactivité en fonction des circonstances de chaque espèce ».

¹⁸⁷¹O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article, op. cit.*, p. 408.

¹⁸⁷²Cass. com. 29 juin 2010, caducité du contrat pour défaut de cause : « l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat comme voulu par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution ». V. *contra* Cass. com. 18 mars 2014 : « la cause de l'obligation constituant une condition de la formation du contrat, la cour d'appel, appréciant souverainement la volonté des parties, a considéré que celle-ci résidait dans la mise à disposition de la marque et non dans la rentabilité du contrat ; que par ce seul motif, la cour d'appel a justifié sa décision », rejetant le pourvoi invoquant la caducité pour défaut de cause.

La résolution du contrat s'affirme donc comme la sanction permettant l'anéantissement du contrat en cas de déséquilibre économique faisant perdre toute utilité à la convention. À l'inverse, la révision constitue la sanction du contrat présentant encore une utilité.

B. Révision du contrat partiellement doté d'utilité

Le contrat victime de l'imprévision ou d'une inexécution imparfaite n'est pas dépourvu d'intérêt : il demeure encore envisageable de le sauver. La révision du contrat en assure l'efficacité économique et sert tant les intérêts économiques des parties¹⁸⁷³ que l'intérêt général¹⁸⁷⁴. La révision du contrat présente ainsi l'intérêt de sortir de la dualité classique existant entre l'exécution forcée et la révision du contrat, offrant «une nouvelle voie au créancier désireux de voir se poursuivre l'exécution du contrat tout en sanctionnant l'inexécution»¹⁸⁷⁵. Dès lors, la révision s'impose comme sanction caractéristique de l'inexécution, au détriment de la force obligatoire du contrat. Si une telle solution ne soulève pas de difficulté en cas d'inexécution imputable au créancier du prix (1.), l'admission de la révision pour imprévision s'est révélée plus controversée, bien que tout à fait justifiée (2.).

1. Pour inexécution

L'admission de la réduction du prix pour inexécution se révèle une solution opportune à la perte d'intérêt partielle du contrat

323. Admission controversée de la révision du contrat inexécuté, au détriment de la force obligatoire. – La révision du contrat soulève une difficulté particulière en droit positif, en ce qu'elle porte atteinte à la force obligatoire du contrat. Ce principe, énoncé désormais à

¹⁸⁷³ K. DE LA ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 476, 2006, n° 537, p. 330 : « la perte d'un contrat peut en effet avoir des conséquences dramatiques pour une certaine branche d'activité ». L'auteure cite ainsi Monsieur Jean-Charles Boulay, selon lequel il est certain que « dans le choix de la sanction, entreront en ligne de compte les relations des parties, aussi bien dans les relations antérieures que les perspectives de collaboration future » (J.-Ch. BOULAY, *La conformité des biens dans la vente de meubles corporels. Etude comparative*, Th. Paris II, 1979, n° 350, p. 667).

¹⁸⁷⁴ K. DE LA ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat*, *op. cit.*, n° 537, p. 330 : « rarement en effet, la vente représente une opération isolée. Bien au contraire, elle se tisse dans un ensemble de rapports, dans des groupes de contrat, de sorte que la disparition de l'un peut être fatale pour toute une branche de l'économie. (...) La réfaction participe (...) à la satisfaction de l'intérêt général, elle représente une sorte de stabilité dans les relations contractuelles, véritable technique au service de la force obligatoire du contrat dans la mesure où elle aboutit à l'exécution de celle-ci ». M. Jean Deprez le souligne également, « malgré son utilité, la destruction des actes juridiques n'est pas conforme à l'idéal du Droit. La ruine d'un contrat est toujours un échec, une perte de temps, de substance et d'énergie, une perturbation apportée à la vie économique » (J. DEPPEZ, « Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XVII, Dalloz, 1964, p. 28).

¹⁸⁷⁵ Ph. JOURDAIN, « À la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 449. L'auteur poursuit de la sorte : « à chaque fois que l'inexécution est de faible importance et que l'exécution présente encore un intérêt économique pour le créancier, celui-ci peut en effet légitimement préférer le maintien du contrat à sa disparition ; la réfaction assurera sa survie en rétablissant un équilibre des obligations ».

l'article 1103 du Code civil, impose non seulement une contrainte juridique au débiteur de l'obligation, qui est tenu de s'exécuter, mais, également, un principe d'immutabilité du contrat. La vigueur du lien obligationnel découle directement de la volonté des parties et n'est qu'un corollaire de la théorie de l'autonomie de la volonté. L'obligation doit être exécutée telle qu'elle aura été convenue par les parties lors de la formation du contrat. Le contenu du contrat ne peut être modifié *a posteriori*, ni par une partie seule ni par le juge lequel est également soumis à l'article 1103 du Code civil. Seule une modification conventionnelle du contrat demeure envisageable, les parties pouvant toujours modifier *a posteriori* ce qu'elles avaient autrefois convenu. En l'absence d'accord toutefois, la force obligatoire du contrat s'oppose à une quelconque modification du contenu contractuel. Autoriser la révision du contrat, unilatérale ou judiciaire, en cas d'inexécution porte atteinte à un principe fondamental du droit français. Face à un contrat inexécuté, le droit se trouve soumis à un dilemme : il peut porter atteinte à la force obligatoire du contrat en le révisant, ou la respecter et résoudre le contrat. Cette seconde solution est celle retenue par les pays de *common law*, dont la philosophie réside davantage dans la libération des contractants insatisfaits afin d'obtenir l'exécution de l'obligation par une tierce personne¹⁸⁷⁶.

Le droit français se révèle davantage attaché à la force obligatoire du contrat, en témoigne la faveur faite à l'exécution forcée en nature au détriment de l'exécution forcée en équivalent. La résolution du contrat est perçue comme l'atteinte ultime à la force obligatoire du contrat et se révèle d'application limitée aux hypothèses particulièrement graves. La révision du contrat était quant à elle traditionnellement ignorée, à l'exclusion de la réduction judiciaire des honoraires des mandataires et de la révision du prix dans les ventes commerciales (article 50 de la Convention internationale de Vienne sur la vente internationale de marchandises), de la révision des ventes immobilières (manquement du vendeur à son obligation de délivrance conforme, article 1617 du Code civil) de l'action estimatoire dans la garantie des vices cachés (article 1644 du Code civil) et de la révision des baux commerciaux (articles L. 145-33 et suivants du Code de commerce). La jurisprudence se révélait ainsi très attachée à l'intangibilité

¹⁸⁷⁶ Pour cela, le juge effectuera un « *adequacy test* », afin d'identifier la sanction la plus adéquate. La résolution du contrat est toutefois plus systématique en droit anglais et l'attribution des dommages-intérêts pour « *loss of bargain* » (perte d'intérêt), si bien que la *common law* favorise l'exécution forcée en équivalent (« *compulsion* ») contrairement au droit français, favorable à l'exécution forcée en nature.

du contrat¹⁸⁷⁷, bien que, au fil du temps et sous l'influence du droit européen¹⁸⁷⁸, un élargissement du domaine de la révision, ainsi qu'un assouplissement des conditions de mise en œuvre de celle-ci puisse être constaté, conduisant à une facilitation de son prononcé¹⁸⁷⁹. En clair, l'obligation n'ayant pas été exécutée comme convenu, l'atteinte portée à la force obligatoire du contrat doit être relativisée¹⁸⁸⁰.

La possibilité de réduire le prix pour inexécution est apparue tardivement en matière d'imprévision¹⁸⁸¹, bien plus que concernant l'inexécution au sens strict. Bien que l'introduction de cette dernière ne soit toutefois pas en reste, puisqu'elle était ignorée par l'avant-projet Catala et par celui, gouvernemental, de 2008, elle fut envisagée dès le projet Terré qui, le premier, affirma²²²² la généralisation de la réfaction du contrat¹⁸⁸², en harmonie avec les articles 113 du Code européen des contrats (code Gandolfi), 9 :104 des Principes européens de droit des contrats (principes Lando) et III-3 :601 du Cadre commun de référence pour le droit des contrats (DCFR), dont il emprunte certains traits. L'admission de la révision du prix pour inexécution du contrat constituerait ainsi, selon M. Alain Bénabent, l'innovation la plus importante de la réforme¹⁸⁸³.

324. Bénéfices de la révision du contrat déséquilibré. – La révision du contrat constitue une solution en demi-teinte, respectueuse de la force obligatoire du contrat en ce qu'elle permet sa survie, mais faisant preuve de souplesse en tenant compte des difficultés d'exécution, en le

¹⁸⁷⁷ Civ. 6 mars 1876, D. 1876, 1, 193, note A. GIBOULOT ; *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13^e éd., Dalloz, 2015, n° 165, p. 172.

¹⁸⁷⁸ Articles 50 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, 113 du Code européen des contrats, 9 :104 des Principes européens de droit des contrats (principes Lando) et III-3 :601 du Cadre commun de référence pour le droit des contrats (DCFR).

¹⁸⁷⁹ Sur ces points, v. Ch. ALBIGES, « Le développement discret de la réfaction du contrat », in *Mélanges Cabrillac*, Litec, 1999, p. 3.

¹⁸⁸⁰ V. en ce sens M. Denis Mazeaud selon lequel, « imparfaitement exécuté, le contrat n'est donc plus unilatéralement intangible et le créancier peut, à titre de nouveau remède de l'inexécution, modifier unilatéralement sa prestation contractuelle » (D. MAZEAUD, « Droit des contrats : réforme à l'horizon ! », D. 2014. 291, n° 15).

¹⁸⁸¹ Cf. *infra* n°s 357 et s. concernant le rôle coercitif du juge en la matière.

¹⁸⁸² V. en ce sens P. REMY-CORLAY, « La réduction du prix », in *Pour une réforme du droit des contrats*, F. TERRE (dir.), Dalloz, 2009, p. 267. M. Christophe Albigès estime, à propos de cette généralisation de la réfaction pour inexécution, qu'il s'agit d'une remise en cause de la jurisprudence de la Cour de cassation quant à la fausseté partielle de la cause (Cass. civ. 1^{re}, 31 mai 2007, précité cf. *supra* n° 244, v. Ch. ALBIGES, « L'inexécution du contrat », in *La réforme du droit des contrats : actes de colloque, 1^{ère} journée Cambacérès*, Université de Montpellier, 2015, p. 181).

¹⁸⁸³ A. BENABENT, *Droit des obligations*, 16^e éd., LGDJ-Lextenso, Précis Domat, 2017, n° 375, p. 298. Une telle analyse est confirmée par MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina, selon lesquels la « sanction spéciale, la réfaction (...) du prix est devenue une sanction générale, au moins dans l'hypothèse d'un prix qui n'a pas été totalement payé » (G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations: commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 643, p. 595). M. Nicolas Dissaux estime quant à lui, à l'inverse, que l'article 1223 ne fait finalement que simplifier la procédure de révision indirecte via le versement de dommages-intérêts (N. DISSAUX, « Les nouvelles sanctions en matière contractuelle », *AJ Contrat* 2017, p. 10.

remodelant de manière rétroactive¹⁸⁸⁴. Comme le soulignent MM. Boris Starck, Henri Roland et Laurent Boyer, «refuser le rééquilibrage du contrat, n'est-ce pas s'exposer à ce qu'il soit inexécuté par impossibilité financière d'y satisfaire ? Au contraire, autoriser sa révision, c'est rendre tolérable son exécution ; ce qui est à la fois servir la sécurité et rendre justice »¹⁸⁸⁵. La révision du contrat se révèle finalement conforme aux prévisions à long terme des parties, puisqu'elle évite son anéantissement¹⁸⁸⁶ et permet d'assurer un contrat équilibré pour l'avenir. La stabilité du contrat est donc favorisée sur la force obligatoire. *In fine*, la révision du contrat contribue à rééquilibrer économiquement celui-ci, en permettant la « réestimation d'un ouvrage, d'un travail en fonction des circonstances ou d'une modification des prévisions ; [la] réévaluation [la] fixation d'un nouveau prix »¹⁸⁸⁷. Celles-ci ont contracté dans un but déterminé, lequel sera atteint grâce à la révision du contrat, et ce malgré les difficultés survenues en cours d'exécution. La révision permet également d'anticiper les difficultés liées à une inexécution irrésistible. En effet, le refus de rééquilibrer le contrat risque de mener, à terme, à son inexécution définitive.

La révision du contrat inexécuté, pourtant dépourvu d'intérêt, s'inscrit dans la logique du droit des contrats moderne, laquelle réserve la résolution aux inexécutions particulièrement graves. Ainsi, « le contrat ne doit pas être anéanti à la légère, ce que montre également le régime de la force majeure temporaire (art. 1218, al. 2) ou la généralisation de la réduction du prix (art. 1223) »¹⁸⁸⁸. Finalement, la révision du contrat s'affirme comme un instrument rétablissant l'équilibre rompu et permet au contrat d'être partiellement exécuté malgré l'inexécution partielle du cocontractant »¹⁸⁸⁹.

¹⁸⁸⁴ Ch. ALBIGES, « Le développement discret de la réfaction du contrat », in *Mélanges Cabrillac*, Litec, 1999, p. 3.

¹⁸⁸⁵ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil. Les obligations*, 2, Litec, 1998, n° 1421.

¹⁸⁸⁶ V. en ce sens M. Christophe Albigès, citant M. Gérard Cornu : la révision du contrat « est un mécanisme qui permet non seulement au juge, qui définit la réfaction comme le mécanisme qui permet « sans anéantir le contrat, [de] tenir compte du manquement d'une partie pour diminuer l'obligation corrélative à l'autre » (G. CORNU, « Le règne discret de l'analogie », *Mélanges offerts à A. Colomer*, Litec, 1993, p. 129, cité par Ch. ALBIGES, « Le développement discret de la réfaction du contrat », *op. cit.*). V. également M. Gaël Chantepie, selon lequel « contrairement à la résolution du contrat, la réduction du prix ne rompt pas le lien contractuel entre les parties. Son effet est plus limité, puisque le créancier bénéficie seulement d'un ajustement du montant du prix payé, ou à payer, à la valeur de la prestation fournie » (G. CHANTEPIE, « Exécution du contrat », *Rep. dr. civ.* 2020, n° 228).

¹⁸⁸⁷ A. BENABENT, *Les obligations*, 6^e éd., Monchrestien, coll. Domat, 1997, n° 402.

¹⁸⁸⁸ Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *op. cit.*

¹⁸⁸⁹ M. MEKKI, « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 2015, n° 120, p. 37.

La réduction du prix en cas d'inexécution du contrat se révèle ainsi une hypothèse opportune de correction du déséquilibre économique, à l'instar de la révision du contrat pour imprévision.

2. Pour imprévision

Bien que contestée par une partie de la doctrine, l'admission de la révision pour imprévision se révèle une solution opportune à la perte d'intérêt partielle du contrat.

325. Opportunité de la révision en matière d'imprévision. – L'étude des projets de réforme révèle que le choix de la sanction applicable à l'imprévision aura varié selon le vocabulaire utilisé. Ainsi, l'avant-projet Catala, exigeant une perte d'intérêt du contrat, n'envisageait que la résiliation de celui-ci¹⁸⁹⁰. Le recours à la résolution se justifiait dans ce contexte, l'inexécution étant irrésistible. À l'inverse, le projet Terré et l'avant-projet ministériel de 2015 envisageaient « l'adaptation » du contrat en cas d'exécution excessivement onéreuse¹⁸⁹¹. La condition d'excessive onérosité modifie nécessairement le choix de la sanction, l'inexécution n'étant, dès lors, plus irrésistible. La loi de ratification de 2018 fut l'occasion de relancer le débat sur cette possibilité, le Sénat étant opposé au maintien de la révision. Une commission mixte paritaire fut donc réunie et l'article 1195 du Code civil maintenu en toutes ses dispositions.

Avant l'adoption de la réforme, M. Nicolas Molfessis avait alors émis de vives réserves à l'idée que seul un pouvoir de résolution judiciaire ne soit retenu¹⁸⁹². Le droit des contrats tend, depuis quelques années déjà, à favoriser la survie des contrats et à renforcer leur intérêt économique. Ne pas reconnaître la révision judiciaire aurait ainsi été à l'encontre de ces objectifs. En effet, « en quoi mettre fin à un contrat devenu déséquilibré est-il au service de l'accord lui-même ? Tout notre droit incline depuis plus d'un quart de siècle à la survie du

¹⁸⁹⁰ Article 1135-3 de l'avant-projet Catala : « [l'échec des négociations], exempt de mauvaise foi, ouvrirait à chaque partie la faculté de résilier le contrat sans frais ni dommage ». En substituant le critère de l'onérosité excessive à la perte d'intérêt, le législateur a ainsi ouvert la voie à la révision du contrat victime d'imprévision.

¹⁸⁹¹ Article 92 du projet Terré : « en l'absence d'accord des parties dans un délai raisonnable, le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe » et article 1196 de l'avant-projet de réforme ministériel : « en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. ».

¹⁸⁹² M. Nicolas Molfessis regrettait ainsi que « le projet d'ordonnance n'ait pas franchi le pas d'une véritable révision judiciaire pour imprévision en ne conférant au juge que le pouvoir d'éteindre le lien contractuel, sans lui donner l'alternative de réviser le contrat en cas d'échec des négociations, comme dans les systèmes les plus avancés ou dans les travaux de l'Académie des sciences morales et politiques. Celle-ci aurait permis de déjouer des stratégies consistant pour une partie à ne pas jouer le jeu de la renégociation pour favoriser la fin de la relation contractuelle, unique perspective offerte au juge » (N. MOLFESSIS, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *op. cit.*).

contrat ; il n'est pas douteux que la résiliation pour imprévision est bien plus radicale que l'adaptation du contrat, dont l'objet est de lui redonner sa vigueur initiale dans le respect de son terme initial. Ce que l'on veut, en cas d'imprévision, c'est précisément assurer la survie du contrat »¹⁸⁹³. D'un point de vue davantage pratique ensuite, « qui peut d'ailleurs affirmer que mettre fin au contrat est un processus que souhaiterait nécessairement celui qui entend renégocier les termes de l'accord ? Préjugé, à nouveau : vouloir renégocier un contrat ne signifie pas que l'on souhaite qu'il finisse en cas d'échec de la renégociation. Le demandeur à la renégociation souhaite avant tout, c'est l'objet même de la demande, conserver le contrat en retrouvant son équilibre. Pourquoi alors ne pas permettre, pour le bénéficiaire aussi du débiteur, cette renégociation ? ».

M. Jean-Sébastien Borghetti fait également primer le recours à la révision sur la résolution, estimant que « la possibilité d'une révision judiciaire, du fait de l'incertitude qu'elle engendre pour les deux parties, crée chez l'une et l'autre une forte incitation à négocier. Au contraire, permettre simplement au juge de prononcer la résiliation du contrat, comme le souhaitait la Haute Assemblée, aurait paradoxalement placé la victime initiale du changement de circonstances en position de force, puisque c'est alors l'autre partie qui se serait trouvée sous la menace de perdre tout le bénéficiaire qu'elle tire du contrat du fait de l'intervention du juge »¹⁸⁹⁴. La révision constitue ainsi un moyen incitatif plus important que la résolution : il est sûrement plus coercitif pour le créancier de se voir imposer de nouvelles conditions que de subir une résolution du contrat.

Au-delà, le recours à la révision permet également d'éviter les difficultés liées à la gestion de la résolution, telles que les restitutions¹⁸⁹⁵. La résolution soulève inévitablement des difficultés de rétroactivité. M. Stoffel-Munck relève à juste titre qu'il « n'est pas sûr que nos magistrats apprécient ce cadeau »¹⁸⁹⁶. Dès lors, quitte à affubler le juge d'un rôle de « gestionnaire de la résolution », autant franchir le pas, comme l'a justement fait la réforme, en

¹⁸⁹³ N. MOLFESSIS, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *op. cit.* MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et P.-Y. Gautier s'inscrivent toutefois en faux de cette perspective, du moins en cas de saisine simultanée en révision et en résolution. Selon ces auteurs, il est alors probable que le juge préférera la résolution à la révision « tant les espoirs de voir une relation contractuelle déjà sérieusement malmenée par la mésestimation entre les parties reprendre dans des conditions satisfaisantes sont minces » (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 416).

¹⁸⁹⁴ J.-S. BORGHETTI, « La force obligatoire des contrats », *op. cit.*

¹⁸⁹⁵ Sur l'ensemble des difficultés pratiques liées aux restitutions v. *infra* n^{os} 406 et s.

¹⁸⁹⁶ Ph. STOFFEL-MUNCK, « La réforme en pratique. La résiliation pour imprévision », *op. cit.*

favorisant le sauvetage du contrat et en offrant au juge un véritable rôle dans la réécriture de celui-ci.

La révision du contrat s'affirme dès lors comme sanction caractéristique de l'exécution non irrésistible du contrat. À l'inverse, la résolution sera applicable aux contrats dépourvus d'intérêt compte tenu de l'irrésistibilité de l'inexécution.

II. NECESSITE D'UNE OPTION ENTRE LA RESOLUTION ET LA REVISION DANS L'IMPREVISION

L'ensemble des hypothèses d'inexécution bénéficie d'une sanction dédiée. Le système doit toutefois faire preuve de souplesse et laisser une part de réflexion aux parties, en leur offrant un véritable choix entre les sanctions, selon des considérations d'opportunité.

326. Nécessité d'une option entre la résolution et la révision. – La révision du contrat constitue ainsi la sanction caractéristique de l'inexécution résistible, tout comme la résolution constitue celle de l'inexécution irrésistible. Les deux sanctions n'entretiennent toutefois pas un rapport d'exclusion l'une par rapport à l'autre et cette hiérarchisation n'est pas d'ordre public. La révision doit pouvoir être envisagée, exceptionnellement, en cas d'inexécution irrésistible¹⁸⁹⁷. Tout dépendra finalement des considérations d'opportunité des parties, notamment en cas d'exécution non irrésistible, lorsque la confiance aura été rompue entre les parties ou, à l'inverse, lorsque les parties, confrontées à une inexécution irrésistible, souhaitent malgré tout exécuter le contrat ou conserver ce qui a déjà été exécuté¹⁸⁹⁸. M. Gaël Chantepie envisage ainsi l'hypothèse d'un créancier victime d'une inexécution suffisamment grave qui choisirait une réduction de sa propre prestation, plutôt que la résolution du contrat, dès lors que l'exécution de celui-ci présente un intérêt¹⁸⁹⁹. Une demande reconventionnelle en résolution ou en réduction du prix doit alors pouvoir être ouverte à la partie qui ne serait pas victime de l'inexécution.

En matière d'imprévision, le texte énonce simplement que les parties peuvent renégocier le contrat, sans préciser si celles-ci sont tenues de réviser le contrat, ou si elles peuvent convenir d'une résolution amiable¹⁹⁰⁰. Si la révision peut avoir une origine judiciaire, la saisine du juge

¹⁸⁹⁷ L'option ne doit toutefois pas fonctionner en sens inverse. Une telle solution serait en effet *contra legem* : compte tenu de la gravité de la résolution judiciaire, celle-ci ne doit pas être appliquée aux exécutions imparfaites.

¹⁸⁹⁸ Une telle option est ainsi offerte à l'acquéreur victime d'un vice caché (« dans le cas des articles 1641 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix », article 1644 du Code civil).

¹⁸⁹⁹ G. CHANTEPIE, « Réduction du prix et résolution par notification », in *La réforme du droit des contrats en pratique*, M. LATINA (dir.), Dalloz, 2017, p. 83.

¹⁹⁰⁰ Cf. *infra* n° 343 sur la résolution conventionnelle du contrat.

n'est pas encadrée. Puisque ce dernier peut réviser ou mettre fin au contrat, il semblerait qu'il puisse être unilatéralement saisi sur ces deux fondements, sans qu'aucune hiérarchie ne soit établie par le texte. M. Nicolas Molfessis juge cette alternative entre la résolution et la révision opportune, car à l'instar de la révision du prix, « la révision n'est pas toujours souhaitable ou possible ». Ce cumul entre les deux mécanismes permettra, toujours selon cet auteur, de mieux assurer l'esprit de l'article et d'écarter les effets pervers.

L'option entre la résolution et la réduction du prix doit également être envisagée lorsque l'inexécution du contrat n'est pas imputable au débiteur, c'est-à-dire en cas d'inexécution fortuite. Les champs d'application des articles 1218 et 1223 du Code civil se recoupent alors. M. François Chenédé se prononce ainsi en faveur du cumul entre les articles 1218 et 1223 du Code civil, se justifiant par l'opportunité de la solution : « son exclusion en cas d'inexécution fortuite serait pourtant inopportune, tant la suspension et la résolution pourront parfois se révéler inadaptées en cas d'inexécution simplement partielle, pour laquelle le créancier insatisfait pourrait légitimement vouloir se contenter d'une diminution du prix »¹⁹⁰¹. MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier relèvent toutefois que la solution se révèle plus nuancée lorsque l'empêchement ne serait que temporaire : tout dépendra alors du point de savoir si l'élément essentiel était fondamental dans l'exécution du contrat. Dans ce cas, la réduction du prix sera permise si le retard est tolérable, mais exclue dans le cas contraire¹⁹⁰².

Finalement, une alternative entre la résolution et la révision se révélera utile lorsque, dans certains cas particuliers, les parties souhaiteront poursuivre l'exécution contractuelle malgré une inexécution suffisamment grave ou, au contraire, lorsque l'inexécution imparfaite aura fait perdre toute confiance réciproque aux parties.

¹⁹⁰¹ M. Chenédé précise également que « telle est en tout cas la solution retenue en application de l'article 50 de la convention de Vienne. Le commentaire de la CNUDCI précise en effet que la possibilité de réduire le prix s'applique "que le vendeur ait ou non été exonéré de ses responsabilités conformément à l'article 79 (force majeure)". Techniquement fondée (la réduction du prix n'est pas la responsabilité), pratiquement opportune (la réduction peut être préférable à la résolution), cette solution devrait être transposée au nouvel article 1223 » (v. F. CHENEDE, « La réduction du prix », *op. cit.*). V. également en ce sens MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier selon lesquels le créancier peut décider d'une réduction du prix, même si l'exécution imparfaite résulte d'un cas de force majeure (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 560).

¹⁹⁰² O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 560.

CONCLUSION DE LA SECTION II

L'étude des effets de l'élément perturbateur sur l'équilibre du contrat permet l'identification du critère de la perte d'utilité du contrat, lequel justifie le recours à la résolution ou à la révision du contrat.

327. Les différents cas d'inexécution du contrat peuvent être distingués selon l'irrésistibilité de leurs effets. En effet, l'événement perturbateur peut, dans un premier temps, engendrer une impossibilité totale d'exécution du contrat. Une exigence d'irrésistibilité est ainsi formulée au sein des articles 1218 et 1224 du Code civil. L'une ou les parties se trouvent dans l'impossibilité d'exécuter leurs obligations contractuelles, de sorte que l'exécution du contrat a perdu tout intérêt.

Dans un second temps, l'inexécution peut ne pas être irrésistible, à l'instar de ce qui est exigé par l'article 1223 du Code civil, lequel se contente d'une « exécution imparfaite ». Cette dernière est, par définition, moins grave que l'inexécution exigée à l'article 1224. Les effets de l'événement perturbateur de l'article 1195 du Code civil se révèlent d'interprétation plus délicate, compte tenu du caractère novateur de l'excessive onérosité. Il conviendra de la définir comme une variation de valeur de l'exécution contractuelle, dont l'importance sera appréciée de manière circonstanciée. Le contrat aura, dès lors, perdu une partie certaine de son intérêt, mais cette perte n'est pas totale puisque le contrat peut toujours être exécuté.

328. Une fois ce critère de la perte d'intérêt établi, son application permet de distinguer clairement les sanctions applicables à l'inexécution du contrat. Dès lors, les manquements entraînant une perte d'intérêt partielle du contrat doivent faire l'objet d'une révision. La sanction de la révision du contrat, bien que novatrice et discutée, offre toutefois de nombreux bénéfices, dont celui de se montrer davantage respectueuse de la volonté des parties que la résolution du contrat, notamment en matière d'imprévision.

À l'inverse, les manquements engendrant une perte d'intérêt totale du contrat ne sont susceptibles d'être corrigés que par la résolution du contrat au motif qu'il n'y a pas lieu de maintenir ni de réviser, un contrat totalement dépourvu d'intérêt. Un cumul des sanctions doit toutefois demeurer concernant les manquements irrésistibles : les parties doivent rester libres de choisir la révision du contrat, plutôt que sa résolution, afin de tenir compte de leurs considérations d'opportunité.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

L'étude des différentes hypothèses de correction du déséquilibre économique révèle la dualité de sanctions applicables. Le choix de la victime du déséquilibre économique s'effectuera non pas compte tenu de la nature de l'événement perturbant les prévisions économiques des parties, mais de la perte d'utilité affectant le contrat.

329. La détermination du mécanisme de correction du déséquilibre économique applicable n'est donc pas fonction de la nature de l'événement perturbateur affectant l'équilibre économique de la convention. L'ensemble des mécanismes établis par la loi présentent en effet de grandes similarités de nature. L'événement ne doit ainsi pas être conforme aux prévisions des parties, c'est-à-dire être imprévu ou imprévisible.

De plus, celui-ci ne doit pas pouvoir être imputable à celui qui s'en prétend victime. L'inexécution peut ainsi être extérieure aux deux parties, résultant de la survenue d'un nouvel événement ou de la modification des circonstances préexistantes. De même, l'inexécution peut être imputable au débiteur de l'obligation, celui-ci manquant à ses obligations contractuelles.

330. La détermination du mécanisme de correction du déséquilibre économique applicable est, en revanche, fonction de la perte d'utilité du contrat, dont l'élément perturbateur constitue l'origine. Une perte d'utilité du contrat est ainsi observable dans l'ensemble des mécanismes établis par la loi, celle-ci pouvant être intégrale ou simplement partielle. Une absence de perte d'utilité du contrat ferme ainsi la voie à la correction du déséquilibre économique.

Le choix du mécanisme correctif sera ainsi effectué au regard de l'ampleur de la perte d'utilité du contrat. Le contrat totalement dépourvu d'intérêt devra être résolu, tandis que le contrat encore partiellement doté d'utilité sera révisé. Il convient toutefois de rappeler la nécessité d'un choix entre la résolution et la révision, offrant à la partie la possibilité de déterminer elle-même si la sanction la plus grave – la résolution – ne pourrait pas être évitée au profit d'une sanction moins grave – la réduction du prix, et inversement.

Conclusion du titre I

Malgré l'importance des règles préventives établies, le droit n'est pas indifférent à la survenue d'un déséquilibre économique et autorise le rétablissement de l'équilibre dans certains cas, par le biais de sanctions précisément déterminées.

331. Les cas de déséquilibre économique survenus dans la formation du contrat ne font pas l'objet d'une correction systématique. Compte tenu de l'importance des règles préventives, seul certains cas de déséquilibre feront l'objet d'une correction par le droit.

Qu'importe toutefois l'origine du déséquilibre, la sanction en la matière est unique : le contrat doit être annulé. Si la révision du prix peut parfois entrer en concurrence avec ce mécanisme, elle doit toutefois demeurer une sanction subsidiaire. Le contrat déséquilibré dès sa formation ne peut être qu'effacé et l'allocation de dommages-intérêts ne saurait être confondue avec une véritable révision du prix.

332. Les cas de déséquilibre économique survenus dans l'exécution du contrat reçoivent un accueil bien plus large par le droit, sanctionnés tant par la résolution que la révision du contrat. Le choix de la sanction n'est pas lié à la nature du déséquilibre en cause, puisque l'ensemble des cas de déséquilibre dans l'exécution du contrat présentent des caractéristiques communes (événement non conforme aux prévisions des parties et non imputable à la victime de la perturbation). La distinction entre ceux-ci, justifiant le recours à une sanction précise, est opérée grâce au critère de la perte d'utilité du contrat : le contrat ne présentant plus d'utilité doit être résolu, seul le contrat encore utile méritant de faire l'objet d'une révision.

En plus de déterminer la sanction applicable selon le type déséquilibre en cause, le droit établit également la titularité de l'auteur du rétablissement de l'équilibre économique du contrat, entre le juge ou les parties.

Titre II

Mécanisme correctif appliqué

Une fois le type de sanction applicable au type de déséquilibre en cause déterminé, il conviendra d'identifier qui, du juge ou des parties, exercera la sanction identifiée. Ce choix renvoie à des interrogations profondes relatives aux fondamentaux du droit des contrats au regard de la conciliation de la justice contractuelle et de l'efficacité économique, du respect de la force obligatoire du juge et de la nécessité de l'immixtion judiciaire. La réforme de 2016 aura ainsi nettement donné sa préférence au rétablissement, par les parties, de l'équilibre économique (chapitre I).

L'ultime étape sera alors l'application du mécanisme de rétablissement de l'équilibre économique, laquelle se heurtera à deux difficultés : la vaine recherche du juste prix en cas de révision et le déséquilibre engendré par l'anéantissement du contrat (chapitre II).

CHAPITRE I

TITULARITE DE LA SANCTION

La question a le mérite de la clarté en matière de déséquilibre économique dans la formation du contrat : l'annulation ne peut être que conventionnelle ou judiciaire¹⁹⁰³, tout comme les rares cas de révision¹⁹⁰⁴. Si ce déséquilibre n'est que rarement sanctionné, il présente toutefois le mérite de la simplicité du point de vue de la titularité de la sanction¹⁹⁰⁵.

À l'inverse, aucune sanction ne se distingue dans le traitement du déséquilibre dans l'exécution du contrat, la révision et la résolution ayant chacune leur terre d'élection. La réforme de 2016 a toutefois modifié tant le rôle des parties que celui du juge concernant le déséquilibre dans l'exécution du contrat. Désormais, la révision et la résolution peuvent être, alternativement, judiciaires, conventionnelles ou unilatérales¹⁹⁰⁶. Malgré la volonté de simplification du droit des contrats, le système de rétablissement du déséquilibre dans l'exécution du contrat ne présente pas les vertus de clartés inhérentes à son analogue dans la formation du contrat, dans lequel l'annulation du contrat s'est affirmée comme l'unique sanction¹⁹⁰⁷. L'ancien système, dans lequel les parties et le juge étaient soumis à la force

¹⁹⁰³ Article 1178 du Code civil : « un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord ». À l'instar des différents projets de réforme, le législateur n'a pas retenu la possibilité d'une nullité unilatérale, par voie de notification.

¹⁹⁰⁴ Depuis 2015, le juge judiciaire n'a d'ailleurs plus à être accompagné d'un expert lorsqu'il révisé le prix dans le cadre de l'action estimatoire (article 1644 du Code civil).

¹⁹⁰⁵ Cf. *infra* n^{os} 406 et s. concernant les difficultés d'application de l'annulation du contrat, au regard des restitutions.

¹⁹⁰⁶ La résolution du contrat peut, également, être de plein droit en cas de force majeure (article 1218 du Code civil). Cette solution annoncée par le Rapport au Président de la République comme étant conforme à la jurisprudence antérieure s'avère en réalité contraire, celle-ci imposant la résolution judiciaire, quelle que soit la cause de l'inexécution (Civ. 14 avr. 1891, *Ceccaldi*, DP 1891. 1. 329, note PLANIOL ; GAJC, t. 2, 13^e éd., 2015, Dalloz, n^o 180, p. 243 – Cass. civ. 1^{re}, 2 juin 1982, *Bull. civ. I*, n^o 205, *RTD civ.* 1983, p. 340, obs. F. CHABAS ; *Defrénois* 1983, p. 334, note J.-L. AUBERT). Cette possibilité de résolution de plein droit est tout à fait originale, la réforme ayant été davantage favorable à dessaisir le juge en faveur d'une partie seule. Désormais, la résolution en cas de force majeure s'imposera aux parties, indépendamment de leur volonté (v. en ce sens H. BOUCARD, « Article 1218 : la force majeure contractuelle », *RDC* 2015, n^o 3, p. 779).

¹⁹⁰⁷ Cf. *supra* n^o 280.

obligatoire du contrat, semble aujourd'hui remis en cause. Un accroissement des pouvoirs du juge, mais aussi des parties, voire d'une partie seule, peut donc être constaté.

Il s'agira donc ici de mettre en lumière la primauté éventuelle de l'un des acteurs du rétablissement de l'équilibre économique, juge ou partie. Si M. Nicolas Dissaux estime que « en dépit d'une formulation quelque peu hypocrite, le texte érige le créancier en juge de l'exécution correcte du contrat »¹⁹⁰⁸, la réforme est en réalité marquée par l'unilatéralisme du nouveau régime de sanction de l'inexécution du contrat¹⁹⁰⁹. Ce travail révélera ainsi la prééminence du rôle des parties en la matière. Celle-ci découle, d'une part, de la faveur de la réforme pour la collaboration des parties et, d'autre part, de l'accroissement des pouvoirs d'une partie seule, la réforme étant marquée d'une nette tendance à l'unilatéralisme (section I).

Le juge assistera, quant à lui, à la métamorphose de son office grâce à la réforme, dans la mesure où il ne tiendra finalement qu'un rôle subsidiaire et coercitif dans le but de favoriser le rétablissement conventionnel de l'équilibre économique. Le juge n'interviendra, majoritairement, qu'*a posteriori*, devenant « en quelque sorte, un juge de la responsabilité à l'occasion du contrat »¹⁹¹⁰ (section II).

¹⁹⁰⁸ N. DISSAUX, « Les nouvelles sanctions en matière contractuelle », *AJ Contrat* 2017, p. 10.

¹⁹⁰⁹ Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *RDC* 2016, p. 39 : « l'unilatéralisme demeure un trait marquant du nouveau régime des sanctions de l'inexécution du contrat ».

¹⁹¹⁰ C. DE CABARRUS, Ch. JAMIN et S. PIMONT, « Le nouveau droit des contrats. Entre pouvoir du juge, efficacité économique et justice contractuelle », *JCP E, Cah. dr. Entr* 2018, n° 3, p. entretien 3 : « il est celui qui appréciera le comportement des cocontractants dans l'usage de leurs nombreuses prérogatives contractuelles et qui, *a posteriori*, en tirera les conséquences ».

SECTION I

PRIMAUTE DES PARTIES

M. Nicolas Molfessis estime que « l’attractivité d’un modèle contractuel est inversement proportionnelle au pouvoir donné au juge de venir prendre part à la relation contractuelle¹⁹¹¹ ». La réforme de 2016 a ainsi pris le parti de moderniser le droit des contrats, afin de le rendre plus attractif, en offrant aux parties le premier rôle en cas de déséquilibre économique dans l’exécution du contrat¹⁹¹². Le rôle des parties en la matière est, en réalité, double et hiérarchisé. La collaboration des parties est tout d’abord encouragée, les solutions conventionnelles étant nettement privilégiées par la réforme, laquelle rejette l’hypothèse d’un « ménage à trois »¹⁹¹³ entre le juge et les parties. La collaboration constitue, en effet, le mode le plus satisfaisant de rétablissement de l’équilibre économique. La réforme conduit ainsi à l’émergence d’une véritable obligation de renégocier le contrat (§1).

Au-delà, le rôle offert aux parties par la réforme conduit également à accorder du pouvoir à une partie seule. Le recours à l’unilatéralisme est ainsi autorisé en cas de déséquilibre économique dans l’exécution du contrat et prime sur l’interventionnisme judiciaire (§2).

§1 – La collaboration encouragée

Le système de correction du déséquilibre économique établi par la réforme de 2016 fait primer la collaboration des parties sur les autres mécanismes de correction du déséquilibre économique (unilatéralisme et immixtion judiciaire), et ce dans le but de moderniser et de rendre plus attractif le droit des contrats. La collaboration est tout d’abord encouragée par la faveur du législateur envers les clauses de révision du prix, lesquelles permettent, lors de la formation du contrat, d’anticiper les déséquilibres en valeur¹⁹¹⁴. Au-delà, la réforme est venue consacrer une véritable obligation de renégocier le contrat ayant perdu toute utilité économique, à travers la notion d’exécution du contrat de bonne foi (I.).

Si la négociation des parties devait se solder par un échec, le législateur offre alors à une partie seule le pouvoir de rétablir l’équilibre économique du contrat, indépendamment de toute

¹⁹¹¹ N. MOLFESSIS, « Le rôle du juge en cas d’imprévision dans la réforme du droit des contrats », *op. cit.*

¹⁹¹² M. Benoît Moore le relève, la réforme est marquée par la « désacralisation de la sanction du droit » (B. MOORE, « Libres propos d’un juriste québécois concernant le projet de la réforme des contrats », *RDC* 2015, p. 728).

¹⁹¹³ TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.) et CHENEDE (F.), *Droit civil : les obligations*, 12^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2019, n^o 41. p. 36.

¹⁹¹⁴ Cf. *supra* n^{os} 200 et s.

immixtion judiciaire. L'autorisation de l'unilatéralisme par la réforme de 2016 constitue ainsi une innovation majeure et contribue à la primauté du rôle des parties en matière d'inexécution du contrat (II.).

I. EMERGENCE D'UNE OBLIGATION DE RENEGOCIER LE CONTRAT

La correction des contrats dans lesquels l'inexécution entraîne une perte d'utilité partielle est subordonnée à la mise en œuvre d'une obligation de renégocier le contrat. Une telle innovation se révélerait alors opportune, car respectueuse de l'intangibilité du contrat et garantissant une certaine forme de justice contractuelle¹⁹¹⁵ (A.). La collaboration des parties serait ainsi imposée par le législateur, et non simplement suggérée (B.).

A. Opportunité du rétablissement conventionnel de l'équilibre économique

Le rétablissement conventionnel de l'équilibre économique se révèle une solution plus opportune que l'immixtion judiciaire (1.) et l'unilatéralisme (2.).

1. Opportunité de la collaboration des parties sur l'immixtion judiciaire

En cas de déséquilibre économique dans l'exécution du contrat, l'accord des parties est favorisé par l'interventionnisme du juge.

333. Primauté à une solution consensuelle sur l'interventionnisme judiciaire. – Le premier remède proposé à l'imprévision est la renégociation du contrat par les parties. Les articles 1195 et 1223 subordonnent le recours au juge à une absence d'accord des parties. L'article 1195 du Code civil constitue ainsi un rappel du *mutuus dissensus* et, par conséquent, de la liberté contractuelle. De même, le second alinéa de l'article 1223 du Code civil énonce que « si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix ». La réduction unilatérale du prix n'est donc pas envisageable lorsque le prix a déjà été payé. Or, il est probable, qu'en pratique, le débiteur ayant déjà payé refuse de restituer le prix versé, arguant de sa parfaite, ou du moins correcte, exécution du contrat. Les négociations se révéleront alors vaines et le seul recours offert au créancier insatisfait est l'emprunt de la voie judiciaire. Le juge ne peut être donc saisi que si les parties ont tenté de négocier une réduction conventionnelle du prix¹⁹¹⁶.

¹⁹¹⁵ M. Nicolas Molfessis énonçant avec justesse que « les parties sont les mieux placées pour essayer de remédier au déséquilibre (N. MOLFESSIS, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *op. cit.*).

¹⁹¹⁶ Il convient de relever que, de manière regrettable, une telle précision n'a pas été apportée au sein des articles 1223 alinéa 1^{er} et 1224 du Code civil. Ces derniers font toutefois état de la nécessité d'une mise en demeure. Les

La mention, par l'article 1195, des renégociations au rang des remèdes au déséquilibre économique surprend, la précision n'étant pas indispensable¹⁹¹⁷. Celle-ci n'est d'ailleurs pas apportée à l'alinéa 1^{er} de l'article 1223 du Code civil, lequel se contente d'une mise en demeure, tout comme de l'article 1224¹⁹¹⁸. Le principe de liberté contractuelle continue en effet de s'appliquer en cours d'exécution du contrat, et les parties demeurent libres de modifier leur convention si elles le souhaitent par le biais d'un avenant.

Le symbole est important : en incitant explicitement les parties à renégocier leur contrat, le législateur témoigne de sa volonté de ne pas porter atteinte à l'autonomie de la volonté. Selon M. Philippe Stoffel-Munck, le choix des parties s'expliquerait, car mieux vaut « effectivement privilégier un ajustement du contrat par ceux qui sont au plus proche de sa réalité »¹⁹¹⁹. Les parties étant les plus à même d'apprécier la valeur économique lors de la formation du contrat, il est logique que ce rôle leur soit dévolu en cas de déséquilibre dans l'exécution du contrat. La faveur du législateur est donc donnée à la recherche d'une solution commune, dans l'esprit d'une correction consensuelle de l'équilibre contractuel. Au-delà, cette faveur contemporaine aux solutions négociées contribue également au désengorgement des tribunaux¹⁹²⁰.

L'intervention des parties prime donc sur celle du juge, qui n'adopte finalement qu'un rôle subsidiaire : il ne tire son éventuel pouvoir de révision que de l'absence d'accord des parties, qui le saisissent dans le but de résoudre le conflit qui les oppose. Ce choix témoigne de la défiance traditionnelle du droit à l'égard de l'interventionnisme judiciaire, compte tenu,

deux mécanismes ne doivent pas être confondus, car la mise en demeure n'a pas vocation à inciter à la négociation, mais à accorder une dernière chance de s'exécuter au débiteur défaillant.

¹⁹¹⁷ En matière d'imprévision, mais le propos peut-être aisément étendu à l'exécution imparfaite, MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier estiment au contraire qu'elle « tombe sous le sens » (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, LexisNexis, 2018, p. 405). V. également en ce sens M. Ph. Dupichot, lequel émet des doutes quant à l'utilité d'une telle mention : « la liberté de contracter, c'est à l'évidence aussi la liberté de négocier un *avenant*. Mais bien qu'assez inutile, cette incitation *expresse* est symbolique d'un vœu d'une solution amiable, renégociée en dehors des tribunaux » (Ph. DUPICHOT, « La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), Dalloz, 2015, p. 73).

¹⁹¹⁸ L'article 1224 du Code civil se fait également le relai de la primauté de la collaboration des parties. L'article énonce en effet les trois modes de résolution du contrat existant en droit positif : la clause résolutoire, la résolution par voie de notification et la résolution judiciaire. Nul doute que ces propositions sont ici hiérarchisées : le législateur témoigne ainsi de sa faveur pour les clauses résolutoires, au détriment de la résolution unilatérale et judiciaire. Il convient toutefois de relever que les articles 1224 et suivants, relatif à la résolution du contrat, ne font état d'aucune négociation des parties *a posteriori* de l'inexécution, hormis l'hypothèse d'une clause résolutoire. Un tel oubli contraste au regard des articles 1195 et 1223 et ne se justifie pas. La mise en demeure ne saurait être interprétée comme une équivalence à la négociation.

¹⁹¹⁹ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* 2016, p. 30.

¹⁹²⁰ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 644, p. 595.

d'une part, de son « incompétence » en matière économique¹⁹²¹ et, d'autre part, de sa soumission à la force obligatoire du contrat¹⁹²², ainsi que d'un risque d'atteinte à la sécurité juridique¹⁹²³. M. Stoffel-Munck le souligne, « la réécriture du contrat par le juge n'est pas considérée comme une solution naturelle »¹⁹²⁴.

334. Respect de l'intangibilité du contrat par la poursuite des obligations contractuelles.

– Cette lecture de l'article 1195 est accentuée par l'obligation, pour les parties, de continuer à exécuter le contrat durant cette période de renégociation¹⁹²⁵. Si une telle précision est dépourvue d'intérêt dans le cas des articles 1223 et 1224, il s'agit d'un véritable choix opéré par le législateur au sein de l'article 1195, afin de minorer l'atteinte à la force obligatoire du contrat. En effet, les clauses de *hardship* contiennent régulièrement des clauses suspendant l'exécution des obligations. La victime de l'obligation ne peut faire « pression » sur l'autre en suspendant l'exécution le temps des négociations. M. Dupichot le souligne, « anticiper ainsi sur l'issue de la renégociation serait une atteinte illégitime à la liberté de renégociation contractuelle »¹⁹²⁶. Au-delà, le refus de la suspension des obligations par les négociations permet également d'assurer la stabilité contractuelle et, selon le Rapport au Président de la République, d'éviter les manœuvres dilatoires¹⁹²⁷.

Le refus explicite de la suspension des obligations pourrait conduire à un effet pervers. MM. Chantepie et Latine, raisonnant *a contrario*, estiment que « la victime pourra légitimement cesser d'exécuter ses obligations dès le refus de renégocier signifié par l'autre partie, ou à partir de l'échec consommé des renégociations »¹⁹²⁸. Ainsi, la partie qui bénéficie de l'imprévision

¹⁹²¹ B. OPPETIT, « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XXII, Dalloz, 1970, p. 188.

¹⁹²² M. Jean-Sébastien Borghetti le souligne, dans la tradition du droit civil français, le juge ne saurait quitter son rôle de gardien de la loi des parties pour en devenir l'auteur (J.-S. BORGHETTI, « La force obligatoire des contrats », *Rev. dr. et. patr.*, 2016, n° 258).

¹⁹²³ K. DE LA ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 476, 2006, n° 489, p. 304 : « la réfaction judiciaire risque de déjouer les prévisions contractuelles en portant atteinte à la force obligatoire du contrat et à la sécurité juridique. De sorte, la fonction sociale d'instrument de prévisibilité du contrat disparaît en raison de l'intervention judiciaire *a posteriori*, qui redéfinit les clauses contractuelles. Par ailleurs, la sécurité juridique peut être remise en cause dans la mesure où l'intervention judiciaire risque de satisfaire ceux qui ne respectent pas leurs engagements contractuels ».

¹⁹²⁴ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *op. cit.*

¹⁹²⁵ Au-delà, cette précision permet l'articulation entre l'imprévision et la force majeure, seule cette dernière permettant la suspension des obligations contractuelles compte tenu de l'impossibilité d'exécution.

¹⁹²⁶ Ph. DUPICHOT, « La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision », *op. cit.*

¹⁹²⁷ « Par ailleurs, si la partie lésée demande une renégociation à son cocontractant, elle doit continuer à exécuter ses obligations pour éviter que ce mécanisme n'encourage les contestations dilatoires, et préserver la force obligatoire du contrat » (Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25).

¹⁹²⁸ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 527, p. 478.

pourrait être tentée d'accepter les négociations afin de profiter le plus possible de l'exécution du contrat, comportement sanctionné sur le fondement de l'article 1112 du Code civil. Cette interprétation de l'article 1195 du Code civil peine quelque peu à convaincre : pourquoi l'échec des négociations suspendrait-il l'exécution du contrat, alors que l'ouverture de celles-ci était indifférente ?

La réforme de 2016 fait donc primer la volonté des parties sur l'immixtion judiciaire. Cette primauté doit également être étendue par rapport à l'unilatéralisme de l'une des parties.

2. Opportunité de la collaboration des parties sur l'unilatéralisme

En cas de déséquilibre économique dans l'exécution du contrat, l'accord des parties est favorisé sur l'unilatéralisme de l'une des parties.

335. Primauté à une solution consensuelle sur l'unilatéralisme. – Le renforcement du rôle des parties dans la correction du déséquilibre économique dans l'exécution du contrat est également souligné par l'exclusion, partielle, de l'unilatéralisme.

Dans l'article 1195 du Code civil, seule la volonté des parties permet la mise en œuvre de la révision pour imprévision, l'ensemble du processus nécessite la volonté conjointe des parties, à l'exception de l'ultime étape de saisine judiciaire. Cette précision revêt une importance notable à l'heure de la consécration de l'unilatéralisme : une partie peut fixer seule le prix dans le contrat-cadre ou de prestation de services, tout comme une partie peut résoudre seule le contrat. M. Charles-Edouard Bucher estime que « cette désactivation de l'unilatéralisme en cas de survenance d'une situation d'imprévision permettra d'éviter que l'une des parties exerce certaines pressions à l'encontre de l'autre lors de la renégociation »¹⁹²⁹. Au-delà, l'importance du rôle des parties dans la révision pour imprévision permet de compenser le bouleversement induit par l'introduction de l'article 1195. La mise en œuvre de cette disposition étant supplétive et subordonnée à la volonté des parties vient nuancer l'atteinte à la force obligatoire du contrat.

¹⁹²⁹ C.-E. BUCHER, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », CCC 2016, n° 5, doss. 6.

L'opportunité de la réduction unilatérale du prix doit toutefois être nuancée, en ce que le mécanisme risquerait d'inciter les débiteurs à refuser les paiements comptant, ce qui serait alors désavantageux pour les créanciers¹⁹³⁰.

336. Refus de l'unilatéralisme en cas de prix déjà payé. – La voie de l'unilatéralisme est fermée au créancier lorsque le prix a déjà été payé par le débiteur, le recours au juge se révélant inéluctable¹⁹³¹. Cette exclusion a été explicitée par la loi de ratification de 2018, la première version de l'article 1223 du Code civil étant restée silencieuse sur ce point. Le législateur fait ici prévaloir l'immixtion judiciaire sur l'unilatéralisme¹⁹³², tout en subordonnant la saisine du juge à un défaut d'accord des parties. Ce faisant, le législateur fait donc prévaloir le consensualisme d'une partie sur l'immixtion judiciaire et, d'autre part, sur l'unilatéralisme. Dès lors, le caractère innovant de l'article 1223 du Code doit toutefois être nuancé, en ce que seules les hypothèses dans lesquelles le prix n'aura pas encore été payé et ne sera pas contesté se verront appliquer la réduction unilatérale du prix¹⁹³³.

MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina relèvent ici que le législateur a fait preuve de pragmatisme : « en pratique, si le débiteur refusait de rembourser le trop-perçu, le créancier aurait été, de toute façon, contraint d'agir en justice pour le forcer au remboursement. En d'autres termes, il aurait fallu que le cocontractant accepte la réduction pour que le

¹⁹³⁰ Selon M. Eric Savaux, « la réduction du prix serait une rétention, pas une restitution, seule raison pouvant expliquer que les victimes d'une même inexécution ne soient pas traitées également. De quoi inciter à refuser les paiements comptant, ce qui n'est pas avantageux pour la trésorerie des créanciers de sommes d'argent » (E. SAVAUX, « Article 1223 : la réduction du prix », *RDC* 2015, n° 3, p. 786).

¹⁹³¹ L'hypothèse dans laquelle le prix a déjà été payé n'avait pas été évoqué par la réforme de 2016, donnant ainsi lieu à de nombreux commentaires (A. AYNES, « Les remèdes unilatéraux (résolution unilatérale, réduction du prix) », *in Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 113 – E. SAVAUX, « Article 1223 : la réduction du prix », *op. cit.* – P.-Y. GAUTIER, « La réduction proportionnelle du prix. Exercices critiques de vocabulaire et de cohérence », *JCP G* 2016, n° 37, p. 947). La loi de ratification de 2018 a ainsi expressément envisagé cette possibilité au sein du second alinéa de l'article 1223 du Code civil. Désormais, « si le créancier a déjà payé, à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix. ». M. Pierre-Yves Gautier le relève, la solution peut paraître paradoxale : « le créancier peut se faire justice à lui-même pour la mesure la plus grave, résolution du contrat, mais devrait « solliciter » du juge la mesure la moins grave » (P.-Y. GAUTIER, « La réduction proportionnelle du prix. Exercices critiques de vocabulaire et de cohérence », *op. cit.*). Mmes Buffelan-Lanore et Larribau-Terneyre relèvent par ailleurs le paradoxe de la situation, en ce que « le juge peut modifier le prix unilatéralement réduit, mais si le prix a été unilatéralement fixé après l'exécution du contrat, il peut simplement sanctionner l'abus » (Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil : les obligations*, 17^e éd., Sirey, 2020, n° 1868, p. 614).

¹⁹³² La solution inverse a pourtant été retenue au premier alinéa de l'article 1224 du Code civil.

¹⁹³³ L'effectivité de l'unilatéralisme de l'article 1223 est donc à nuancer, le recours au juge pouvant surprendre, en ce que cette disposition constitue l'une des figures de proue de l'introduction des prérogatives unilatérales au sein du droit des contrats. Les rédacteurs de la réforme ont ici fait preuve de pragmatisme : puisque le prix a déjà été versé, la réduction du prix implique un remboursement de la part du débiteur. En l'absence d'accord des parties, la situation est celle dans laquelle ce dernier s'oppose à la réduction du prix exigée par son créancier.

remboursement puisse être effectué sans avoir recours au juge. Or, dans ce cas, la réduction n'est plus unilatérale, mais conventionnelle ».

337. Exclusion conventionnelle de l'unilatéralisme. – La faveur donnée à l'unilatéralisme est telle qu'une partie de la doctrine accorde à l'article 1226 du Code civil une portée supplétive¹⁹³⁴. Les parties pourraient ainsi, par avance, exclure conventionnellement la résolution par voie de notification en se prévalant de l'article 1227, selon lequel « la résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice ». Le rapport au Président de la République confirme cette perspective, en énonçant que « dans le silence du texte sur son caractère impératif, il doit être considéré que cette disposition n'est pas d'ordre public, y compris en cas d'urgence »¹⁹³⁵. L'ordonnance serait donc venue consacrer la jurisprudence antérieure, laquelle reconnaissait la licéité de la renonciation conventionnelle à la résolution judiciaire¹⁹³⁶. M. Phillipe Stoffel-Munck élève toutefois une remarque : le mécanisme prévu à l'article 1226 du Code civil relève d'une situation d'urgence et serait à ce titre d'application impérative¹⁹³⁷. Il convient donc, finalement, de distinguer entre l'application de l'article 1226 hors cas d'urgence, auquel cas la disposition n'est pas impérative, de l'application de l'article 1226 en cas d'urgence, dans laquelle l'unilatéralisme est toujours possible, sans aucune mise en demeure.

MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina relèvent toutefois qu'il est plus probable, en pratique, que les parties encadrent les conséquences d'une inexécution par la stipulation d'une clause résolutoire, plutôt que par une clause d'exclusion de l'unilatéralisme.

La rétablissement conventionnel de l'équilibre économique constitue la solution la plus opportune au déséquilibre économique rencontré par les parties. Dans cette optique, il conviendrait, dès lors, de soumettre les parties à une obligation d'entamer des négociations.

¹⁹³⁴ V. en ce sens G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 656, p. 606 et O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 507.

¹⁹³⁵ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25.

¹⁹³⁶ Cass. civ. 3^e, 3 nov. 2011, n° 10-26.203, *Bull. civ.* III, n° 178 : « l'article 1184 du code civil n'est pas d'ordre public et qu'un contractant peut renoncer par avance au droit de demander la résolution judiciaire du contrat ».

¹⁹³⁷ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *op. cit.*

B. Obligation de coopérer

Au-delà des obligations textuelles issues des articles 1195 et 1223 alinéa 2nd du Code civil, une obligation de renégocier le contrat, sur le fondement de la bonne foi, s'impose à l'ensemble des hypothèses de correction du déséquilibre économique.

338. Identification d'une obligation de renégocier. – L'article 1195 et 1223 alinéa 2nd du Code civil imposent tous deux aux parties de renégocier leur contrat en cas de survenue d'un déséquilibre économique dans l'exécution de celui-ci. Cette précision n'a rien de superfétatoire puisqu'il s'agit, en réalité, d'une véritable obligation d'entamer des négociations. En effet, l'article 1195 du Code civil n'envisage la saisine du juge « qu'à défaut d'accord dans un délai raisonnable ». La victime de l'imprévision ne semble pas pouvoir passer outre l'étape des négociations. De même, l'article 1223 alinéa 2nd du Code civil énonce que le créancier ayant déjà payé peut demander une réduction judiciaire du prix « à défaut d'accord entre les parties ». Pourquoi avoir apporté de telles précisions, évidentes, si ce n'est pour consacrer une véritable obligation de renégocier le contrat ?

MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina s'opposent à la reconnaissance de l'existence d'une obligation de renégocier, au motif que cela risquerait de donner lieu à des « simulacres de renégociation »¹⁹³⁸. Pourtant, compte tenu des avantages apportés par la correction conventionnelle du déséquilibre économique, peut-être le risque vaut-il la peine d'être couru. Partant, il conviendrait donc d'étendre cette obligation de renégocier le contrat aux cas prévus aux articles 1226 et 1223 alinéa 1^{er} du Code civil.

339. Fondement de l'exécution du contrat de bonne foi. – Les articles 1223 alinéa 2nd et 1195 du Code civil constituent des fondements insuffisants à l'établissement d'une obligation d'entamer les négociations. Cette obligation doit, en effet, être généralisée à l'ensemble des contrats économiquement déséquilibrés. Ainsi, l'absence de référence à une telle obligation au sein des articles 1223 alinéa 1^{er} et 1226 du Code civil n'en dispense pas les parties pour autant.

Il conviendra dès lors de déterminer le fondement légal de l'obligation d'entamer des négociations en cas de survenue d'un déséquilibre économique. Le recours à l'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat paraît évident pour deux raisons. Tout d'abord, une telle

¹⁹³⁸ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 528, p. 479.

obligation avait été suggérée par la jurisprudence *Huard*¹⁹³⁹ : la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait estimé que manquait à son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi la partie qui n'avait « pas recherché un accord de coopération commerciale avec son distributeur agréé », c'est-à-dire qui n'avait pas tenté de renégocier les termes du contrat. Au-delà, l'article 1104 du Code civil a consacré l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi. La bonne foi sera entendue ici au sens de loyauté¹⁹⁴⁰ : la partie qui, alertée des difficultés rencontrées par son cocontractant, refuse de renégocier les termes de la convention qui les lie fera indubitablement preuve de mauvaise foi. L'obligation de renégocier découle finalement de l'article 1104 du Code civil.

340. Loyauté dans la coopération des parties. – L'intensité de l'obligation de loyauté dans la renégociation du contrat diffère, en réalité, de la nature du contrat victime du déséquilibre économique. En effet, certains contrats sont perçus comme des contrats « échanges ». Lors des négociations précontractuelles, les parties ont souvent des intérêts antagonistes et la formation du contrat permettra d'établir un point d'équilibre entre ceux-ci. Le cocontractant placé dans une position favorable pourra être tenté de se soustraire à ses engagements ou de maintenir ses intérêts comme prévu par le contrat, sans tenir compte des difficultés rencontrées par son cocontractant.

À l'inverse, d'autres sont des contrats de « coopération », pour lesquels la période précontractuelle aboutit à l'établissement d'un socle d'intérêts communs. Il ne s'agira pas simplement d'exécuter le contrat, mais que chacun bénéficie de l'exécution contractuelle¹⁹⁴¹. Les liens de l'obligation contraignent ainsi les parties à une véritable éthique de solidarité contractuelle et de communauté d'intérêts¹⁹⁴². Si une telle vision des relations contractuelles est ainsi classiquement retrouvée au sein de *l'affectio societatis* liant les parties à un contrat de société, mais aussi au sein du contrat de travail, M. Yves Picod estime que la coopération s'illustre parfaitement dans les relations commerciales, et plus particulièrement dans les

¹⁹³⁹ Cass. com. 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *Bull. civ.* IV, n° 241, *Defrénois* 30 nov. 1993, n° 35663, p. 1337, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1993, p. 124, obs. J. MESTRE ; *JCP G* 1993, II, 22164, obs. G. VIRASSAMY ; *D.* 1995, p. 85, note D. FERRIER. Confirmé par Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *JCP G* 1999, II, 10210, note Y. PICOD ; *Defrénois* 1999, art. 36953, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1999, p. 98, obs. J. MESTRE.

¹⁹⁴⁰ Sur la bonne foi dans l'exécution du contrat, v. Y. PICOD, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, J. MESTRE (dir.), PUAM, 1993, p. 58 et R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 573, 2015.

¹⁹⁴¹ V. en ce sens F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, Précis, 2019, n°s 903 et s., p. 931 et s.

¹⁹⁴² Y. PICOD, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », *op. cit.* L'auteur souligne un passage de la loyauté du contractant, vers la loyauté contractuelle. La coopération des parties conduirait ainsi à l'émergence d'un véritable « *affectio contractus* », même en dehors des contrats de société et de travail.

contrats de distribution, « dans la mesure où les relations s'inscrivent dans la durée et dans la confiance »¹⁹⁴³. Dans cette seconde hypothèse, l'obligation de loyauté se révélera plus importante, car la formation du contrat implique de parvenir à un résultat préétabli, l'exécution du contrat, en maximisant les intérêts de chacun.

La victime du déséquilibre ne peut donc pas négliger les négociations en espérant le secours ultérieur du juge. Les articles 1195, 1123 et 1224 du Code civil contribuent ainsi à favoriser la liberté contractuelle, plutôt que l'immixtion judiciaire¹⁹⁴⁴. Cette obligation de renégocier ne doit toutefois pas être assimilée à une obligation de parvenir à un accord, si bien que l'issue de la renégociation demeure incertaine en pratique.

II. ISSUE DE LA RENEGOCIATION

Une fois les négociations entamées, ne pèse sur les cocontractants aucune obligation de parvenir à un accord (A.), si bien que celles-ci demeurent libres de modifier le contrat, de le résoudre ou de saisir le juge (B.).

A. *Obligation de moyen de négocier*

La partie victime de l'imprévision est contrainte à ouvrir les négociations dans le but de conduire à l'obtention d'une solution consensuelle.

341. Absence d'obligation de parvenir à une solution amiable. – Une chose est toutefois de contraindre les parties à entamer des négociations, il en est une autre de les astreindre à parvenir à un accord¹⁹⁴⁵ ; il ne saurait peser sur les parties une obligation de réviser ou de résoudre le contrat.

En faveur d'un rôle simplement incitatif du juge offert par l'article 1195, au contraire, MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Y.-M. Laithier soulignent le fait que le texte envisage explicitement le refus de négocier¹⁹⁴⁶ (« en cas de refus ou d'échec de la

¹⁹⁴³Y. PICOD, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », *op. cit.* Sur la notion d'intérêts communs, v. notamment A. BRUNET, « Clientèle commune et contrats d'intérêts communs », *Mélanges Weil*, 1983, p. 85.

¹⁹⁴⁴ V. en ce sens M. Philippe Stoffel-Munck, selon lequel « c'est à nouveau sage, pour éviter de créer chez la victime de l'imprévision une préférence pour l'échec de la renégociation que pour sa réussite » (Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *op. cit.*).

¹⁹⁴⁵ La situation aurait été différente si le législateur avait instauré une obligation de négocier, à l'instar de ce qui est prévu au sein des Principes Lando (article 6 :111 : « les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès ») et du projet Terré (article 91 : [...] les parties doivent renégocier le contrat).

¹⁹⁴⁶ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, LexisNexis, 2018, p. 406.

renégociation [...] »). La formule retenue envisage donc expressément la possibilité d'un refus : par conséquent, l'article 1195 ne saurait établir une obligation de renégociation du contrat. Ainsi, selon M. Charles-Edouard Bucher, « les termes choisis sont d'une rare prudence. Il est question de "refus" et d'"échec" de la renégociation. L'utilisation de deux termes distincts montre bien que l'on a voulu recouvrir l'ensemble des possibles, le fait de s'opposer et le fait de ne pas parvenir à un résultat »¹⁹⁴⁷. De même, l'article 1223 du Code civil envisage directement la possibilité d'un échec des négociations, la saisine du juge étant subordonnée à celle-ci.

Par ailleurs, les arrêts *Huard*¹⁹⁴⁸ et *Chevassus-Marche*¹⁹⁴⁹, lesquels semblaient imposer une obligation de renégocier le contrat en cas d'imprévision¹⁹⁵⁰, n'ont pas été systématiquement confirmés par la jurisprudence postérieure¹⁹⁵¹ et traitaient, par ailleurs, d'hypothèses dans lesquelles le déséquilibre économique était non pas extérieur, mais imputable à l'une des parties. Au-delà, l'arrêt *Huard* reprochait à la société de distribution de pétrole de ne pas avoir « recherché » un accord, et non « obtenu »¹⁹⁵² un accord. De la même manière, la jurisprudence considère que les clauses de *hardship* n'ont aucune valeur contraignante¹⁹⁵³. Enfin, ni l'article 1195 ni l'article 1223 du Code civil n'ont assorti de sanctions la prétendue obligation de renégocier le contrat.

¹⁹⁴⁷ C.-E. BUCHER, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *op. cit.* Cet auteur juge ainsi l'article 1195 en retrait, sur ce point, au regard de l'article 1112 du Code civil et estime que « il n'aurait pas été incongru de considérer, à l'instar de projets antérieurs, que les parties sont obligées d'entrer en discussion sans qu'on puisse leur reprocher de ne pas parvenir à un accord ».

¹⁹⁴⁸ Cass. com. 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *Bull. civ.* IV, n° 241, *Defrénois* 30 nov. 1993, n° 35663, p. 1337, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1993, p. 124, obs. J. MESTRE ; *JCP G* 1993, II, 22164, obs. G. VIRASSAMY ; *D.* 1995, p. 85, note D. FERRIER. Confirmé par Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *JCP G* 1999, II, 10210, note Y. PICOD ; *Defrénois* 1999, art. 36953, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1999, p. 98, obs. J. MESTRE.

¹⁹⁴⁹ Cass. com. 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *Bull. civ.* IV, n° 277, *RTD civ.* 1999, 98, obs. J. MESTRE ; *RTD civ.* 1999, 646, obs. P.-Y. GAUTIER ; *JCP G* 1999, I, 143, obs. Ch. JAMIN ; *JCP G* 1999, II, 10210, note Y. PICOD ; *CCC.* 1999, comm. 56, M. MALAURIE-VIGNAL ; *Defrénois* 30 mars 1999, n° 36953, p. 371, obs. D. MAZEAUD.

¹⁹⁵⁰ La jurisprudence antérieure permettrait d'interpréter l'article 1195 du Code civil comme une véritable obligation de négocier le contrat. C'est, en effet, le cas des arrêts *Huard* et *Chevassus-Marche*. Dans la première décision, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel qui avait sanctionné l'une des parties pour manquement à son obligation de bonne foi, pour avoir refusé de renégocier le contrat. Pareillement, dans la seconde affaire, la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel pour manque de base légale¹⁹⁵⁰ au motif que l'une des parties n'avait pas « pris des mesures concrètes pour permettre à leur mandataire de pratiquer des prix concurrentiels ».

¹⁹⁵¹ Cass. civ. 3^e, 10 déc. 2003, n° 02-14.990 ; *AJDI* 2004. 127, note F. COHET-CORDEY – Bordeaux, 28 oct. 2015, RG n° 14/00668, *Gaz. Pal.* 2016, n° 16, p. 27, note D. HOUTCIEFF.

¹⁹⁵² L'arrêt *Chevassus-Marche* se révèle toutefois plus exigeant, reprochant à l'une des parties de ne pas avoir « pris des mesures concrètes pour permettre à leur mandataire de pratiquer des prix concurrentiels, proches de ceux des mêmes produits vendus dans le cadre de ces ventes parallèles, et de le mettre ainsi en mesure d'exercer son mandat ».

¹⁹⁵³ Cf. *supra* n° 201.

Le texte va toutefois au-delà de la simple sollicitation à la négociation, le recours au juge jouant un rôle de « repoussoir » : plane sur les parties le spectre d'une « mise à mort judiciaire » qui devrait, très certainement, les encourager à négocier. Compte tenu de l'ensemble de ces arguments, il semble délicat de déceler, pour l'instant, une véritable obligation de parvenir à un résultat.

Au soutien de cette interprétation, il semble inconcevable que les parties soient soumises à l'obligation de parvenir à un accord. L'obligation de négocier ne constituerait ainsi qu'une obligation de moyen¹⁹⁵⁴. Les parties devraient alors apporter la preuve de leurs efforts, et non de leur accord. Ce faisant, la sollicitation des renégociations n'offrirait finalement que deux options à la partie ne subissant pas de déséquilibre économique : négocier avec succès, c'est-à-dire réviser ou résoudre le contrat, ou se voir exposer à une action en justice. Retenir une telle conception des négociations revient à affirmer que la survenue d'un déséquilibre économique impose la révision ou la résolution du contrat, ce qui serait contraire au principe de liberté contractuelle.

Les parties entameraient alors des pourparlers, sous l'égide de l'article 1104 du Code civil. Cette obligation de renégociation serait toutefois limitée dans ses effets, étant limitée à la tentative : aucune obligation d'adaptation du contrat ne saurait être mise à la charge des parties, bien que celle-ci demeure la solution juridiquement souhaitable.

B. Rétablissement conventionnel de l'équilibre économique

Les négociations offrent trois issues distinctes. Les parties, prévoyantes, peuvent tout d'abord recourir à une clause d'indexation ou à une clause résolutoire¹⁹⁵⁵. À défaut, elles peuvent également s'entendre quant à la révision du contrat. Cette première possibilité appelle peu de remarques¹⁹⁵⁶, hormis la nécessité de sonder la validité de cet accord au regard des articles 1128 et suivants du Code civil, ce dernier prenant la forme d'un avenant et ne relevant pas de la novation¹⁹⁵⁷. Les parties peuvent également décider d'annuler ou de résoudre le contrat qui les lie, hypothèse appelant davantage de remarques (1.). Enfin, les parties peuvent décider de soumettre leur litige au juge, afin que celui-ci le tranche en leur lieu et place (2.).

¹⁹⁵⁴Y. PICOD, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », *op. cit.*

¹⁹⁵⁵ Cf. *supra* nos 191 et 201.

¹⁹⁵⁶ Il relève en effet de l'évidence que les parties puisse modifier ou défaire ce qu'elles ont créé ensemble.

¹⁹⁵⁷ Il est nécessaire de ne pas recourir à la novation afin de maintenir les sûretés, comme le cautionnement d'un bail commercial.

1. Anéantissement conventionnel du contrat

Les modalités de l'anéantissement conventionnel différeront selon la nature du déséquilibre économique. Si celui-ci affecte la validité du contrat, alors il conviendra de recourir à l'anéantissement conventionnel (a.). À l'inverse, si le déséquilibre découle de l'exécution imparfaite du contrat, alors la résolution conventionnelle s'imposera (b.).

a. Annulation consensuelle

L'annulation est la sanction réservée au déséquilibre économique dans la formation du contrat. Autrefois réservée au juge, il est désormais admis que les parties puissent s'entendre afin d'annuler la convention *ipso jure*.

342. Admission de l'annulation consensuelle du contrat. – La réforme de 2016 a innové en admettant l'annulation conventionnelle du contrat¹⁹⁵⁸, alors que jusqu'ici le recours au juge était indispensable¹⁹⁵⁹. Il n'existait aucun obstacle juridique à l'admission de l'annulation conventionnelle du contrat. À l'argument selon lequel l'annulation conventionnelle dissimulerait une révocation du contrat, il est possible de répliquer que les restitutions illégitimes pourront être contestées par ceux qui y auront intérêt¹⁹⁶⁰. L'annulation conventionnelle ne porte, de plus, pas atteinte aux droits des tiers intéressés, compte tenu de son effet relatif¹⁹⁶¹.

¹⁹⁵⁸ Cette innovation fut remarquée par la doctrine (M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *LPA* 2016, p. 6 – J. MESTRE, « Petit abécédaire de la réforme des contrats et des obligations (suite) », *RLDC*, mai 2016, p. 137.

¹⁹⁵⁹ Le recours au juge demeure. MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier relèvent ainsi que, malgré l'admission de la nullité consensuelle, se maintient le principe de la nullité judiciaire (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 370). La réforme ne laisse en effet aucune place à d'éventuelles nullité de plein droit, contrairement à la résolution qui peut être de plein droit en cas de force majeure (cf. *infra* n° 353).

¹⁹⁶⁰ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 468, p. 416

¹⁹⁶¹ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *ibid.* – Y. PICOD, « Nullité », *Rep. dr. civ.* 2019, n° 59.

Si un auteur juge cette innovation malheureuse¹⁹⁶², la majorité estime qu'une telle admission relève de l'évidence¹⁹⁶³, tout en en discutant l'appellation¹⁹⁶⁴. En réalité, l'annulation conventionnelle était admise de longue date en pratique¹⁹⁶⁵ et tant le projet Terré¹⁹⁶⁶, que l'avant-projet Catala¹⁹⁶⁷ l'avait envisagée. L'annulation consensuelle permet ainsi « d'éviter dans les cas les plus simples la saisine d'un juge et il a paru opportun de la consacrer pour des raisons de simplicité et d'efficacité »¹⁹⁶⁸.

La relativité de l'annulation consensuelle constitue toutefois l'une de ses principales limites pratiques, puisqu'elle n'est pas opposable aux tiers ayant acquis des droits sur les biens restituables¹⁹⁶⁹. Par ailleurs, il convient de relever que l'annulation conventionnelle n'est

¹⁹⁶² R. BOFFA, « La validité du contrat », *Gaz. Pal.* 2015, n° 120, p. 18 : « c'est méconnaître que la nullité doit rester une sanction judiciaire, dans la mesure où il s'agit d'apprécier la conformité du contrat à la loi. De ce point de vue, les contractants ne peuvent à la fois être juge et parties. L'appréciation de la validité du contrat suppose nécessairement l'intervention d'un tiers impartial. Le maintien du caractère judiciaire du contrat n'empêche d'ailleurs pas les parties, si elles en sont d'accord, de procéder à sa révocation. Mais on ne saurait leur permettre d'annuler un contrat ». V. également en ce sens M. Sébastien Mayoux (S. MAYOUX, *Les conventions d'abandon amiable du contrat*, LGDJ, 2012, n° 76 et s.) et M. Alexis Posez pour qui cette « pseudo-nullité » ne constituerait qu'une forme de « résolution amiable, même spécialement rétroactive » (A. POSEZ, « La théorie des nullités. Le centenaire d'une mystification », *RTD civ.* 2011, p. 647).

¹⁹⁶³ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 468, p. 416 : « notre système juridique a pourtant tout à gagner à ce que des accords illégaux soient spontanément anéantis par les parties. Il est d'ailleurs fort probable que, sans texte, ces situations se soient multipliées sous l'empire de l'ancienne version du Code civil » – Y.-M. SERINET, « La constatation de la nullité par les parties : une entorse limitée au caractère judiciaire de la nullité », in *Libres propos sur la réforme du droit des contrats : analyse des principales innovations de l'ordonnance du 10 février 2016*, LexisNexis, 2016, p. 85.

¹⁹⁶⁴ M. Yves-Marie Serinet qualifie cette voie de « constatation amiable de la nullité » (Y.-M. SERINET, « La constatation de la nullité par les parties : une entorse limitée au caractère judiciaire de la nullité », op. cit.), MM. François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette de « nullité conventionnelle » (F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, 11^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2013, n° 389), MM. Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck de « nullité transactionnelle » (Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7^e éd., LGDJ, 2015, n° 697). L'appellation de « nullité consensuelle » sera retenue ici, celle-ci ayant eu la faveur du législateur (rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°0035 du 11 février 2016, texte n° 2).

¹⁹⁶⁵ R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, thèse Dijon, 1909, p. 487. La jurisprudence avait ainsi admis l'efficacité des accords révocatoires (Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1952, *Bull. civ.* I, n° 166 – Cass. com. 22 oct. 1996, n° 94-14.570).

¹⁹⁶⁶ Article 85 du projet Terré : « La nullité est prononcée par le juge, lorsque les parties ne la constatent pas d'un commun accord » (v. sur ce point D. HOUTCIEFF, « Les sanctions des règles de formation des contrats », in *Pour une réforme du droit des contrats*, F. TERRE (dir.), Dalloz, 2009, p. 223).

¹⁹⁶⁷ Article 1130-1 de l'avant-projet Catala : « La nullité est prononcée par le juge, à moins que les parties à l'acte ne la constatent d'un commun accord ».

¹⁹⁶⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°0035 du 11 février 2016, texte n° 2.

¹⁹⁶⁹ V. également la difficulté d'ordre fiscale soulevée par M. Yves Picod : « le droit fiscal considère (...) la nullité amiable comme un acte nouveau (CGI, art. 1961, al. 2), ce qui entraînera une double mutation en matière immobilière » (Y. PICOD, « Nullité », op. cit., n° 59). Ce défaut est jugé rédhibitoire par MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina, selon lesquels « mieux vaut alors une nullité judiciaire que conventionnelle ! » (G. CHANTEPIE et

envisageable que lorsque les parties ont la libre disposition de leurs droits, c'est-à-dire lorsque l'autorité publique n'a aucun rôle à jouer¹⁹⁷⁰. *A contrario*, l'annulation conventionnelle n'est pas concevable en matière de mariage, divorce, adoption, actes d'état civil... M. Yves Picod estime toutefois que cette possibilité sera peu usitée en pratique, à l'exception « du droit des libéralités et en matière successorale, notamment en présence d'un testament annulable pour insanité d'esprit de son auteur »¹⁹⁷¹.

Si le déséquilibre survient en cours d'exécution du contrat, et n'est pas contemporain à sa formation, la voie de l'annulation conventionnelle sera fermée aux parties, qui ne pourront recourir qu'à la résolution conventionnelle.

b. Résolution conventionnelle

En s'accordant quant à la résolution du contrat, les parties permettent le rétablissement conventionnel de l'équilibre économique du contrat. Cette possibilité peut avoir été envisagée lors de la formation du contrat par la stipulation d'une clause résolutoire¹⁹⁷² ou après cette date, par la mise en œuvre du *mutuus dissensus*.

343. Mise en œuvre du *mutuus dissensus*. – Si l'hypothèse de la résolution du contrat est directement visée par l'article 1195 du Code civil relatif à la révision pour imprévision, elle semble ignorée par l'article 1223. Il est vrai que l'hypothèse de la révision conventionnelle lors de la formation du contrat est envisagée par l'article 1224, mais cette disposition ne précise rien quant à un accord résolutoire des parties postérieurement à l'exécution du contrat. En réalité, les parties demeurent libres de révoquer le contrat, en vertu de l'article 1193 du Code civil. Le *mutuus dissensus* évoqué par cette disposition constitue, selon M. Philippe Delebecque, « l'antithèse de la rupture unilatérale du contrat »¹⁹⁷³.

L'article 1195, et *a fortiori* l'article 1223, n'apportent aucune précision sur le point de savoir s'il s'agit d'une forme de résolution conventionnelle pour inexécution (article 1224 du Code civil), ou d'une révocation du contrat, simple expression du *mutuus dissensus*¹⁹⁷⁴

M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 468, p. 417).

¹⁹⁷⁰ R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, op. cit.

¹⁹⁷¹ Y. PICOD, « Nullité », op. cit., n° 60.

¹⁹⁷² Cf. *supra* n°s 201 et s.

¹⁹⁷³ Ph. DELEBECQUE, « Le droit de rupture unilatérale du contrat : genèse et nature », *Dr. et patr.*, avril 2004, n° 126.

¹⁹⁷⁴ R. VATINET, « Le *mutuus dissensus* », *RTD civ.* 1987. 252 – A. SIRI, *Le mutuus dissensus, notion, domaine, régime*, thèse Aix, 2011.

(article 1193 du Code civil). L'intérêt de la distinction relève de la rétroactivité : si la résolution de l'article 1224 du Code civil est exclusive de toute rétroactivité¹⁹⁷⁵ (article 1229 du Code civil), les parties demeurent libres, grâce au *mutuus dissensus*, de déterminer les effets de la révocation du contrat. À défaut seulement, s'appliquera une règle supplétive en vertu de laquelle le *mutuus dissensus* a un effet rétroactif au sein des seuls contrats à exécution instantanée¹⁹⁷⁶.

MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Y.-M. Laithier le relèvent : puisqu'il n'existe aucune différence de régime entre la nullité judiciaire et la nullité conventionnelle, de même qu'entre la résolution conventionnelle et la résolution judiciaire pour inexécution, la résolution conventionnelle pour imprévision ne devrait pas se distinguer de son homologue judiciaire. Or, « le cas de l'imprévision a ceci de particulier, rapport à la nullité et la résolution pour inexécution, qu'il est difficile de faire le départ entre le cas de révocation banal, par lequel les parties choisissent ensemble de cesser leur relation dans un contexte qui n'a rien de catastrophique, et le cas de résolution pour imprévision véritable, où la cessation du contrat trouve en réalité sa cause dans un événement extérieur à la volonté des parties »¹⁹⁷⁷.

La doctrine s'accorde ainsi pour reconnaître que la résolution conventionnelle visée à l'article 1195 ne constitue qu'une forme de *mutuus dissensus*¹⁹⁷⁸. MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina regrettent ainsi l'emploi du terme de « résolution », en l'absence d'inexécution. Sans doute ceux de « révocation » ou « d'abrogation » auraient-ils été plus heureux, en l'absence de référence à cette hypothèse au sein des articles 1217 et suivants du Code civil. Les parties seront dès lors libres de prévoir la date, ainsi que les effets de la révocation de leur contrat. Une telle marge de manœuvre peut se révéler particulièrement utile au regard des difficultés financières potentiellement rencontrées par la victime de l'imprévision : il sera ainsi possible de faire rétroagir la révocation du contrat à une date antérieure à l'imprévision. Compte

¹⁹⁷⁵ Plus précisément, l'article 1229 du Code civil prévoit que « Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation ».

¹⁹⁷⁶ Cass. com. 18 janv. 2011, n° 10-10.683 – Cass. soc. 20 déc. 2006, n° 05-43.057, *Bull. civ.* V, n° 409 ; *D.* 2007, p. 555, note G. BLANC-JOUVAN ; *JCP* 2007.II.10104, note E. TREPPOZ ; *RTD civ.* 2007, p. 117, obs. J. MESTRE et B. FAGES – Cass. civ. 3^e, 15 juin 2017, n° 16-16.102 ; *RDC* 2018, n° 1, p. 16, obs. Y.-M. LAITHIER.

¹⁹⁷⁷ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* article par article, *op. cit.*, p. 407.

¹⁹⁷⁸ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article, op. cit.*, p. 407 – G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 529, p. 480 – G. CHANTEPIE, « Contrats : effets », *Rep. dr. civ.* 2018, n° 76.

tenu de l'obligation d'exécution qui pèse sur les parties, il est ainsi délicat de concevoir une révocation du contrat dépourvue de toute rétroactivité. En l'absence de précision, la rétroactivité n'aura pas vocation à s'appliquer, sauf dans les contrats à exécution instantanée, lesquels constituent une minorité des cas d'imprévision.

À défaut de s'entendre afin de résoudre le contrat, les parties demeurent libres de parvenir à un accord afin d'obtenir une adaptation judiciaire de la convention, bien que ceci se révèle moins probable en pratique.

2. Saisine conjointe

La correction du déséquilibre économique par la voie conventionnelle peut résider dans un accord des parties afin que le juge adapte le contrat en leur lieu et place¹⁹⁷⁹. La codification de cette possibilité d'adaptation, déjà offerte aux parties avant la réforme, se révèle peu opportune en pratique.

344. Modalités de la saisine du juge pour adaptation. – L'article 1195 offre aux « parties » la possibilité de solliciter le juge pour obtenir l'adaptation du contrat. En réalité, ce sera le plus souvent la victime de l'imprévision qui entreprendra une telle démarche judiciaire, mais rien ne fait obstacle à ce que l'autre partie se révèle particulièrement solidaire des intérêts de son cocontractant. Concernant la forme de la sollicitation judiciaire, la mise en œuvre la plus conforme à l'esprit du texte est qu'elle revête la forme d'une requête conjointe des parties¹⁹⁸⁰ et non d'une assignation.

¹⁹⁷⁹ La saisine conjointe pour adaptation doit être exclue en cas d'échec des négociations. L'article 1195 du Code civil énonce que « en cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation ». Cela reviendrait à admettre que si l'une partie refuse de négocier avec son cocontractant – réfutant sans doute l'existence même de l'imprévision – elle peut toutefois s'accorder avec cette dernière afin de résoudre le contrat ou de solliciter son adaptation. Pourtant, l'hypothèse est peu probable en pratique : il est difficilement imaginable qu'une partie refuse de négocier, mais accepte pour autant de saisir le juge afin d'adapter le contrat... Un tel raisonnement est pourtant tenu par MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina, selon lesquels « le recours au juge ne devrait pas seulement être possible lorsque la négociation entamée tarde à aboutir ou a échoué, mais aussi lorsque, d'emblée, la négociation n'a pas eu lieu en raison du refus de l'une ou l'autre des parties de s'y prêter » (G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 529, p. 480). Toutefois, il est possible que ces auteurs fassent référence à la saisine unilatérale du juge par la victime de l'imprévision, et non à la requête conjointe. M. Gaël Chantepie estime ainsi qu'une telle lecture « paraît hautement improbable en cas de refus de la renégociation, tant on voit mal la partie favorisée par les circonstances refuser de renégocier pour confier le soin d'une adaptation du contrat au juge » (G. CHANTEPIE, « Contrats : effets », *op. cit.*, n° 76).

¹⁹⁸⁰ Sur ce point, v. C.-E. BUCHER, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *op. cit.* – M. MEKKI, « De l'imprévisible changement de circonstances à l'imprévisible immixtion du juge ? Analyse du nouvel article 1195 du Code civil », *BRDA* mai 2016.

Sur le fond, M. Nicolas Molfessis estime que le juge n'est pas tenu de vérifier les conditions posées par l'article 1195 du Code civil. En effet, « en se tournant d'accord commun vers le juge pour qu'il adapte le contrat, les parties doivent donc renoncer à débattre de la légitimité de la demande initiale de renégociation. Mieux, le juge lui-même, dans cette hypothèse où son office devient amiable, n'aura pas à vérifier, pour réviser le contrat, si les conditions initiales de l'article étaient réunies. Il tire son pouvoir d'adaptation de la demande que lui expriment les parties et non de la réunion des conditions de la renégociation »¹⁹⁸¹.

Il est toutefois permis de douter d'une telle interprétation : le recours au pouvoir d'adaptation du juge est subordonné à l'échec des négociations, lesquelles ne sont expressément mises en œuvre qu'en cas d'imprévision. La procédure de révision pour imprévision serait hypocritement détournée, ce qui se révélerait particulièrement ironique au regard de son évolution historique. En effet, le pouvoir de révision conféré au juge est exceptionnel et ne peut être exercé que si les conditions prévues par le texte sont réunies. Admettre l'adaptation du contrat à défaut d'une vérification des conditions revient à étendre le pouvoir du juge en contradiction avec l'esprit du texte, lequel favorise au contraire la force obligatoire du contrat.

Au-delà, une absence de contrôle des conditions de l'imprévision permettait aux parties souhaitant obtenir une révision du contrat hors de tout contexte d'imprévision, sans pour autant parvenir à s'accorder quant aux modalités de celle-ci, de se prévaloir de l'adaptation prévue par cette disposition. Un risque d'engorgement des tribunaux serait avéré. M. Philippe Stoffel-Munck estime ainsi que l'usage du verbe « demander » permet au juge de rejeter la requête des parties, s'il l'estime nécessaire¹⁹⁸², et ce notamment compte tenu du défaut d'une condition de l'imprévision.

345. Manque d'opportunité de la saisine amiable en cas d'échec des négociations. – À défaut d'un succès des négociations, les parties sont ainsi tenues d'exécuter le contrat jusqu'à son issue normale, malgré l'onérosité excessive engendrée par l'imprévision¹⁹⁸³. Plusieurs options s'ouvrent alors à elles ou, du moins, à celle s'estimant victime de l'imprévision. Le second alinéa de l'article 1195 du Code civil propose aux parties de « demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation ». M. Stoffel-Munck doute toutefois de

¹⁹⁸¹ N. MOLFESSIS, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *op. cit.*

¹⁹⁸² Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *op. cit.*

¹⁹⁸³ Sur la poursuite des obligations issues du contrat malgré le refus ou l'échec des négociations, cf. *supra* n°334.

l'enthousiasme des parties à cette idée¹⁹⁸⁴, laquelle leur était déjà ouverte avant la réforme¹⁹⁸⁵. L'amicable composition est en effet délaissée en pratique, car, compte tenu l'impossibilité de choisir précisément le juge, « les conditions de la confiance que suppose un jugement en équité ne sont pas réunies »¹⁹⁸⁶. M. Philippe Stoffel-Munck estime par ailleurs que la proposition « valide indirectement la possibilité qu'ont les parties de faire réviser leur contrat par un tiers, un homme de l'art plutôt qu'un juge sans doute, si elles n'y parviennent pas elles-mêmes alors qu'elles préféreraient une adaptation de leur convention à sa cessation »¹⁹⁸⁷. Enfin, si les parties ne sont pas entendues quant à la révision conventionnelle du contrat, il est peu probable qu'elles acceptent de remettre leur sort dans les mains du juge¹⁹⁸⁸. En pratique, l'échec des négociations a davantage de chance de conduire à la rupture du contrat qu'à sa résolution du contrat¹⁹⁸⁹.

M. Phillippe Chauviré estime qu'il serait plus opportun de supprimer cette possibilité d'adaptation judiciaire. Outre les arguments d'ordre pratique invoqués précédemment, « cette réfaction du contrat sur demande risque de produire des effets indésirables. Une telle modification peut être ressentie comme étant imposée et ne pas susciter l'adhésion de l'une des parties. L'exécution du contrat n'en sera alors que plus hypothétique »¹⁹⁹⁰.

¹⁹⁸⁴ M. Philippe Chauviré partage cette opinion, « il est permis de supposer que, si les parties ne sont pas parvenues à s'entendre pour renégocier le contrat, elles ne s'accorderont pas plus pour octroyer au juge une telle mission » (Ph. CHAUVIRE, « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 2015, n° 120, p. 29).

¹⁹⁸⁵ Le juge était alors saisi par une requête conjointe, sur le fondement des articles 12 alinéa 4 et 57-1 du Code de procédure civile, en tant qu'amicable compositeur. Par ce mécanisme, les parties « permettent ainsi au juge de s'émanciper de la stricte application des normes juridiques, s'il estime que leur application stricte conduirait à un résultat non conforme à l'équité » (sur ce point v. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et J. VINCENT, *Procédure civile: droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Dalloz, coll. Précis, 2020, n° 595, p. 477). Le juge est ainsi sollicité à l'instar d'un arbitre.

¹⁹⁸⁶ S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et J. VINCENT, *Procédure civile : droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage, op. cit.*, n° 595, p. 478.

¹⁹⁸⁷ Ph. STOFFEL-MUNCK, « La réforme en pratique. La résiliation pour imprévision », *AJ contrat d'affaires* 2015, p. 262. V. également M. Jean-Sébastien Borghetti sur ce point, lequel estime que « si les parties n'arrivent pas à s'accorder sur l'adaptation du contrat, tout en étant néanmoins d'accord sur son principe, elles préféreront sans doute s'adresser à un tiers ayant une compétence particulière en lien avec l'objet et le contenu économique du contrat, qui ne sera pas, sauf exception, le juge étatique » (J.-S. BORGHETTI, « La force obligatoire des contrats », *op.cit.*).

¹⁹⁸⁸ V. en ce sens MM. Chantepie et Latina, selon lesquels « n effet, si le contrat n'a pas été modifié c'est, dans l'architecture du texte, soit parce que les parties n'ont pas réussi à se mettre d'accord lors de la renégociation (échec de la renégociation), soit parce qu'une des parties n'a pas voulu renégocier (refus de renégociation). Dans ces conditions, pourquoi les contractants, et notamment celui qui bénéficie des circonstances, prendraient-ils le risque de se soumettre à la révision judiciaire ? » (G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 529, p. 480).

¹⁹⁸⁹ G. CHANTEPIE, « Contrats : effets », *Rep. dr. civ.* 2018, n° 78.

¹⁹⁹⁰ L'auteur poursuit en énonçant que « dans un souci de cohérence il peut également être suggéré de calquer le traitement de l'imprévision sur celui de la résolution par notification ou de la force majeure, en dispensant les parties d'une résolution judiciaire. Les garanties offertes au contractant qui n'a pas décidé de mettre fin au contrat seraient alors les mêmes que celles qui sont applicables à la résolution par notification. Non seulement le juge pourra exercer un contrôle *a posteriori* et sanctionner la partie qui a rompu illégitimement le contrat, mais

Le recours amiable à l'adaptation ne trouve finalement grâce qu'aux yeux de M. Charles-Edouard Bucher, selon lequel « il est envisageable que les parties, d'accord sur le principe même de mettre fin au contrat, s'opposent sur “la date ou les conditions” qui entoureront sa disparition. L'article 1195 tel qu'il est rédigé ne leur sera d'aucun secours¹⁹⁹¹ ». Si la perspective n'est pas sans rappeler celle existant entre le divorce par consentement mutuel et le divorce pour acceptation du principe de la rupture : les parties s'accordent sur le principe de la rupture du contrat, mais non sur ses effets. Or, si le juge aux affaires familiales constitue le tiers neutre permettant de régir l'émotion des futurs anciens époux, tel n'est pas le rôle du juge en matière d'imprévision. Il est donc plus probable que les parties s'en remettent à un tiers, tel qu'un véritable médiateur¹⁹⁹², afin d'organiser amiablement leur résolution, plutôt qu'au juge qui prendra une décision ayant autorité de la chose jugée, en leur lieu et place¹⁹⁹³.

Quand bien même les parties ne sont soumises à aucune obligation de rééquilibrer le contrat, la faveur donnée à leur collaboration témoigne de l'attachement du législateur à l'égard de la correction conventionnelle du déséquilibre économique. En l'absence d'obligation des parties de parvenir à un accord, le litige est susceptible de demeurer irrésolu. Dans cette hypothèse, le législateur a de nouveau préféré exclure le juge du contentieux, en favorisant les remèdes unilatéraux.

§2 – L'unilatéralisme autorisé

Au profit de la célérité de la sanction et de la libération du créancier¹⁹⁹⁴, le législateur de 2016 paraît s'être détourné de la pureté des principes de la force obligatoire et de l'intangibilité du contrat, en vertu des lesquels le contrat était un véritable « temple de bilatéralité »¹⁹⁹⁵. Si certains estiment que les remèdes unilatéraux constituent le signe d'une

l'intervention du juge des référés pour contraindre à la poursuite de l'exécution de la convention est encore envisageable » (Ph. CHAUVIRE, « Les effets du contrat dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *op. cit.*).

¹⁹⁹¹ C.-E. BUCHER, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *op. cit.*

¹⁹⁹² M. Jean-Christophe Roda souligne par ailleurs que « l'expérience du droit des entreprises en difficulté montre toute l'utilité des conciliateurs pour parvenir à des accords souvent “sensibles” avec les créanciers » (J.-Ch. RODA, « Réflexions pratiques sur l'imprévision », *in La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 69).

¹⁹⁹³ V. en ce sens M. Charles-Edouard Bucher en vertu duquel « si les parties sont d'accord sur la nécessité d'une adaptation sans s'accorder pour autant sur les modalités, elles saisiront de préférence un tiers expert plutôt qu'un juge » (C.-E. BUCHER, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *op. cit.*).

¹⁹⁹⁴ B. FAGES, *Lamy droit du contrat*, 2021, n° 2297.

¹⁹⁹⁵ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 517, p. 463.

résurgence de la justice privée dans le contrat¹⁹⁹⁶, d'autres s'en félicitent au contraire¹⁹⁹⁷. Ont ainsi été introduites de nombreuses dispositions admettant l'unilatéralisme de l'une des parties au détriment de l'autre, et ce particulièrement en matière d'inexécution du contrat (I.).

L'introduction de l'unilatéralisme nécessite toutefois l'établissement de remparts à un éventuel abus de celui qui sera habilité à rétablir unilatéralement l'équilibre économique. L'établissement, à la charge de ce dernier, d'une obligation de motivation, s'avère ainsi nécessaire (II.).

I. HYPOTHESES D'UNILATERALISME

Le créancier tire ici ses pouvoirs de l'échec des négociations. L'unilatéralisme dans l'exécution du contrat peut tout d'abord être constaté à l'égard de certains moyens de pression susceptibles d'être exercés à l'égard du débiteur défaillant, afin que celui-ci exécute son obligation telle que l'exception d'inexécution ou l'exécution forcée. L'équilibre économique n'est pas définitivement rompu, mais simplement perturbé, si bien que celles-ci seront exclues du champ de cette étude. L'unilatéralisme trouve finalement à s'exprimer dans la saisine unilatérale du juge en cas d'imprévision (A.), la réduction du prix (B.) et la résolution du contrat (C.)

A. Saisine unilatérale du juge

Au-delà des hypothèses traditionnelles de saisine du juge en nullité ou en résolution du contrat, la réforme a ouvert de nouvelles possibilités aux cocontractants insatisfaits. Le juge peut désormais faire l'objet d'une saisine unilatérale sur le fondement des articles 1195 et 1223 alinéa 2nd du Code civil. Le juge est alors saisi par une partie afin de directement corriger l'équilibre économique du contrat. Le cas de l'article 1223 alinéa 2nd se révèle tout à fait

¹⁹⁹⁶ M. MEKKI, « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 2015, n° 120, p. 37. Si la collaboration des parties primait par principe sur l'immixtion judiciaire, M. François Ancel estime que « la volonté d'être "économe" du juge par l'extension des prérogatives unilatérales offertes aux parties n'est pas la marque d'une défiance envers lui. Elle participe de l'idée, au contraire, qu'il convient de limiter les saisines dilatoires qui n'ont d'autre but que d'exonérer une partie de ses obligations en enlisant les relations contractuelles dans le débat judiciaire, dont on sait combien il peut aussi, à l'insu de ses propres acteurs, produire un tel effet » (F. ANCEL, « Quel juge pour le contrat au XXI^e siècle ? », *D.* 2017, p. 721). L'introduction de sanction unilatérale est donc contraire à l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même » (J. BEGHIN, « Nul ne peut se faire justice à soi-même. Le principe et ses limites en droit privé » in *Travaux Association Henri Capitant*, t. XVIII, Dalloz, 1969, p. 41)

¹⁹⁹⁷ M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 301 : « il faut laisser un certain pouvoir unilatéral à chaque contractant pour assurer l'adaptation du contrat aux changements de circonstances et donc permettre la survie de celui-ci ».

classique, alors que la saisine unilatérale offerte par l'article 1195 soulève des difficultés d'interprétation, notamment du point de vue du délai à respecter.

346. Observation d'un délai raisonnable dans l'imprévision. – Le second alinéa de l'article 1195 du Code civil soumet la saisine du juge à l'expiration d'un délai « raisonnable ». Les parties doivent donc avoir tenté de négocier, de bonne foi, pendant un certain temps avant de saisir le juge. L'appréciation de la suffisance du délai sera soumise à l'appréciation des juges du fond¹⁹⁹⁸. L'esprit du texte toutefois implique que cette durée soit relativement courte, MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Y.-M. Laithier y voyant « une sorte de compensation à l'obligation de continuer l'exécution du contrat, car la notion est suffisamment adaptable pour permettre à un débiteur en très grande difficulté d'appeler rapidement le juge à son secours »¹⁹⁹⁹. L'objectif est d'éviter que le créancier ne fasse volontairement durer les négociations afin de profiter de celles-ci outre mesure, le contentieux basculant alors de l'imprévision à l'inexécution.

Il est étonnant de ne pas retrouver cette exigence au sein des articles 1223 alinéa 2nd et 1226 du Code civil. Ces dispositions autorisent la saisine du juge en cas de contestation de l'unilatéralisme, sans envisager explicitement de phase de négociation, assortie d'un délai. Il conviendrait donc d'apporter une telle précision textuelle.

Au-delà de la saisine unilatérale du juge par une partie seule en cas d'imprévision, l'ordonnance a également investi le créancier d'une prérogative de fixation unilatérale du prix.

B. Réduction du prix

Confirmée par la loi de ratification de 2018 (1.), la réduction unilatérale du prix constitue désormais une sanction de l'inexécution du contrat, offrant un rôle de premier plan au créancier insatisfait (2.).

1. Certitude théorique d'unilatéralisme

La formulation de l'article 1223 doit être clarifiée afin d'affirmer l'unilatéralisme du mécanisme.

¹⁹⁹⁸ Sur ce point, v. J.-F. FEDOU, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, n° 2, p. 383.

¹⁹⁹⁹ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 409.

347. Certitude de l'unilatéralisme. – La formulation de l'article 1223 du Code civil a fait l'objet d'importantes modifications par la loi de ratification de 2018. En effet, lors de la publication de la réforme, l'une des principales critiques apportées à l'article 1223 du Code civil était d'ordre rédactionnel²⁰⁰⁰. Le législateur avait, en effet, employé l'expression « solliciter une réduction du prix »²⁰⁰¹, laissant ainsi planer des doutes quant au destinataire de cette sollicitation²⁰⁰², et ce malgré l'explicite du rapport au Président de la République²⁰⁰³. Essuyant son lot de critiques²⁰⁰⁴, la loi de ratification de 2018 fut l'occasion pour le législateur de corriger cette maladresse au profit d'une formulation plus explicite : « (...) le créancier peut, après mise en demeure et s'il n'a pas encore payé tout ou partie de la prestation, notifier dans les meilleurs délais au débiteur sa décision d'en réduire de manière proportionnelle le prix.

²⁰⁰⁰ La réforme de 2016 n'avait pas repris la formulation de l'avant-projet de 2015, en vertu duquel « Le créancier peut accepter une exécution imparfaite du contrat et réduire proportionnellement le prix. S'il n'a pas encore payé, le créancier *notifie* sa décision dans les meilleurs délais ».

²⁰⁰¹ L'ancien article 1223 du Code civil énonçait ainsi que « le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et *solliciter une réduction proportionnelle du prix* ». L'article 1217 reprenait également cette formulation, énonçant que « la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : (...) *solliciter* une réduction du prix ». La seconde version de l'article 1223 du Code civil n'ayant pas un caractère interprétation, la première s'applique donc pour les contrats conclus entre le 1^{er} octobre 2016 et le 30 septembre 2018.

²⁰⁰² Une sollicitation étant, par définition, adressée à autrui, beaucoup d'auteurs se sont interrogés quant à l'identité de ce destinataire. Si le juge devait être écarté, compte tenu de la déjudiciarisation affichée du mécanisme, une « sollicitation » du débiteur défaillant s'avérait incohérente, au regard de l'unilatéralisme, mais également de l'absence de nécessité d'un texte spécifique permettant aux parties de s'accorder quant à une réduction conventionnelle du prix. V. en ce sens MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina, estimant la formulation de 2016 douteuse au regard du résultat obtenu (G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 641, p. 591 – G. CHANTEPIE, « Réduction du prix et résolution par notification », in *La réforme du droit des contrats en pratique*, M. LATINA (dir.), Dalloz, 2017, p. 83 – Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *RDC* 2016, p. 39 – Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *op. cit.* – P.-Y. GAUTIER, « La réduction proportionnelle du prix Exercices critiques de vocabulaire et de cohérence », *JCP G* 2016, n° 37, p. 947 – M. MEKKI, « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 2015, n° 120, p. 37 – F. CHENEDE, « La réduction du prix », *RDC* 2017, n° 3, p. 571.

²⁰⁰³ Le rapport au Président de la République énonçait ainsi que « l'article 1223 offre la possibilité *au créancier* d'une obligation imparfaitement exécutée d'accepter cette réduction sans devoir saisir le juge en diminution du prix » (rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25).

²⁰⁰⁴ Cf. *supra* note n° 1999. MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina estiment toutefois que, dès 2016, l'unilatéralisme de l'article 1223 était évident : « l'unilatéralisme de la réduction du prix transparaissait en effet dans l'alinéa 2 de l'article 1223 qui énonçait que "s'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais". De la sorte, il semble qu'il fallait distinguer deux hypothèses. Lorsque le prix n'avait pas été payé, le créancier pouvait décider seul de la réduction du prix. C'est l'hypothèse de l'alinéa 2. Au contraire, si le prix avait été payé, le créancier devait solliciter la réduction du prix auprès du juge puisque, de toute façon, il était peu probable que le débiteur lui remboursât la fraction réduite à première demande. En d'autres termes, même si l'alinéa 1er de l'article 1223 ne circonscrivait pas précisément son domaine à l'hypothèse du prix qui avait été payé, il devait, en logique, l'être » (G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 642, p. 592).

L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit ».

L'article 1223 envisage finalement la réduction unilatérale du prix à l'initiative du créancier. La formulation finale de l'article 1223 en 2018 semble établir un mécanisme en deux temps : le créancier insatisfait notifierait au débiteur la réduction du prix, celui-ci étant libre d'accepter, ou non. L'ensemble n'est pas sans rappeler la formation du contrat, l'offre étant suivie d'une acceptation. En retenant une telle interprétation de la réduction du prix, le mécanisme perdrait toute unilatéralité, la réduction devenant alors conventionnelle. En réalité, la notification et l'acceptation doivent être perçues comme deux actes indépendants, le premier constitutif, le second abdicatif.

348. Effet constitutif de la notification et l'effet abdicatif de l'acceptation. – De fait, cette succession d'actes ne constitue pas une transaction, conduisant à une révision conventionnelle du contrat, puisque ces derniers ne font que se croiser, sans qu'aucun échange des consentements n'ait lieu. La réduction du prix demeure unilatérale.

Par la notification, le débiteur du prix va indiquer au créancier son intention de réduire le prix. Ce dernier n'ayant pas été versé, le créancier du prix est finalement averti qu'il percevra moins que ce qui avait été prévu au contrat. Le débiteur du prix devra alors accepter la réduction opérée. La doctrine s'est interrogée quant à la nature de la notification et de l'acceptation. Certains l'ont assimilée à une véritable offre de révision conventionnelle du contrat, émise par le créancier et à destination de son débiteur²⁰⁰⁵. La nature de l'acceptation du débiteur est également sujette à interprétation, car attribuer à l'acceptation son sens traditionnel dans la formation du contrat contribuerait à la perte de l'unilatéralité du mécanisme.

MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Y.-M. Laithier ont élevé plusieurs arguments à l'encontre de l'assimilation de la notification et de l'acceptation au schéma classique de l'offre et de l'acceptation²⁰⁰⁶. Cette interprétation est, selon eux, ouvertement

²⁰⁰⁵ V. en ce sens M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, 1, PUF, coll. Thémis droit, 2021, n° 1025, p. 795. V. également sur ce point. MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina, selon lesquels : « soit le débiteur accepte la proposition de réduction du prix formulée par le créancier, et la réduction est conventionnelle, soit le débiteur refuse, et la réduction sera judiciaire » (G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 644, p. 595).

²⁰⁰⁶ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, op. cit., p. 563.

contraire à l'esprit du texte et à l'intention du législateur²⁰⁰⁷. Le premier alinéa de l'article 1223 envisage, en effet, la réduction unilatérale du prix, alors que le second concerne la réduction conventionnelle ou à défaut, judiciaire. Dans ce dernier cas, les cocontractants bénéficient de la possibilité de négocier la réduction du prix : une partie va émettre une offre, qui sera acceptée par la seconde. À l'inverse, dans le premier, l'esprit du texte impose une réduction unilatérale du prix. La lettre du texte est également révélatrice, en ce que le législateur a délibérément choisi la notification, au détriment de l'offre. Reconnaître une telle définition de la notification et de l'acceptation reviendrait finalement à faire doublon avec l'article 1193 du Code civil, lequel autorise la modification conventionnelle du contrat.

Finalement, la notification et l'acceptation sont deux actes juridiques indépendants, ne conduisant à aucun accord de volonté²⁰⁰⁸. MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Y.-M. Laithier estiment que la notification est un acte constitutif, faisant naître les droits spécifiques que produit la sanction (la libération partielle du créancier insatisfait)²⁰⁰⁹. À l'inverse, l'acceptation serait un acte abdicatif, témoignant de la volonté du débiteur de renoncer à toute contestation²⁰¹⁰. Suivant cette analyse, le contenu du contrat ne serait donc pas modifié par la notification, bien que le paiement soit malgré tout jugé libératoire. La notification, en tant qu'acte juridique unilatéral, va créer des droits nouveaux et modifier la situation antérieure. L'acte constitutif n'étant pas rétroactif, aucune modification du contenu contractuel n'est envisageable : le rétablissement de l'équilibre économique fera donc l'objet d'un avenant. Cette interprétation justifierait alors le recours à l'écrit, certes sévère, mais utile dans un but probatoire²⁰¹¹.

²⁰⁰⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25.

²⁰⁰⁸ « En un premier temps, le créancier notifie sa "décision" de réduire de manière proportionnelle le prix. Cet acte est constitutif : il fait naître les droits spécifiques que produit la sanction (ici la libération partielle). En un second temps, le débiteur qui peut contester cette décision (...), peut aussi, s'il le souhaite, l' "accepter", c'est-à-dire renoncer à la contester devant le juge et reconnaître tant l'exécution

²⁰⁰⁹ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, op. cit., p. 563.

²⁰¹⁰ L'acceptation serait ici à rapprocher du rôle de l'acceptation en matière de cession de créance (renoncer à se prévaloir d'une exception).

²⁰¹¹ Si l'acceptation ne doit pas être entendue comme une renonciation, alors l'exigence d'un écrit se révèle superfétatoire et contribue, au contraire, à atténuer l'unilatéralisme de l'article 1223. M. Mustapha Mekki relève par ailleurs que l'exigence d'un écrit se révèle également insuffisante, le risque étant que l'acceptation se révèle équivoque. Dès lors, il ne peut être que conseillé aux parties de recourir à une véritable transaction : « comme cette interdiction risque parfois d'être qualifiée, dans le cadre d'une QPC ou d'un contrôle de conventionnalité, d'atteinte excessive au droit à un recours effectif au juge ou au droit à un procès équitable, il vaut mieux y mettre les formes par une véritable transaction (art. 2044 c. civ.) par laquelle le débiteur renonce en connaissance de cause à toute

Une telle interprétation est conforme à l'esprit du texte, du moins celui retenu par les députés. En effet, l'Assemblée nationale avait, à l'origine, suggéré d'introduire une précision selon laquelle l'acceptation mettait fin à la contestation²⁰¹², équivalant ainsi à une renonciation et confirmant ainsi l'analyse évoquée précédemment et retenue par MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Y.-M. Laithier. La gravité de l'acte justifiait ainsi le caractère écrit de l'acceptation. Le Sénat s'est toutefois, regrettablement, opposé à l'introduction d'une telle précision²⁰¹³.

La réduction du prix pour inexécution est donc un mécanisme intrinsèquement unilatéral, et non conventionnel. L'unilatéralisme est également retrouvé dans la résolution du contrat déséquilibré.

2. Application pratique de la réduction unilatérale du prix

Lorsque la réduction unilatérale du prix se révélera en pratique opportune, celle-ci devra être précédée d'une mise en demeure du débiteur défaillant.

349. Opportunité de la réduction unilatérale du prix. – MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina résument l'intérêt de la réduction unilatérale du prix en ces mots : « plutôt que de réclamer l'exécution forcée ou, au contraire, de demander la résolution du contrat, le créancier pourra se satisfaire de l'exécution incomplète, tout en décidant, unilatéralement, de réduire le prix qu'il doit payer à proportion de la prestation reçue ». *In fine*, la réduction unilatérale du prix présente l'intérêt pratique de la révision du contrat²⁰¹⁴, ainsi que la célérité d'un remède unilatéral.

action en justice » (M. MEKKI, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 - Une réforme de la réforme ? », 2018, p. 900).

²⁰¹² Rapp. AN, 1^{er} lecture, p. 88 : « soit il y a acceptation, soit il n'y en a pas. S'il n'y en a pas, l'affaire revient au juge. S'il y en a une, le but est d'éviter le recours au juge, sur un modèle assez comparable à ce qui se déroule en droit administratif dans le cadre du recours administratif préalable obligatoire qui pourrait clore le contentieux. Pour tirer toutes les conséquences de ce texte, j'ai estimé qu'il fallait clore le recours au juge lorsque l'accord était manifeste entre le créancier et le débiteur sur la réduction du prix. Cet amendement prévoit donc que la voie judiciaire est close lorsque le créancier propose de réduire le prix et que le débiteur l'accepte. Cette clarification me semble bénéfique, le tout étant protégé tout de même par un constat par écrit de cette disposition. »

²⁰¹³ Rapp. AN, 2^e lecture, p. 35 : « le Sénat a également supprimé, à l'article 1223, la précision selon laquelle l'acceptation par écrit de la réduction du prix par le débiteur de la prestation imparfaitement exécutée met fin à la contestation. Tout en soulignant que la rédaction adoptée par l'Assemblée nationale améliorerait "*substantiellement la compréhension du dispositif*", le rapporteur du Sénat a en effet considéré que cette mention, si elle a le mérite d'empêcher la naissance de contentieux, apparaît "*relativement sévère pour le débiteur*". Il a ainsi souligné que priver le débiteur de tout recours judiciaire pourrait s'avérer excessif dans le cas où celui-ci se verrait contraint, compte tenu, par exemple, de difficultés financières importantes, d'accepter une réduction du prix abusive. »

²⁰¹⁴ Cf. *supra* n^{os} 323 et s.

La réduction unilatérale du prix n'est toutefois possible qu'avant le paiement. En ses deux alinéas, l'article 1223 du Code civil envisage en effet deux situations distinctes, selon que le paiement est intervenu ou non. Dans le premier cas, si le prix n'a pas encore été payé, la réduction unilatérale du prix est applicable, tandis que dans le second, lorsque le prix aura déjà été versé, le recours au juge est inévitable. La compréhension de ces hypothèses n'était pas aussi aisée au sein de première version de l'article 1223 du Code civil, en 2016, puisque le texte était silencieux quant au deuxième cas²⁰¹⁵.

350. Mise en demeure du débiteur défaillant. – L'article 1223 alinéa 1er du Code civil contraint le créancier insatisfait à mettre en demeure son débiteur, avant de lui notifier la réduction unilatérale du prix qui sera opérée. La démarche n'est pas étonnante, puisque les sanctions de l'inexécution sont classiquement précédées d'une mise en demeure. Cette dernière a en effet pour but de signifier au débiteur l'obligation de l'exécuter. Le contenu de cette mise en demeure exigée par le texte ne manque toutefois pas d'interroger. Si MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Y.-M. Laithier y voient une illustration classique du mécanisme²⁰¹⁶, MM. Gaël Chantepeie et Mathias Latina estiment au contraire que cet mise en demeure ne saurait constituer une dernière chance, pour le débiteur, de s'exécuter correctement²⁰¹⁷. En effet, en empruntant le chemin de l'article 1223 du Code civil, le créancier a, par définition, renoncé à obtenir l'exécution complète de la prestation, s'étant résolu à obtenir la réduction du prix. À titre d'exemple, compte tenu du retard de son cocontractant, le créancier pourrait préférer conserver ce qui a été fait et obtenir une réduction du prix, plutôt que de patienter de nouveau le temps que le débiteur s'exécute finalement. Il n'est, de plus, pas concevable d'imaginer une mise en demeure d'accepter la réduction du prix, sous peine de réduction unilatérale du prix²⁰¹⁸... Cette obligation de mise en demeure se révèle donc partiellement inefficace, voire désavantageuse. Par ailleurs, compte tenu du formalisme de la réduction unilatérale du prix au regard du mécanisme de notification et d'acceptation, nul doute que le débiteur est suffisamment informé de la modification du contrat à venir pour avoir le temps de négocier avec le créancier.

²⁰¹⁵ La doctrine s'était à l'époque interrogée quant au traitement du prix déjà payé. V. en ce sens P.-Y. GAUTIER, « La réduction proportionnelle du prix Exercices critiques de vocabulaire et de cohérence », *op. cit.*

²⁰¹⁶ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 562.

²⁰¹⁷ G. CHANTEPEIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 643, p. 594.

²⁰¹⁸ G. CHANTEPEIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *ibid.*

Une fois cette mise en demeure opérée et demeurée sans réponse pertinente, le créancier sera alors libre de notifier à débiteur la réduction unilatérale du prix qu'il s'apprête à opérer. Sur la forme, la notion de notification doit être entendue au sens de la procédure civile, c'est-à-dire que le créancier sera tenu d'emprunter la voie postale. De même, cette notification doit être faite « dans les meilleurs délais ». M. Eric Savaux juge le standard « peu évident »²⁰¹⁹. Sur ce point, MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Y.-M. Laithier relèvent une exigence de célérité supérieure, comparée au « délai raisonnable »²⁰²⁰.

Le créancier peut donc réduire le prix unilatéralement. Si cette sanction lui semblait insuffisante au regard de la perte d'utilité du contrat, il lui serait également possible de recourir à la résolution du contrat par voie de notification.

C. Résolution du contrat par voie de notification

La résolution du contrat fait désormais l'objet d'une disposition spécifique au sein du Code civil. L'article 1224 énumère ainsi différentes possibilités, établissant de ce fait une hiérarchie : la résolution conventionnelle prime, illustrant ainsi la tendance générale à la faveur pour la collaboration des parties, suivie par la révision unilatérale et, enfin, par la révision judiciaire²⁰²¹. La formulation retenue par l'ordonnance de 2016²⁰²² ne retient toutefois pas la dénomination de « résolution unilatérale », lui présentant celle de « résolution par voie de notification », témoignant de ce fait de la normalisation de l'unilatéralisme²⁰²³ (1.). De ce mécanisme doit être rapprochée la résolution du contrat de plein droit qui, si elle ne nécessite pas d'intervention judiciaire pour être efficace, est toutefois subordonnée à un constat déclaratif unilatéral de la part du créancier (2.).

²⁰¹⁹ E. SAVAUX, « Article 1223 : la réduction du prix », *RDC* 2015, n° 3, p. 786.

²⁰²⁰ Ces auteurs précisent qu'il ne s'agit toutefois pas d'une originalité du mécanisme, cette exigence étant également retrouvée concernant l'exception d'inexécution anticipée prévue à l'article 1220 du Code civil (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 562). V. également sur ce point M. Gaël Chantepeie, selon lequel « même si le texte ne le prévoit pas, il paraît préférable que le créancier motive sa décision de réduire le prix » (G. CHANTEPIE, « Contrats : effets », *op. cit.*, n° 226).

²⁰²¹ MM. Gaël Chantepeie et Mathias Latina constatent ainsi une « modification de la hiérarchie des modalités par rapport à la présentation habituellement retenue par la doctrine. La résolution judiciaire y apparaît en effet comme un mode subsidiaire d'exercice de la résolution, reléguée derrière la résolution conventionnelle et, surtout, derrière la résolution unilatérale » (G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 646, p. 597).

²⁰²² La formulation de l'article 1226 du Code civil est directement empruntée à celle de l'article 134 du projet Terré. La résolution unilatérale du prix était également retrouvée à l'article 1158 de l'avant-projet Catala et 109 du projet Terré.

²⁰²³ G. CHANTEPIE, « La gestion contractuelle de la rupture », *AJ Contrats d'affaires -Concurrence -Distribution*, 2016, p. 130.

1. Unilatéralisme de droit

La résolution par voie de notification, codification à droit constant, nécessite une mise en demeure ainsi qu'une notification au débiteur défaillant.

351. Normalisation de l'unilatéralisme dans la résolution du contrat. – La résolution unilatérale du contrat n'est pas une innovation de la réforme, celle-ci étant venue généraliser une pratique jurisprudentielle²⁰²⁴ préexistante, et parfois même légale²⁰²⁵. M. Stoffel-Munck estime avec raison qu'il n'y a pas lieu de débattre quant à la légitimité de l'institution²⁰²⁶ : le créancier vient tirer les conséquences du manquement du débiteur à ses obligations contractuelles.

Il convient toutefois de relever que la résolution unilatérale par voie de notification présente la particularité de couvrir un champ d'application identique à celui de la résolution judiciaire. La conséquence directe de cette complémentarité conduit à une perte d'opportunité de la résolution judiciaire au profit de la résolution par voie de notification. En effet, dès lors qu'une partie est autorisée à réaliser seule ce qu'elle devait anciennement solliciter du juge, il y a fort à parier qu'elle préfère passer outre les contraintes de la voie judiciaire. Ainsi, « l'effet immédiat de la résolution par notification devrait suffire à en faire le mode privilégié par le créancier »²⁰²⁷.

²⁰²⁴ Depuis l'arrêt *Tocqueville*, la jurisprudence admettait la résolution unilatérale du contrat lorsque « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls », à noter toutefois que « cette gravité (...) n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis » (Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485 ; *Bull. civ. I*, n° 300 ; *D.* 1999. 197, note Ch. JAMIN ; *JCP* 1999. II. 10133, note N. RZEPECKI ; *Defrénois* 1999. 374, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1999. 394, obs. J. MESTRE – Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 2001, n° 99-12.478, *RTD civ.* 2001, p. 590, obs. J. MESTRE et B. FAGES), mais aussi lorsque l'inexécution intervenait dans un contrat qui supposait une confiance particulière en son contractant. La jurisprudence avait ensuite généralisé la résolution unilatérale pour inexécution, « peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non » (Cass. civ. 1^{re}, 28 oct. 2003, n° 01-03.662 ; *Bull. civ. I*, n° 211). Il convient toutefois de relever que cette jurisprudence était *contra legem*, l'ancien article 1184 alinéa 3 du Code civil n'envisageant que le cas de la résolution judiciaire du contrat.

²⁰²⁵ Ainsi, l'article 1657 du Code civil autorise le vendeur à résilier le contrat de plein droit après l'expiration du délai prévu pour le retraitement de la chose vendue. De même, un établissement de crédit peut rompre un contrat de crédit sans respecter de préavis en cas de manquement grave du client.

²⁰²⁶ Ph. STOFFEL-MUNCK, « La résolution par notification : questions en suspens », *Dr. et patr.*, octobre 2014, p. 67. V. toutefois contra M. Mustapha Mekki, selon lequel la consécration d'un principe de rupture hors le juge est particulièrement dangereuse.

²⁰²⁷ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 663, p. 612. V. contra M. Paul Grosser, selon lequel compte tenu des formalités exigées à l'article 1226 du Code civil, « on est donc loin d'une résolution unilatérale conquérante, éclipsant la résolution judiciaire, même si l'ordonnance ajoute au texte du projet la possibilité d'une résolution unilatérale sans mise en demeure et délai supplémentaire, en cas d'urgence » (P. GROSSER, « Les sanctions de l'inexécution », *Dr. et patr.*, 2016, n° 258).

Il convient toutefois de relever que le législateur s'est opposé à l'admission de l'annulation du contrat par voie de notification. Cette décision peut paraître surprenante²⁰²⁸, compte tenu de la nette tendance contemporaine à la normalisation de l'unilatéralisme et du fait que de nombreux pays²⁰²⁹, ainsi que les codifications européenne et internationale²⁰³⁰ accordent une telle prérogative aux parties.

352. Mise en demeure. – L'article 1226 subordonne la résolution unilatérale pour inexécution à la réalisation d'une mise en demeure. L'exigence est nouvelle puisque la jurisprudence antérieure ne s'embarrassait pas d'une telle précaution²⁰³¹. Compte tenu de cette formalité, la résolution par notification perd en célérité au regard de la clause résolutoire de plein droit. Mme Caroline Pelletier estimant que l'introduction de cette exigence permet l'harmonisation de la mise en œuvre des trois modes de résolution du contrat existant en droit positif²⁰³².

La mise en demeure garantit les droits du débiteur, celui-ci se voyant accorder une dernière chance de s'exécuter²⁰³³. L'introduction de cette obligation de forme doit toutefois être

²⁰²⁸ A ce propos, MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier énoncent que « selon les points de vue, on louera l'esprit d'équilibre de la réforme entre tradition (nullité) et modernité (résolution) ou on dénoncera son incohérence (les craintes que l'on nourrit à l'endroit de la nullité par voie unilatérale – dérive opportuniste, abus, mise en danger du contrat, affaiblissement de la force obligatoire du contrat, passage inévitable devant le juge de toute façon... -se retrouvent tout autant sinon plus à l'endroit de la résolution » (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, op. cit., p. 370).

²⁰²⁹ Le droit allemand admet ainsi l'annulation du contrat par voie de notification (M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2^e éd. LGDJ, 2004, n° 92, p. 68)

²⁰³⁰ Article 4.112 des Principes Lando : « l'annulation a lieu par voie de notification au cocontractant », article 3.14 des Principes Unidroit : « l'annulation du contrat par une partie se fait par voie de notification à l'autre », article 148 du Code européen des contrats : « pour procéder à l'annulation du contrat la partie légitimée – ou, si celle-ci est incapable, son représentant légal – doivent adresser à la contrepartie une déclaration, contenant les indications nécessaires » (le Code européen des contrats distingue la nullité de l'annulation, la première étant extrajudiciaire tandis que la seconde est unilatérale, v. sur ce point J.-F. HAMELIN, « Le caractère judiciaire de la nullité à l'heure de la réforme du droit des contrats », *LPA* 2014, n° 245, p. 4).

²⁰³¹ V. en ce sens Cass. com. 4 févr. 2004, n° 99-21480 ; *JCP G* 2004, I, 149, n° 15, obs. J. ROCHFELD ; *RTD civ.* 2004, p. 731, obs. J. MESTRE et B. FAGES. MM. Gaël Chantepeie et Mathias Latina précisent en effet que « conçue comme une réponse à une inexécution se traduisant par un comportement grave du débiteur, la résolution unilatérale pouvait être mise en œuvre rapidement, sans exigence particulière, même lorsque le contrat contenait une clause résolutoire de plein droit » (G. CHANTEPEIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 646, p. 597). M. Gaël Chantepeie justifie cette différence procédurale au motif qu'il s'agissait « sans doute [du] prix à payer à sa généralisation. À un domaine plus large, répondent des conditions plus strictes » (G. CHANTEPEIE, « La gestion contractuelle de la rupture », op. cit.).

²⁰³² C. PELLETIER, « Article 1226 : les conditions d'exercice de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier », *RDC* 2015, p. 788. Il convient toutefois de relever que si la mise en œuvre de l'exécution forcée est également soumise à une exigence de mise en demeure, tel n'est pas le cas de la réduction unilatérale du prix. Une telle mesure aurait toutefois contribué à une harmonisation générale du droit de l'inexécution.

²⁰³³ Sur ce point, M. Philippe Stoffel-Munck émet une réserve, concernant plus particulièrement les inexécutions mineures et répétées : « dans ce contexte, une mise en demeure peut-elle se borner à être un rappel à l'ordre général ? Proche est l'hypothèse de la défaillance arythmique : des inexécutions ponctuelles, irrégulières mais si

nuancée, en ce qu'elle peut être contournée par la stipulation d'une clause résolutoire de plein droit. Par ailleurs, la mise en œuvre de l'article 1226 du Code civil demeure malgré tout plus rapide que la résolution judiciaire. Enfin, le premier alinéa de cette disposition prend soin de préciser que l'urgence justifie de passer outre la mise en demeure du débiteur.

Aux côtés de l'unilatéralisme « de droit », issu de l'article 1226 du Code civil, la réforme de 2016 a consacré une forme d'unilatéralisme « de fait » à l'article 1218.

2. Unilatéralisme de fait

L'article 1218 du Code civil prévoit la résolution du contrat « de plein droit » en cas de force majeure. En pratique toutefois, l'une des parties sera à l'origine de la résolution du contrat.

353. Initiative du créancier dans la résolution de plein droit du contrat en cas de force majeure. – L'article 1218 du Code civil prévoit désormais la résolution « de plein droit » du contrat en cas de force majeure. La résolution du contrat serait dès lors automatique, ni judiciaire, ni par voie de notifications, dès lors qu'un cas de force majeure serait caractérisé. La résolution emprunterait alors une « voie réflexe »²⁰³⁴. Ainsi, la survenue de l'événement entraînerait spontanément l'extinction du lien contractuel.

M. Pierre-Henri Antonmattei soulève toutefois le caractère relatif de l'autonomie de la sanction, au motif que le constat de la résolution par l'un des cocontractants est nécessaire afin de déclencher le mécanisme, sans pour autant qu'une intervention judiciaire ne soit nécessaire²⁰³⁵. Ainsi, M. Thomas Genicon le relève, « le point de savoir si une inexécution a eu lieu ou non dépend d'abord de l'opinion que s'en fait le créancier »²⁰³⁶. Le créancier doit ainsi prendre acte de la rupture du contrat pour force majeure²⁰³⁷. La différence réside ici en qu'il n'a pas à négocier avec son cocontractant comme c'est le cas en matière d'inexécution, ni de suivre les formalités de l'article 1226 du Code civil (mise en demeure, puis notification). M. Pierre-Henri Antonmattei estime ainsi que la déclaration de volonté tempère l'automatisme de la

répétées qu'elles en deviennent constantes ; une défaillance perlée. La mise en demeure va-t-elle se borner à dire que la prochaine inexécution devra être la dernière, sans même pouvoir la définir concrètement vu qu'elle est à venir ? » (Ph. STOFFEL-MUNCK, « La résolution par notification : questions en suspens », *op. cit.*).

²⁰³⁴ Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 140, p. 102.

²⁰³⁵ P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, n° 220, 1992, n° 236, p. 168.

²⁰³⁶ Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 140, p. 102 : « un créancier peut préférer rester obligé même s'il ne reçoit pas la contre-prestation à lui promise. Les raisons qui expliquent un tel comportement importent peu ; si un créancier souhaite que le contrat soit maintenu, pourquoi sa destruction lui devrait-elle être imposée ? ».

²⁰³⁷ Cass. soc. 24 avr. 1986, *Bull. civ.* V, n° 171, p. 134.

résolution, sans pour autant l'exclure : ainsi les effets de la résolution se produiront au jour de la réalisation de l'événement de force majeure, et non de la déclaration du créancier.

L'unilatéralisme « de fait » issu de la force majeure doit également être rapproché de la pratique de la nullité consensuelle prévue à l'article 1178 du Code civil²⁰³⁸, venant ainsi tempérer le refus du droit de français de consacrer, à l'instar du droit allemand, une véritable nullité par voie de notification²⁰³⁹, lequel soulève aujourd'hui essentiellement des questions de taxation.

Il demeure certain que cette normalisation de la résolution unilatérale du contrat pour inexécution est contrebalancée par la possibilité, pour le débiteur la subissant, de saisir le juge *a posteriori* à des fins de contrôle. Le rôle du juge serait ainsi déplacé temporellement, à compter toutefois que ce recours se révèle efficient en pratique. MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina estiment que le rapprochement de la procédure avec une action en résolution judiciaire « ne suffira pas à justifier le recours initial à la résolution judiciaire »²⁰⁴⁰, justifiant dès lors le déclin de la voie judiciaire au profit de la résolution unilatérale.

II. NECESSITE D'UNE OBLIGATION DE MOTIVATION

Seul l'article 1226 envisage explicitement la nécessité, pour le créancier insatisfait, de motiver l'exercice d'une sanction unilatérale. Le créancier doit en effet notifier le débiteur de sa volonté motivée de résoudre le contrat²⁰⁴¹. Au-delà des questions de forme communes à la réduction unilatérale du prix²⁰⁴², c'est davantage le contenu de l'exigence de motivation formulée par l'article 1226 du Code civil qui se révèle obscur. Le créancier doit ainsi motiver la résolution unilatérale du contrat qu'il s'apprête à opérer, c'est-à-dire justifier le recours à la sanction²⁰⁴³. À l'instar des règles applicables en matière de fixation unilatérale du prix, la

²⁰³⁸ Cf. *supra* n° 342.

²⁰³⁹ Article 143 du BGB.

²⁰⁴⁰ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 663, p. 613.

²⁰⁴¹ En adoptant une telle exigence, le législateur a exaucé les vœux d'une partie de la doctrine (M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *op. cit.* – S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Deffrénois* 30 mars 2003, p. 383 – D. MAZEAUD, « Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs ! », *D.* 2010, p. 2178.).

²⁰⁴² Cf. *supra* nos 352 et 361.

²⁰⁴³ MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina y perçoivent une application de l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat énoncée à l'article 1104 du Code civil (G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 659, p. 609). Au-delà, cette obligation permet de responsabiliser le créancier en lui faisant prendre conscience de la gravité de l'acte qu'il s'apprête à commettre.

motivation du créancier modifie la répartition de la charge de la preuve entre les parties²⁰⁴⁴, venant ainsi contrebalancer la prérogative unilatérale confiée au créancier. Cette obligation de motivation constitue, de plus, une manifestation du principe de bonne foi dans l'exécution du contrat formulé à l'article 1104 du Code civil.

Les droits potestatifs²⁰⁴⁵ constituent pourtant un véritable danger pour le contrat en ce que leur exercice est susceptible de nuire au débiteur s'il est abusivement réalisé²⁰⁴⁶. Or, « la reconnaissance du pouvoir unilatéral commande d'en admettre la conséquence – la suprématie de son titulaire sur le sujet de ce pouvoir – et de le cantonner, puisque toute personne ayant un pouvoir est encline à en abuser »²⁰⁴⁷. Selon Mme Judith Rochfeld, le titulaire d'une prérogative unilatérale commet un abus dès lors qu'il l'exerce sans tenir compte des intérêts de son cocontractant²⁰⁴⁸. Dès lors, l'article 1223 du Code civil devrait également comprendre une véritable obligation de motivation.

354. Nécessité d'une obligation de motivation lors de la mise en œuvre de réduction unilatérale du prix. – L'article 1223 du Code civil impose au créancier de mettre en demeure son débiteur avant de lui notifier la réduction unilatérale du prix qu'il s'apprête à opérer. Aucune obligation de motivation n'est mise à la charge du créancier, alors que tel est pourtant le cas en matière de résolution unilatérale du contrat par voie de notification (exécution forcée ?) et de fixation unilatérale du prix. Le silence du législateur sur ce point surprend et contraste au regard du reste de la réforme.

L'obligation de motivation constitue en effet l'un des garde-fous de l'unilatéralisme, tempérament utile et nécessaire de l'unilatéralisme. Elle renvoie à l'idée qu'une personne doit

²⁰⁴⁴ M. Philippe Stoffel-Munck estime à ce propos que « l'énoncé des motifs vise à préparer la suite du processus, à savoir l'éventualité d'un contrôle par le juge » (Ph. STOFFEL-MUNCK, « La résolution par notification : questions en suspens », *op. cit.*). Sur le rôle de la motivation dans la contestation du débiteur, cf. *infra* n^{os} 354 et s.

²⁰⁴⁵ Sur ce point, v. Mme Judith Rochfeld selon laquelle « une ambiguïté ne manque pas de surgir lorsque le droit né du contrat emprunte les traits de la puissance. Dans certains cas, en effet, l'un des contractants détient, en sa seule puissance, la capacité d'imposer un sacrifice à son partenaire (...), tandis que ce dernier ne peut que subir ce pouvoir, sans possibilité de revenir sur son consentement ». Cette auteure définit ainsi le droit potestatif comme « le pouvoir, pour son titulaire, d'influer sur une situation juridique préexistante en la modifiant, l'éteignant ou en créant une nouvelle, par sa seule volonté unilatérale et sans que son partenaire, placé dans une position totale de sujétion, puisse y faire obstacle » (J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 747).

²⁰⁴⁶ Mme Judith Rochfeld établit ainsi une distinction entre l'usage abusif – nuisant au cocontractant – de l'usage arbitraire – plongeant le cocontractant dans l'incertitude. Ne sera ici étudié que l'usage abusif d'une prérogative unilatérale par le créancier insatisfait (J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *op. cit.*).

²⁰⁴⁷ Th. REVET, « La détermination unilatérale de l'objet du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Economica, coll. Etudes juridiques, 1999, p. 31.

²⁰⁴⁸ J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », *op. cit.*

expliquer ses raisons, et donc les exprimer, pour pouvoir prendre certaines décisions et adopter certaines attitudes²⁰⁴⁹. Finalement, « un droit (unilatéral) n'est octroyé à un contractant que dans une finalité bien précise dont il doit rendre compte au moment où il exerce ce droit »²⁰⁵⁰. Dès lors, l'utilisation du droit est limitée : « le titulaire du droit ne peut en faire usage que dans les hypothèses et pour les finalités prévues »²⁰⁵¹.

Peut-être le législateur aura-t-il conçu la notification de la réduction comme une forme de motivation. Après tout, le créancier prendra sans doute systématiquement la peine de communiquer à son débiteur une justification, ne serait-ce que minime, du calcul opéré afin de réduire le prix dans le but d'éviter toute contestation de son débiteur. La finalité de l'obligation de motivation ne sera toutefois pas remplie, le créancier n'ayant pas justifié le recours à la réduction du prix en lui-même. Il semble dès lors plus rigoureux de la part du créancier de motiver sérieusement la réduction du prix opérée.

²⁰⁴⁹ M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *op. cit.* Mme Muriel Fabre-Magnan distingue ainsi la motivation au sein du droit des contrats spéciaux, répondant à la définition précitée, de la motivation en droit commun des contrats, laquelle renvoie davantage à la « vertigineuse » question de la cause.

²⁰⁵⁰ M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *op. cit.*

²⁰⁵¹ M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *op. cit.*

CONCLUSION DE LA SECTION I

Les parties bénéficient d'un double rôle important dans le rétablissement de l'équilibre économique en cours d'exécution du contrat.

355. La collaboration des parties s'affirme comme la solution la plus opportune et respectueuse de la force obligatoire du contrat, au détriment tant de l'immixtion judiciaire que de l'unilatéralisme. Les parties seraient ainsi soumises à une véritable obligation d'entamer des négociations, sur le fondement de l'exécution des contrats de bonne foi prévue à l'article 1104 du Code civil.

La collaboration des parties n'est toutefois pas contrainte, en ce que si le rétablissement conventionnel de l'équilibre économique du contrat est souhaitable, les parties ne sont soumises à aucune obligation de parvenir à un résultat. Des solutions telles que la saisine conjointe du juge en vue d'adapter le contrat ou la décision commune des parties d'annuler ou de résoudre le contrat, selon les cas, ont la faveur du droit positif.

356. Le rôle des parties dans le rétablissement de l'équilibre économique se dédouble en réalité. Plutôt que d'accorder au juge le pouvoir de trancher le litige irrésolu par les parties, le législateur a préféré accorder cette possibilité à une partie seule.

Le créancier insatisfait est ainsi libre de réduire unilatéralement le prix, dès lors que celui-ci n'a pas encore été payé. Dans cette hypothèse, le recours final est d'ordre purement pratique. Enfin, le recours à la résolution par voie de notification permet au créancier de passer outre le désaccord de son cocontractant afin de se libérer des liens contractuels.

La réforme a ainsi accordé d'importantes prérogatives aux parties. Si le juge s'est également vu confier certains pouvoirs, ceux-ci ne sont que subsidiaires à ceux des parties, dans une logique majoritairement coercitive.

SECTION II

ROLE SUBSIDIAIRE DU JUGE

M. Christophe Albigès le relève, « même si le principe du recours à la justice privée prédomine, la justice étatique peut également intervenir et exercer un contrôle »²⁰⁵². Cette référence à la notion de « contrôle » au rôle octroyé au juge par la réforme de 2016.

Il était traditionnellement observé que « le juge qui se permettrait de [modérer l'obligation] violerait ouvertement la loi du contrat [et] exposerait son jugement à la censure de la Cour de cassation »²⁰⁵³. Le rôle du juge a fait l'objet d'une métamorphose depuis l'ordonnance de 2015. Certains de ses pouvoirs ont été supprimés (révision des honoraires, résolution en cas de force majeure²⁰⁵⁴), d'autres ont été confiés, on l'a vu, au créancier. Si certains estiment le juge « en retrait » par la réforme, ce dernier paraît chargé, par la réforme, d'importants pouvoirs relativement au rétablissement de l'équilibre économique. Le juge s'est ainsi vu offrir le pouvoir de résoudre ou réviser le contrat victime de l'imprévision (article 1195), de réduire le prix déjà payé d'un contrat imparfaitement exécuté (article 1223 alinéa 2nd du Code civil) et de résoudre le contrat inexécuté (article 1227 du Code civil). Le juge doit également contrôler la mise en œuvre de l'unilatéralisme, tant sur le fond que sur la forme, sans que le texte n'ait prévu son office à ce propos. Ce faisant, le juge joue ainsi un double rôle d'« agent de liberté » : il protège ainsi tant la liberté du débiteur face à l'unilatéralisme de son cocontractant, que la liberté du créancier, qui n'a pas à supporter une loi contractuelle méconnue²⁰⁵⁵.

Finalement, la nature des pouvoirs du juge n'aura pas été sensiblement modifiée par la réforme, par opposition au moment de son intervention. En effet, le véritable pouvoir octroyé au juge réside dans un rôle subsidiaire de coercition à l'égard des parties. La réforme est construite autour de l'idée qu'en octroyant des pouvoirs suffisants au juge (§2), celui-ci n'aura

²⁰⁵² Ch. ALBIGES, « L'inexécution du contrat », in *La réforme du droit des contrats : actes de colloque, 1ère journée Cambacérés*, Université de Montpellier, 2015, p. 181.

²⁰⁵³ TOULLIER, *Le droit civil français selon l'ordre du code*, 4^e éd., vol. 6, Warée, 1824, n° 85.

²⁰⁵⁴ M. Yves-Marie Laithier souligne que la résolution, désormais de plein droit, en cas de force majeure illustre la tendance contemporaine au « retrait du juge » (Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *RDC* 2016, p. 39). Sur ce point, M. Fabrice Gréau juge cette solution peu prudente et précise que « la radicalité de cette solution aurait pu être adoucie par une obligation imposée au contractant empêché de notifier à l'autre contractant la survenance de l'empêchement et la résolution du contrat dans un délai raisonnable » (F. GREAU, « Force majeure », *Rep. dr. civ.* 2017, n° 97).

²⁰⁵⁵ V. en ce sens M. Jacques Mestre, à propos de l'exécution forcée J. MESTRE, « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat* J. MESTRE (dir.), PUAM, 1993, p. 91. M. Jean-François Fédou évoque quant à lui le « rôle d'appui » offert au juge par la réforme de 2016 (J.-F. FEDOU, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, n° 2, p. 383.

pas à les utiliser, car les parties parviendront à une solution conventionnelle par le biais des négociations ou car l'unilatéralisme sera utilisé à bon escient, sans abus (§1).

§1 – Rôle coercitif du juge

Le juge s'est vu octroyer un double rôle coercitif par la réforme. Le risque d'une saisine judiciaire devrait, d'une part, contraindre les parties à parvenir à une solution conventionnelle (I.). D'autre part, ce même risque encadrera l'exercice des prérogatives unilatérales dévolues au créancier insatisfait, celui-ci les exerçant dans le respect des intérêts de son cocontractant (II.).

I. COERCITION DANS LE DEROULEMENT DES NEGOCIATIONS

Les hypothèses de saisine judiciaire sont en effet précédées d'une phase de négociation imposée par le législateur. Ainsi, l'article 1223 alinéa 2 soumet la saisine du juge en cas de contestation de la réduction du prix déjà payé à l'absence d'accord des parties²⁰⁵⁶. De même, l'article 1195 du Code civil n'envisage la saisine du juge qu'à l'issue d'un refus ou d'un échec des négociations. Le déroulé des négociations révèle l'importance du rôle coercitif du juge dans ces hypothèses (A.), la partie saisissant le juge sans avoir préalablement tenté de négocier avec son cocontractant se verra opposer une fin de non-recevoir (B.).

A. Négociations encouragées par la menace d'une saisine judiciaire

La possibilité d'une saisine judiciaire, avec les aléas que celle-ci importe, à l'issue des négociations, encouragera certainement les parties à négocier de bonne foi.

357. Influence du juge sur le déroulement des négociations. – À considérer que la partie subissant l'imprévision ou l'inexécution ait accepté de négocier, par empathie ou par prudence²⁰⁵⁷, la probabilité que les négociations finissent par un échec est peu probable. L'accord des parties, quand bien même ne serait-il pas spontané, sera encouragé par le rôle du

²⁰⁵⁶ Cette possibilité n'avait pas été prévue en 2016 par la réforme et de nombreux auteurs avaient relevé l'impasse dans lequel se trouvait alors le créancier. La loi de ratification de 2018 a donc créé un second alinéa, envisageant l'hypothèse d'un recours direct au juge dans une telle hypothèse.

²⁰⁵⁷ N. MOLFESSIS, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *op. cit.* V. également sur ce point M. Jean-Denis Pellier, pour qui « le cocontractant sera peut-être incité à renégocier sous peine de s'exposer à une révision voire à une mise à mort du contrat » (J.-D. PELLIER, « Réflexion sur l'imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats (observation sur l'article 1196 du projet de réforme) », *LPA* 2015, n° 228, p. 8). M. Charles-Edouard Bucher confère ainsi à l'intervention du juge un effet « prophylactique » (C.-E. BUCHER, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *CCC* 2016, n° 5, doss. 6).

« grand méchant juge »²⁰⁵⁸. M. Philippe Stoffel-Munck estime ainsi que la possibilité pour le juge de contraindre les parties à renégocier « donnerait une meilleure chance au règlement amiable. Il amoindrirait la portée de l'interférence du juge dans le contrat, interférence dont il convient à présent de mesurer la portée »²⁰⁵⁹. En effet, « le bénéficiaire des circonstances perdra donc la maîtrise des concessions qu'il souhaite faire, voire le bénéfice du contrat, ce qui le contraindra alors à se fournir ailleurs aux conditions du marché, dictées par le changement des circonstances. Mieux vaut donc pour lui qu'il renégocie afin de conserver au moins une part du profit qu'il retire du contrat du fait des circonstances »²⁰⁶⁰. L'importance de l'aléa judiciaire suffira, sûrement, à contraindre le bénéficiaire de l'imprévision récalcitrant à entrer en négociation. Ce point de vue est également retrouvé chez M. Mustapha Mekki, selon lequel « la meilleure des prévisibilités pour les parties réside alors dans l'évitement du juge. Si une maxime devait alors résumer l'esprit de l'ordonnance au stade de l'inexécution, elle serait la suivante : qui dit droit attractif des contrats, dit juge répulsif ! »²⁰⁶¹. Ce faisant, le législateur a poussé jusqu'à l'absurde la logique de l'accord amiable, afin de faire du recours au juge un ultime recours²⁰⁶², érigeant ainsi un système coercitif²⁰⁶³.

M. Nicolas Molfessis déplore, en matière d'imprévision, ce recours à ce qu'il nomme « l'argument de l'épouvantail de la fin du contrat »²⁰⁶⁴, jugé inadmissible. Ce dernier ouvrirait, en effet, « sur un chantage de la part de celui qui veut forcer à la renégociation, puisque l'autre

²⁰⁵⁸ M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC* 2016, n° 2, p. 400.

²⁰⁵⁹ Ph. STOFFEL-MUNCK, « La réforme en pratique. La résiliation pour imprévision », *AJ contrat d'affaires* 2015, p. 262.

²⁰⁶⁰ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 528, p. 479.

²⁰⁶¹ M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *op. cit.* Ainsi selon l'auteur, « Si la réforme opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 est destinée à rendre le droit des contrats plus attractif, elle entend pour cela jouer sur la figure d'un "grand méchant juge", un juge répulsif qui invite les parties à user avec parcimonie, raison et modération des nouveaux pouvoirs qui lui sont octroyés, à tenter de régler à l'amiable leurs différends, à anticiper sur l'intervention du juge en lui adressant de nombreuses directives et informations sur leurs intentions. À défaut, les parties s'exposeront aux foudres d'un juge qui, sans arbitraire, dispose cependant d'une palette d'instruments tellement importante qu'elle déjouera toute prévisibilité des parties ».

²⁰⁶² G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 529, p. 480.

²⁰⁶³ V. *contra* M. Charles Gijssberg selon lequel le rôle coercitif du juge « peut sembler malgré tout assez platonique, car, d'une part, l'article 1195 n'impose pas, formellement, une véritable obligation de renégocier et parce que, d'autre part, les parties seront très souvent en désaccord sur la question préalable de savoir si les conditions d'application du texte sont bel et bien remplies. La saisine des tribunaux risque donc d'être assez fréquente... » (C. GIJSBERG, « La révision du prix », *RDC* 2017, n° 3, p. 564). Il convient donc de souligner l'impérativité de clarifier les conditions d'accès à l'imprévision afin que le juge puisse pleinement jouer son rôle.

²⁰⁶⁴ La comparaison est également reprise par M. Philippe Dupichot, lequel qualifie la phase judiciaire d'« épouvantail participant d'un traitement prophylactique » (Ph. DUPICHOT, « La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 73).

partie devra soit courir le risque de perdre le contrat en cas de refus soit s'en remettre au juge, d'accord commun avec son contractant, s'il le veut bien et sans que l'on ne sache s'il était fondé à solliciter la renégociation »²⁰⁶⁵. M. Eric Savaux émet des doutes comparables à propos de la réduction judiciaire du prix déjà payé : la partie ayant – prétendument – mal exécuté son obligation se verra obligée de subir la réduction imposée par son cocontractant, quitte à saisir le juge par la suite. L'auteur juge cette possibilité d'obtenir du juge, *a posteriori*, un paiement intégral peu raisonnable »²⁰⁶⁶.

Le manquement des parties à leur obligation de renégocier entraînera la saisine du juge et le prononcé d'une fin de non-recevoir.

B. Saisine du juge en violation de l'obligation de renégocier

Les parties doivent renégocier le contrat sur le fondement de l'obligation d'exécuter les conventions de bonne foi. Le cocontractant qui saisirait le juge sans avoir préalablement tenté de négocier avec l'autre partie risquerait de se voir opposer une fin de non-recevoir.

358. La négociation, préalable à l'unilatéralisme²⁰⁶⁷. – L'unilatéralisme doit être un palliatif à l'échec des négociations. Le créancier ne saurait unilatéralement saisir le juge en révision ou résolution du contrat, que ce soit pour imprévision ou pour inexécution²⁰⁶⁸, sans avoir, au préalable, tenté de négocier avec son cocontractant.

Survient naturellement la question de savoir comment sanctionner le créancier qui violerait son obligation de négocier²⁰⁶⁹. Ce faisant, le créancier aurait fait prévaloir l'unilatéralisme sur le consensualisme, en contrariété avec l'esprit de la réforme. La responsabilité contractuelle constitue la réponse la plus évidente : le créancier ayant manqué à l'une des obligations du contrat, il devra donc indemniser son cocontractant. La doctrine soulève toutefois la nécessité de sanctionner davantage le créancier, en faisant de l'obligation de négocier un véritable préalable à la mise en œuvre des prérogatives unilatérales. La voie de

²⁰⁶⁵ N. MOLFESSIS, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *op. cit.*

²⁰⁶⁶ L'auteur poursuit de la façon suivante : « déjà, le droit *de la résolution* se trouve largement "déjudiciarisé", faut-il y ajouter l'exécution des obligations essentielles, à la merci d'une partie ? Faut-il absolument jouer aux apprentis sorciers pour avoir l'air moderne, ou céder aux sirènes du droit comparé ou de la *soft law* du droit international (nombre de modèles ont servi) ? » (E. SAVAUX, « Article 1223 : la réduction du prix », *RDC* 2015, n° 3, p. 786).

²⁰⁶⁷ Pour rappel, il ne s'agit que d'une obligation de moyens et non de résultat (cf. *supra* n° 341).

²⁰⁶⁸ Le cas est ici celui des articles 1195 et 1223 alinéa 2nd du Code civil.

²⁰⁶⁹ La solution a été beaucoup discutée par la doctrine en matière d'imprévision, mais demeure ignorée concernant l'inexécution alors que la question s'avère tout aussi pertinente.

l'unilatéralisme devrait ainsi être fermée à celui qui aurait délibérément refusé de coopérer avec son cocontractant.

En matière d'imprévision, il semblerait donc que la partie qui saisit directement le juge, dans ces conditions, se voit opposer une fin de non-recevoir pour défaut d'intérêt²⁰⁷⁰. Un tel moyen doit être préféré à l'exception de procédure, au motif que la fin de non-recevoir, dans l'imprévision, « semble en harmonie avec la préférence que les préalables à la demande manifestent envers la recherche d'une solution consensuelle entre les parties à un contrat dont les circonstances ayant présidé à la formation sont, en cours d'exécution, modifiées de telle sorte que l'exécution de ses obligations par l'un des contractants en devient excessivement onéreuse : le législateur souhaite que cette partie, avant que de saisir le juge d'une demande de révision ou de résolution du contrat, propose à l'autre une renégociation amiable et, en cas d'échec ou de refus des négociations, qu'elle recherche avec l'autre une résolution amiable du contrat ou la présentation conjointe d'une demande de révision judiciaire. Ce schéma s'apparente aux clauses de conciliation ou de médiation préalables dont la méconnaissance ouvre sur les sanctions des fins de non-recevoir »²⁰⁷¹. Le raisonnement peut être transposé, sans difficulté, à l'exécution imparfaite. Il convient également de préciser que cette fin de non-recevoir devra être soulevée par les parties, le juge n'étant pas soumis à l'obligation de les relever d'office en vertu de l'article 125 du Code de procédure civile²⁰⁷².

Il pourrait être argué que cette solution manque de pragmatisme. Quitte à ce que les parties soient présentes devant le juge, autant que celui-ci tranche le litige et ce d'autant qu'il est probable que le procès ait définitivement rompu la confiance entre les parties, les empêchant de mener des négociations fructueuses. L'allocation de dommages-intérêts constituerait alors une sanction suffisante du créancier présomptueux. En réalité, autoriser le juge à rétablir l'équilibre économique malgré la violation de l'obligation de négocier serait contre-productive, puisque le créancier obtiendrait ce qu'il souhaite, sans même prendre le temps de résoudre

²⁰⁷⁰ V. également sur ce point J.-F. FEDOU, « Le juge et la révision du contrat », *op. cit.* V. *contra* M. Mustapha Mekki selon lequel « on peut en douter car la loi réserve formellement le cas du refus de renégocier et on voit mal dans ces conditions comment une fin de non-recevoir pourrait être retenue » (M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *op. cit.*). L'argument est convaincant et soulève la nécessité d'une modification partielle des articles 1195 et 1223 alinéa 2nd du Code civil sur ce point.

²⁰⁷¹ Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, n° 2, p. 373.

²⁰⁷² La violation de cette obligation ne saurait, de plus, faire l'objet d'une régularisation en cours d'instance (Cass. Ch. mixtes, 12 déc. 2014, n° 13-19.684 ; *JCP G* 2014, p. 1328, note G. DEHARO ; *JCP G* 2015, p. 115, note N. DISSAUX ; *D.* 2015, p. 208, note C. BOILLOT,

conventionnellement le conflit. Le juge joue ici un véritable rôle de menace puisqu'il peut, finalement, refuser d'incarner la porte de sortie du créancier.

359. Sanction de la renégociation de mauvaise foi. – Si les parties sont soumises à une obligation de négocier, il ne s'agit toutefois que d'une obligation de moyen, c'est-à-dire que les parties ne sont pas tenues de parvenir à un quelconque accord²⁰⁷³. Il appartiendra dès lors à la partie ayant unilatéralement saisi le juge ou ayant lui-même réduit le prix ou révisé le contrat d'apporter la preuve d'avoir mis tous les moyens en œuvre afin de parvenir à un accord, sans succès.

Au-delà du rôle joué par la bonne foi dans l'introduction des négociations, celle-ci intervient également dans leur déroulé. M. Jean-Christophe Roda s'interroge toutefois quant aux caractéristiques de la bonne foi à ce propos : « est-ce une bonne foi "standard" ou une bonne foi éclairée par l'objectif de l'article 1195 qui est de rétablir l'équilibre rompu du contrat ? ». Il conviendra de retenir la seconde acception et de la généraliser à l'ensemble des cas de déséquilibre économique. Cet auteur recommande également de se référer à l'article L. 441-8 du Code de commerce, selon lequel « la renégociation de prix est conduite de bonne foi dans le respect du secret des affaires (...). Elle tend à une répartition équitable entre les parties de l'accroissement ou de la réduction des coûts de production résultant de ces fluctuations ». L'auteur se réfère également au droit italien, lequel « prévoit pour sa part que la partie qui bénéficie de l'imprévision doit modifier "équitablement" le contrat, sinon celui-ci sera résolu ». Le critère de l'équité viendrait ainsi compléter celui de la bonne foi : fait preuve de mauvaise foi le cocontractant qui ne propose pas une solution équitable²⁰⁷⁴.

La question qui se pose alors est celle du cocontractant qui aurait négocié de mauvaise foi. Dans l'imprévision, il s'agira du créancier ayant refusé, sans motif, au débiteur, une solution aisée afin de lui épargner de subir une excessive onérosité. De même, il peut s'agir du créancier qui aurait, sans motif encore, d'accorder un délai à son débiteur pour s'exécuter. Encore une fois, le recours à des dommages-intérêts s'impose, mais ne saurait constituer une sanction suffisante.

²⁰⁷³ Cf. *supra* n° 341.

²⁰⁷⁴ Sur ce point, v. R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 573, 2015, n° 452, p. 360. L'auteur distingue les contrats dans lesquelles la confiance n'est que modérée, de ceux exigeant une confiance renforcée. Les premiers désignent la majorité des contrats et renvoient vers la bonne foi « standard » évoquée par M. Jean-Christophe Roda. En effet, un cocontractant « ne peut légitimement attendre de son partenaire qu'il ne serve pas ses intérêts propres ». A l'inverse, la seconde correspond à « l'hypothèse particulière dans laquelle une personne a le droit d'exercer un droit conformément à l'intérêt de son partenaire (...) la relation s'ancre dans un rapport de devoir. Celui-ci appelle tantôt à la protection du cocontractant, tantôt à la protection de l'intérêt commun ».

360. Assimilation de la mauvaise foi à l'absence de négociation. – Compte tenu de l'importance de la négociation dans la mise en œuvre de l'unilatéralisme, la sanction des dommages-intérêts se révèle insuffisante. La négociation des parties constitue, en effet, le mode de rétablissement idéal de l'équilibre économique. Dès lors, sanctionner la mauvaise foi du demandeur par le versement de dommages-intérêts n'est peut-être pas suffisant afin de contraindre celui-ci à respecter la norme. M. Yves Picod estime ainsi que la déloyauté justifie une atteinte à la force obligatoire du contrat²⁰⁷⁵, laquelle serait, dès lors, judiciaire. Au vu de ce qui a été démontré précédemment, une telle perspective n'est pas opportune, car cela reviendrait à accorder une faveur au créancier de mauvaise foi. Dès lors, il convient d'assimiler la mauvaise foi à l'absence de négociation : le créancier se verra ainsi opposer une fin de non-recevoir, et sera de plus contraint de verser des dommages-intérêts à son cocontractant.

Le juge joue donc un rôle coercitif, en ce que celui-ci peut refuser de trancher le litige et renvoyer les parties négocier. Ce rôle est également retrouvé à travers la sanction des manquements aux obligations inhérentes à l'unilatéralisme.

II. COERCITION DANS L'EXERCICE LOYAL DE L'UNILATERALISME

La mise en place de l'unilatéralisme par la réforme nécessitait l'établissement de mécanismes de contrôle afin de parer à l'éventuel abus du maître du prix. Le rapport au Président de la République le souligne : « la sécurité juridique et la protection du débiteur ne sont pas sacrifiées pour autant à l'impératif économique puisque cette faculté est très encadrée ». L'exercice de l'unilatéralisme est encadré, d'une part, par l'obligation de motivation et, d'autre part, par la possibilité d'un contrôle du juge *a posteriori*²⁰⁷⁶.

En effet, « le contrôle judiciaire demeure présent derrière la procédure purement privée mise en œuvre »²⁰⁷⁷. Cette possibilité d'immixtion judiciaire joue ainsi un double rôle. Si le juge va directement intervenir au sein du litige afin de rétablir, le cas échéant, l'équilibre économique perturbé par l'unilatéralisme du créancier, le juge incarne surtout de nouveau un rôle de menace. Le champ lexical de l'article 1226 du Code civil le souligne, la résolution par

²⁰⁷⁵ Y. PICOD, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat*, J. MESTRE (dir.), PUAM, 1993, p. 58.

²⁰⁷⁶ M. Philippe Stoffel-Munck souligne la nécessité d'un contrôle judiciaire *a posteriori*, concernant la résolution du contrat, au motif que « il est, certes, bon qu'existe un contrôle susceptible de paralyser une résolution unilatérale infondée ; à défaut, cette institution deviendrait un mécanisme permettant de rompre n'importe quel contrat au prix de simples dommages et intérêts » (Ph. STOFFEL-MUNCK, « Exécution et inexécution du contrat », *RDC* 2009, n° 1, p. 333).

²⁰⁷⁷ G. CHANTEPIE, « La gestion contractuelle de la rupture », *op. cit.*

voie de notification est réalisée aux risques et périls du créancier²⁰⁷⁸. Ainsi, la connaissance, par le créancier, d'une possibilité de contrôle *a posteriori* modérera sans doute ses velléités abusives. Le juge joue donc également ici un rôle coercitif, en contrôlant les conditions de forme (A.) et de fond (B.) de l'exercice de l'unilatéralisme par une partie.

A. Contrôle des conditions de forme

Les articles 1195, 1223 et 1226 du Code civil énoncent des conditions de forme telles que la mise en demeure du débiteur, la notification et la motivation de l'unilatéralisme. Tout manquement à ces exigences doit faire l'objet d'une sanction, la sévérité des mesures s'expliquant par le rôle coercitif du juge²⁰⁷⁹ : le créancier n'ayant pas respecté les conditions de forme dans la mise en œuvre de sa prérogative unilatérale verra son acte annulé.

Une fois une prérogative unilatérale exercée, l'heure n'est plus au contrôle des négociations²⁰⁸⁰. La mise en œuvre de l'unilatéralisme soumet la partie investie d'une prérogative unilatérale à d'importantes conditions de forme. Les articles 1223 et 1226 du Code civil soumettent la réduction unilatérale du prix et la résolution par voie de notification à une mise en demeure, suivie d'une notification. L'article 1223 exige une notification « dans les meilleurs délais », tandis que l'article 1226 formule une exigence de motivation, laquelle doit également être appliquée à la réduction du prix²⁰⁸¹. Aucun de ces textes n'a prévu de sanction à la violation des obligations qu'ils ont pourtant instituées. La déchéance de l'unilatéralisme constitue, dès lors, la sanction privilégiée.

361. Protection du débiteur assurée contre l'unilatéralisme du créancier par les conditions de forme. – Les conditions de forme édictées aux 1223 et 1226 du Code civil (mise

²⁰⁷⁸ Cette formulation est empruntée à l'arrêt Tocqueville, Cass. civ. 1^{re}, 13 oct. 1998, n° 96–21.485 ; *Bull. civ.* I, n° 300 ; *D.* 1999. 197, note Ch. JAMIN ; *JCP* 1999. II. 10133, note N. RZEPECKI ; *Defrénois* 1999, p. 374, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1999. 394, obs. J. MESTRE.

²⁰⁷⁹ M. Mustapha Mekki justifie la sévérité de la sanction de la violation des conditions de forme par la nécessité de contrebalancer le pouvoir unilatéralement offert au créancier : « si en droit le débiteur peut saisir le juge, qu'en est-il réellement en fait ? A-t-il les moyens financiers et intellectuels d'engager un procès alors que le contrat qui pouvait être sa principale source de revenus a été rompu ? Le rétablissement du contrat n'étant pas toujours possible, n'est-ce pas admettre qu'une partie puisse se rétracter moyennant le paiement d'une indemnité ? On s'oriente alors davantage vers un droit des remèdes inspiré de la rationalité économique et moins attaché au respect de la parole donnée ! C'est pourquoi, ce pouvoir de rompre le contrat à durée déterminée hors le juge doit être contrebalancé par des règles de procédures, des modalités permettant la compréhension, voire l'acceptabilité de la rupture par le cocontractant mais, surtout, facilitant le contrôle de légitimité opéré *a posteriori* par le juge » (M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *op. cit.*).

²⁰⁸⁰ Le juge pourra, subsidiairement, accorder des dommages-intérêts sur le fondement de l'article 1104 du Code civil. Le défaut de négociation constituera également un indice de la mise en œuvre déloyale de sa prérogative unilatérale par le créancier.

²⁰⁸¹ Cf. *supra* n° 354 concernant la nécessité d'une obligation de motivation au sein de l'article 1223 du Code civil. Il conviendra ici d'assimiler le défaut de motivation à la motivation dérisoire. Une obligation insuffisante sera alors sanctionnée, comme le défaut de motivation. L'appréciation du caractère dérisoire de la motivation sera soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond.

en demeure, notification, motivation) garantissent la protection du débiteur défaillant face à l'usage abusif de l'unilatéralisme du créancier insatisfait.

L'exigence de mise en demeure de l'article 1226 n'est, tout d'abord, pas systématique, le premier alinéa de ce texte ne l'imposant qu'en dehors des cas d'urgence. Le rôle de protection joué par la mise en demeure est évident, en ce que celle-ci a pour finalité de laisser au débiteur une dernière chance de s'exécuter avant l'intervention d'une sanction unilatérale.

La notification joue, par ailleurs, un rôle déterminant puisqu'elle permet de déterminer la date de la réduction du prix ou de la résolution du contrat, constituant le point de départ des différents délais de prescription, mais permettant, également, de déterminer la date des restitutions.

Enfin, l'obligation de motivation a pour objectif d'informer le débiteur défaillant des conditions de la résolution ou de la réduction du prix afin de pouvoir en contester le bien-fondé. Ce faisant, « l'obligation de motivation pourrait ainsi être un outil de contrôle correspondant davantage aux équilibres sur lesquels veiller »²⁰⁸².

362. Sanction de l'usage abusif d'une prérogative unilatérale. – L'ensemble de ces exigences ayant pour finalité de protéger le débiteur défaillant, la sanction encourue sera la déchéance de l'unilatéralisme²⁰⁸³.

L'exercice de la prérogative unilatérale étant subordonné à l'exécution de l'obligation de motivation, l'utilisation du droit apparaît limitée aux cas déterminés par le législateur. La violation de l'obligation de motivation se distingue de l'abus de l'abus de droit. En effet, « on peut ainsi distinguer selon qu'un acte peut être librement accompli, sans avoir à donner de motifs particuliers (pour une révocation notamment, on dira qu'elle est *ad nutum*), sous réserve d'une vérification ultérieure de ce qu'il n'y a pas eu de fraude, contrariété à l'ordre public, ou même abus de droit, ou selon qu'au contraire pour être valable, l'acte doit être motivé par une raison particulière. Dans les deux cas, le contractant n'a pas forcément à exprimer ses raisons au moment où il agit »²⁰⁸⁴. Dès lors, la sanction des dommages-intérêts, prévue en cas d'abus

²⁰⁸² M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2015, p. 301.

²⁰⁸³ La déchéance sera ici entendue comme l'extinction du droit (v. en ce sens M. SALLE DE LA MARINIÈRE, « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (essai de terminologie juridique) », *RTD civ.* 1933, p. 1052, n° 10), et, plus précisément, comme la neutralisation du pouvoir conféré par ce droit, sans pour autant que le droit lui-même soit anéanti (F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles*, éd. Panthéon-Assas, coll. Thèses, 2008, p. 127 et s.)

²⁰⁸⁴ M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *op. cit.*

de droit, ne saurait trouver à s'appliquer à la violation de l'obligation de motivation. Le recours à une fin de non-recevoir, à l'instar de la sanction de la violation de négociation, est également dépourvue d'intérêt, puisque l'action reposera ici sur le débiteur. La nature particulière de l'obligation de motivation justifierait qu'une violation de celle-ci conduirait à l'annulation de l'acte unilatéral constitutif du créancier, conduisant à la résolution du contrat ou à la réduction du prix.

De même, concernant le défaut de mise en demeure par le créancier, M. Philippe Stoffel-Munck estime qu'en réalité, « s'il a résilié sans mise en demeure préalable alors que l'inexécution aurait pu être purgée, cela suffira à démontrer qu'elle n'avait pas la gravité suffisante pour justifier ce remède unilatéral. En l'employant sans crier gare, il se sera ainsi lui-même mis en faute et son initiative pourra ne pas produire effet ou l'obliger à réparer le préjudice causé »²⁰⁸⁵. La déchéance de l'unilatéralisme s'impose donc également au défaut de mise en demeure. Enfin, M. Eric Savaux suggère également que le créancier insatisfait soit déchu de son droit de réduire le prix en cas de défaut de notification²⁰⁸⁶.

Ainsi, le rôle d'abus de la part de la partie investie d'une prérogative unilatérale sera canalisé par l'intervention du juge *a posteriori*, ce dernier jouant bien son rôle coercitif. Au-delà, le juge joue également un rôle dans l'appréciation du bien-fondé de l'unilatéralisme.

B. Contrôle des conditions de fond

Une fois saisi, le juge sera chargé de vérifier les conditions des articles 1195, 1223 et 1226 du Code civil, c'est-à-dire de vérifier l'existence du déséquilibre économique. Si la tâche s'avère classique en cas de saisine directe, elle se révélera plus complexe dès lors que le créancier aura unilatéralement rétabli l'équilibre du contrat. Le juge sera alors chargé de vérifier l'adéquation de la sanction unilatéralement prononcée, réduction du prix (1.) ou résolution du contrat (2.) avec la réalité du déséquilibre économique constaté.

1. Proportionnalité de la réduction du prix

Le premier alinéa de l'article 1223 du Code civil se révèle elliptique. La saisine du juge n'étant pas directement envisagée, l'objet de son office est nécessairement passé sous silence.

²⁰⁸⁵ Ph. STOFFEL-MUNCK, « La résolution par notification : questions en suspens », *Dr. et patr.*, octobre 2014, p. 67. L'auteur poursuit ainsi : « cela paraît suffire à l'inciter à la prudence alors que, d'un autre côté, s'il est évident que l'inexécution est irrémédiable, la mise en demeure ne serait qu'une formalité retardant la solution que constitue la sortie du contrat et aggravant éventuellement le dommage qui résulte de l'inexécution ».

²⁰⁸⁶ E. SAVAUX, « Article 1223 : la réduction du prix », *op. cit.*

Celui-ci sera chargé de contrôler la proportionnalité entre la réduction du prix opérée et l'imperfection de l'exécution contractuelle.

363. Contrôle de la disproportion de la réduction. – L'exercice du contrôle de la proportionnalité de la réduction du prix nécessite d'opérer une vérification. Le juge doit donc se livrer à des calculs identiques à ceux opérés par le créancier et vérifier la concordance entre les résultats obtenus²⁰⁸⁷. Le juge est tout à fait susceptible d'obtenir un résultat distinct de celui-ci du créancier insatisfait, débiteur du prix. Si le prix convenu est en effet fixe, le montant de la réduction est variable selon l'appréciation de la valeur économique réalisée par celui-ci. Il suffira ainsi au créancier insatisfait de majorer la mesure de l'inexécution et donc de minorer la valeur de la prestation exécutée pour augmenter le montant de la réduction due²⁰⁸⁸. Dans l'exercice de son calcul, le juge est invité à s'accompagner d'un expert afin d'estimer le plus précisément possible la valeur de la prestation imparfaitement exécutée²⁰⁸⁹.

Survient dès lors une interrogation relative quant à la notion même de disproportion. À partir de quel écart entre deux prix réduits la disproportion est-elle avérée ? Il semble délicat de fixer un seuil fixe : si le juge « tolérait » un certain pourcentage de marge, il suffirait au créancier de réduire systématiquement le prix en tenant compte de ce pourcentage, pour accroître la réduction du prix à son profit. Il semble, dès lors, plus opportun de laisser les juges du fond libres d'apprécier souverainement l'existence d'une disproportion, selon notamment les caractéristiques de la prestation. L'absence de négociations préalables afin de tenter de résoudre le conflit conventionnellement, avant l'exercice de sa prérogative unilatérale par le créancier, constituerait également un indice, venant justifier l'immixtion judiciaire en cas de disproportion de faible ampleur.

Le contrôle de la légitimité de la réduction du prix suppose donc d'apprécier la proportionnalité de la réduction du prix opérée au regard de l'exécution effectivement réalisée.

²⁰⁸⁷ Le juge utilisera pour cela la formule démontrée ultérieurement (cf. *infra* n° 403) : prix réduit = prix convenu x valeur exécutée/valeur promise.

²⁰⁸⁸ Une prestation a été promise pour 1000 €, alors que sa valeur réelle était de 1200 €. Le créancier estime la valeur de la prestation inexécutée à 800 €. Le prix réduit sera donc de $1000 \times 800/1200 = 666$ €. À l'inverse, le juge estimera la prestation inexécutée à 1000 €, au-delà de l'estimation réalisée par le créancier insatisfait. Le prix réduit ne sera alors plus que de 833 € et le créancier devra verser un complément de prix au débiteur défaillant.

²⁰⁸⁹ M. Bruno Oppetit le relève, « le juge civil a de plus en plus fréquemment à l'époque actuelle l'occasion d'exercer directement une véritable mission d'expert économique, conformément à la tendance du droit civil moderne qui accorde au juge un rôle croissant dans les rapports privés (...). » (B. OPPETIT, « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XXII, Dalloz, 1970, p. 188).

En cas de résolution du contrat, le rôle de contrôle du juge est différent et porte sur la légitimité de la sanction.

2. Légitimité de la résolution

La résolution peut avoir été prononcée par le créancier pour inexécution (a.) ou pour force majeure (b.). Le juge sera alors chargé de vérifier la légitimité de la sanction prononcée.

a. Contrôle de la défaillance du débiteur

L'hypothèse de la contestation de la résolution du contrat par le débiteur est expressément prévue à l'article 1226 du Code civil, celui-ci imposant au créancier d'apporter la preuve de la gravité de l'inexécution²⁰⁹⁰.

364. Charge de la preuve de l'adéquation de la sanction à l'inexécution. – L'article 1226 du Code civil énonce qu'en cas de contestation de la résolution par le débiteur auprès du juge, la charge de la preuve de la gravité de l'inexécution pèsera sur le créancier²⁰⁹¹. Cette preuve aurait dû, en théorie, revenir au débiteur se prévalant de l'excès de pouvoir du créancier. Le législateur accorde ainsi une faveur probatoire au débiteur, en chargeant au contraire le créancier de prouver la gravité de l'inexécution²⁰⁹². Le créancier ne se voit pas pour autant chargé d'un fardeau, en ce que cette démonstration aura déjà été opérée lors de la motivation de la résolution, en phase extrajudiciaire²⁰⁹³.

365. Portée limitée de l'obligation de motivation pesant sur le créancier. – Survient, dès lors, la question du caractère contraignant de la motivation préalablement apportée par le

²⁰⁹⁰ Cette possibilité n'a rien d'innovant, étant déjà envisagée antérieurement par la jurisprudence (Cass. civ. 1^{re}, 20 févr. 2001, n° 99-15.170, *Bull. civ.* I, n° 40, *D.* 2001, p. 1568, note Ch. JAMIN ; *Defrénois* 2001, art. 37365-41, note E. SAVAUX ; *RTD civ.* 2001, p. 363, obs. J. MESTRE et B. FAGES : « attendu qu'en statuant ainsi sans rechercher si le comportement de M. X... revêtait une gravité suffisante pour justifier cette rupture, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »).

²⁰⁹¹ Une telle contestation interviendra sûrement dans le cadre d'une action en réparation pour rupture fautive des engagements contractuels.

²⁰⁹² Absente du projet Catala, cette faveur était déjà retrouvée au sein de l'article 110 du projet Terré et 168 du projet gouvernemental de 2008.

²⁰⁹³ Aucune modification de la charge de la preuve n'est accordée au débiteur défaillant qui contesterait la réduction unilatérale du prix opérée par le créancier insatisfait. Une telle différence de traitement entre les deux dispositions ne se justifie pas, l'inexécution étant imputable au débiteur dans les deux cas. Il est, de plus, paradoxal d'accorder une faveur à l'auteur d'une inexécution particulièrement grave et de la refuser à celui qui n'a commis qu'une imperfection. Il convient également de relever que le créancier insatisfait n'est soumis à une obligation de motivation afin de réduire le prix. Si la sanction est, certes, moins grave que la résolution du contrat, elle demeure toute aussi attentatoire à l'intangibilité du contrat. Compte tenu du silence du texte sur la contestation du premier alinéa de l'article 1223 du Code civil, la question de la charge de la preuve en la matière demeure entière. Il convient, dès lors, de raisonner par analogie au regard de l'article 1226 du Code civil et de contraindre le créancier à justifier la réduction du prix opérée en cas de contestation par le débiteur.

créancier. Puisque sa défense au fond devant le juge reposera sur cette argumentation, il s'agit de déterminer si le créancier peut invoquer d'autres éléments. Cela revient à s'interroger, *in fine*, quant à la portée de l'obligation de motivation. Deux hypothèses sont alors envisageables. D'une part, le créancier peut être lié par cette obligation et se trouver dans l'impossibilité d'y ajouter quelque élément lors de la phase judiciaire. Dès lors, la motivation apportée par le créancier devra être longue et précise, à l'instar du contenu d'une lettre de licenciement. Il est envisageable, d'autre part, que le contenu de la motivation se révèle plus succinct, apportant une justification sommaire au débiteur et lui permettant d'envisager une contestation le cas échéant. Dans cette seconde hypothèse, le créancier demeure libre de préciser les motifs de la résolution.

M. Philippe Stoffel-Munck estime que la voie de la souplesse devrait ici être empruntée²⁰⁹⁴. L'auteur invoque à ce propos trois arguments. Tout d'abord, une telle solution a été retenue en matière de résolution unilatérale de contrat à durée indéterminée. Par ailleurs, « résilier avec des motifs suffisants, quoique incomplets, [permet] d'éviter de tout dire, même les choses les plus inutilement désagréables ». Cette solution laisse ainsi au créancier la possibilité d'agir rapidement, sans prendre le temps de constituer un « dossier complet », lui « laissant la possibilité de ne pas évoquer les griefs que l'on soupçonne et dont l'on ne se prévaudra qu'au besoin et avec le secours des mesures d'instruction ». Enfin, cette solution « correspond au rythme dans lequel bien des résolutions unilatérales s'inscrivent : l'urgence ou l'agacement peuvent conduire une partie à résilier sur la base de raisons qui lui paraissent suffisantes, même si elle sent qu'il en existe d'autres qu'elle n'a pas encore verbalisées. Elle devra fournir cet effort plus tard si le juge lui en demande compte ». ²⁰⁹⁵ MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina partagent également cette opinion, relevant qu'en l'absence de précision, il convient de favoriser la souplesse et l'efficacité de la rupture. Ces auteurs relèvent toutefois que l'exigence d'exécution du contrat de bonne foi étant visée par l'obligation de motivation, les créanciers seraient ainsi incités à ne pas invoquer de nouveaux motifs ultérieurement²⁰⁹⁶.

²⁰⁹⁴ Ph. STOFFEL-MUNCK, « La réforme en pratique. La résiliation pour imprévision », *op. cit.*

²⁰⁹⁵ M. Bertrand Fages se prononce également en ce sens, au motif que la situation peut continuer d'évoluer (B. FAGES, *Lamy droit du contrat*, 2021, n° 2309).

²⁰⁹⁶ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 659, p. 609. Ainsi selon ces auteurs, « si le créancier met fin au contrat, il doit avoir des raisons sérieuses, une inexécution suffisamment grave, qu'il suffit d'exposer brièvement. Si un contentieux s'ensuit, il lui reviendra alors de les développer ».

Une telle analyse fut récemment retenue en jurisprudence. Dans un arrêt du 17 janvier 2021, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a reproché à une cour d'appel de s'être contentée de la lettre de résiliation du contrat et ne pas avoir recherché « comme elle y était invitée, si les motifs sous-jacents de la rupture (...) ne se déduisaient pas des correspondances échangées entre les sociétés (...) préalablement à la rupture »²⁰⁹⁷. Le juge est donc tenu d'aller au-delà du contenu de la lettre de motivation, si bien que les motifs invoqués par le créancier ne sont pas figés lors de la notification de la résolution unilatérale du contrat²⁰⁹⁸.

Au-delà de ce rôle de contrôle de légitimité de la restitution, le juge est également investi du pouvoir de vérifier la réunion des conditions de la force majeure.

b. Contrôle de l'existence de la force majeure

Le rôle du juge en la matière est particulier, en ce que la force majeure résout le contrat de plein droit : il n'a donc qu'un rôle de contrôle sur les conditions d'application de la force majeure, la résolution s'imposant d'elle-même.

366. Déjudiciarisation relative de la force majeure. – Antérieurement à la réforme, la résolution judiciaire du contrat en cas de force majeure devait être prononcée par le juge, sur le fondement de l'ancien article 1184 du Code civil²⁰⁹⁹. Le nouvel article 1218 du Code civil envisage désormais une résolution « de plein droit »²¹⁰⁰.

Cette déjudiciarisation de la force majeure n'est toutefois que relative. Mme Hélène Boucard le souligne, « le contentieux de la force majeure contractuelle a de beaux jours devant

²⁰⁹⁷ Cass. com. 17 janv. 2021, n° 19-99.993, inédit. Il convient toutefois de relever que cet arrêt a été rendu sous l'empire du droit antérieur à la réforme de 2s016.

²⁰⁹⁸ M. Frédéric Dournaux estime que cette jurisprudence étend l'office du juge, dans la mesure où celle-ci « ne se limite pas au motif allégué dans la notification ; il lui appartient d'aller au-delà des mots et de prendre en compte la réalité de la relation contractuelle, telle qu'il peut la connaître au jour où il statue, pour considérer tous les motifs de nature à justifier la rupture, y compris ceux qui n'ont pas été exprimés dans la notification ou qui ne l'ont été qu'imparfaitement » (F. DOURNAUX, « L'appréciation du bien-fondé de la résolution unilatérale », *RDC* 2021, n° 2, p. 8).

²⁰⁹⁹ Un arrêt, isolé mais publié, s'est toutefois prononcé en sens contraire : « qu'une demande de résolution judiciaire du contrat en cas d'impossibilité d'exécution n'est pas nécessaire » (Cass. com. 28 avr. 1982, n° 80-16.678, *Bull. civ.* IV, n° 145 ; *RTD civ.* 1983. 340, obs. F. CHABAS ; Deffrénois 1983. 334, n° 14, obs. J.-L. AUBERT).

²¹⁰⁰ Mme Hélène Boucard s'interroge quant à l'interprétation à retenir de la résolution « de plein droit » de la force majeure : « soit, interprétation minimaliste, le texte ne fait que déjudiciariser la résolution pour inexécution fortuite, comme l'article 1226 pour l'inexécution imputable, et brise à cette occasion la jurisprudence Ceccaldi. De plein droit signifie que le juge saisi *a posteriori* est dénué de pouvoir d'appréciation, la résolution s'imposant à lui. Soit, interprétation maximaliste, comme *l'ipso facto avoidance* dans la Convention de La Haye, heureusement abandonnée par la Convention de Vienne, la résolution de plein droit se produit automatiquement, indépendamment de la volonté des parties. À leur insu » (H. BOUCARD, « Article 1218 : la force majeure contractuelle », *RDC* 2015, n° 3, p. 779).

lui »²¹⁰¹. En effet, dès lors que les parties ne s'entendront pas au regard de l'existence de la force majeure ou au regard de son effet, interruptif ou suspensif, celles-ci ne manqueront pas de saisir le juge afin de faire constater la résolution ou, au contraire, ordonner l'exécution forcée du contrat.

Une fois les hypothèses de recours au juge clairement définies dans le contrôle des conditions de forme, mais également en cas de contestation du bien-fondé de la légitimité de l'exercice de la prérogative unilatérale, il convient de s'intéresser à l'importance de l'office du juge en la matière : doit-il réviser le contrat en lieu et place des parties ou le résoudre le cas échéant, ou doit-il au contraire renvoyer les parties négocier ?

§2 – Importance de l'office du juge

L'ensemble des textes est silencieux quant à l'office du juge, les seuls articles mentionnant son intervention se limitent à l'hypothèse de sa saisine. Il convient, dans un premier temps, d'éclairer le rôle du juge lorsque son immixtion n'est envisagée qu'en creux des textes, en contrepoids à l'unilatéralisme du créancier ou à retardement d'une décision conventionnelle. Afin de garantir le rôle de coercition du juge, les pouvoirs conférés au juge par les articles 1195 alinéa 2nd en matière d'adaptation, 1223 alinéa 1^{er} et 1226 du Code civil doivent être interprétés de manière extensive²¹⁰² (I.).

Les pouvoirs du juge sont parfois envisagés plus frontalement par les textes. L'article 1195 du Code civil se révèle le plus précis sur ce point, le juge se voyant octroyer le pouvoir d'adapter, de réviser ou de résoudre le contrat. De même, l'article 1223 alinéa 2nd envisage simplement la possibilité d'une saisine directe du juge afin de « contester » l'inexécution, sous-entendant la nécessité de réviser le prix. Si le législateur a accordé de nouveaux pouvoirs au juge, il n'en a pas précisé la teneur qui demeure imprécise. Ces prérogatives doivent ainsi être confrontées à l'article 4 du Code de procédure civile, lequel vient limiter toute initiative judiciaire (II.).

²¹⁰¹ H. BOUCARD, « Article 1218 : la force majeure contractuelle », *RDC* 2015, n° 3, p. 779. L'auteur ajoute : « et litiges il y aura d'autant plus que la définition légale de la force majeure, peu maîtrisée, loin d'épuiser les incertitudes, nécessitera l'arbitrage du juge. »

²¹⁰² M. Bruno Oppetit le relève, « cette extension des pouvoirs du juge s'accompagne d'une transformation de son rôle : le juge devra faire preuve de plus de souplesse que de rigueur et de plus d'initiative que dans d'autres matières, car le texte ne lui fournit pas toujours d'indications sur le sens de sa mission » (B. OPPETIT, « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », *op. cit.*).

I. LA RECTIFICATION SOUHAITEE

Le législateur s'est révélé économe²¹⁰³ quant à l'office du juge *a posteriori*. Puisque l'hypothèse de saisine du juge n'est pas prévue par les articles 1178, 1223 alinéa 1^{er} et 1226 du Code civil, l'office de celui-ci n'a, *a fortiori*, pas été déterminé. De plus, l'article 1195 du Code civil envisage la possibilité pour les parties de saisir le juge afin « d'adapter » le contrat, sans qu'aucune précision soit apportée. La question du rôle du juge survient lorsque le contrôle opéré préalablement par lui révèle l'inadéquation de la sanction à l'inexécution²¹⁰⁴. Il est en effet envisageable que le juge constate l'inexécution ou l'imprévision et renvoie les parties négocier. Si elle garantit le respect de la force obligatoire du contrat, cette hypothèse se révèle toutefois peu réaliste et, surtout, contre-productive au regard du rôle de coercition exercé par le juge. Seule la menace d'un juge bénéficiant d'importants pouvoirs encouragera les parties à négocier de bonne foi²¹⁰⁵.

Le premier rôle du juge sera de confirmer la sanction choisie par les parties et son adéquation au déséquilibre économique. En revanche, s'il constate l'inadéquation entre l'inexécution et la sanction prononcée, le juge devra être investi du pouvoir de rétablir le contrat (1.) ou de réviser la réduction du prix opérée (2.).

A. Rétablissement ou maintien du contrat équilibré

Le juge étant investi du pouvoir de contrôler les conditions de fond des articles 1178, 1223 alinéa 1^{er} et 1226 alinéa 3 du Code civil, celui-ci demeure libre de ne pas valider la sanction choisie par les parties ou de ne pas accorder la sanction sollicitée par celles-ci. Le juge peut donc restaurer le contrat annulé par les parties ou résolu ou modifié par l'une d'entre elles. Dans un esprit identique, le juge saisi pour imprévision doit être en mesure de maintenir le contrat en l'état, le débiteur n'étant pas investi d'un « droit » à l'imprévision. Il est nécessaire, pour le juge, de tenir compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce, et non simplement

²¹⁰³ M. MEKKI, « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 2015, n° 120, p. 37.

²¹⁰⁴ Dans le cas contraire, si le juge constate l'adéquation de la sanction à l'inexécution, sa mission sera considérée comme achevée. En matière de résolution, il est envisageable que le juge prononce la résolution judiciaire, en prime de la résolution unilatérale du créancier (Cass. com. 3 mai 2012, n° 11-17.779, *Bull. civ.* IV, n° 86, *RTD civ.* 2012, p. 527, obs. B. FAGES).

²¹⁰⁵ Une telle perspective va toutefois à rebours de la jurisprudence *Les Maréchaux*, selon laquelle « 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 » (Cass. com. 10 juill. 2007, n° 06-14.768, *Bull. civ.* IV, n° 188). En autorisant le juge à réviser la réduction du prix en cas d'usage déloyal de sa prérogative par le créancier, le juge portera atteinte à la substance même des droits et des obligations légalement convenus entre les parties.

des considérations liées à la personne du débiteur, afin de prononcer la solution la plus opportune.

367. Pouvoir de rétablissement du contrat. – Bien que le contrat soit annulé de plein droit dès lors que les parties en auront convenu en ce sens, une immixtion judiciaire *a posteriori* demeure envisageable²¹⁰⁶. De même, les prérogatives unilatérales du créancier sont de plein droit, c'est-à-dire qu'elles prennent effet lors de la notification opérée par celui-ci. Le contrat est donc modifié par la seule volonté unilatérale du créancier et il n'y aurait rien de « choquant » à envisager de contrebalancer les pouvoirs unilatéraux du créancier par le rétablissement du contrat par le juge²¹⁰⁷, cette possibilité étant de longue date admise en jurisprudence²¹⁰⁸.

En cas de réduction unilatérale du prix inopportune, c'est-à-dire lorsque le créancier a réduit le prix alors que les conditions de l'article 1223 du Code civil n'étaient pas réunies, le juge pourra alors contraindre le créancier à verser l'intégralité du prix exigé. De même, en cas de résolution du contrat injustifiée, le juge pourra également restaurer ce dernier. Une telle hypothèse est prévue en matière de résolution judiciaire et doit être transposée en cas de contestation de la résolution unilatérale. Sur ce point, Mme Julia Heinich révèle qu'une telle hypothèse, bien que rare en pratique, existe dans d'autres branches du droit²¹⁰⁹.

Le pouvoir de restauration du contrat dont est investi le juge trouve toutefois une limite, en matière de résolution, lorsque les circonstances de la cause s'y opposent. M. Bertrand Fages

²¹⁰⁶ Comme le relève M. Yves-Marie Serinet, « l'éviction du juge qu'est censée permettre la nullité conventionnelle risque toutefois de n'être qu'un trompe-l'œil. Le danger réside dans le développement d'un contentieux à retardement inopportun et dilatoire. Chassez le juge par la porte et il revient par la fenêtre, car lui seul pourra, en fin de compte, contrôler la régularité de la nullité constatée » (Y.-M. SERINET, « La constatation de la nullité par les parties : une entorse limitée au caractère judiciaire de la nullité », *op. cit.*).

²¹⁰⁷ M. MEKKI, « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *op. cit.*. L'auteur estime ainsi le rétablissement, même temporaire, « utile », en faisant référence à l'arrêt Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 2000, n° 99-18576, D. 2001, p. 1137, obs. D. MAZEAUD. V. *contra* M. Thomas Genicon selon lequel « le système a ses vertus mais pour que ces dernières s'expriment pleinement, il doit aller de pair avec un affaiblissement du maintien forcé du contrat et donc avec un changement radical de la nature du contrôle effectué *a posteriori* par le juge. Le créancier de bonne foi doit être assuré que le juge ne reviendra jamais sur son initiative, qu'il pensait légitime. En décider autrement reviendrait à contrarier la résolution unilatérale dans sa propre logique et à prôner une demi-mesure contre-productive » (Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 2007, n° 1070, p. 776. De même, M. Philippe Stoffel-Munck estime que « ce "contrôle de la deuxième chance" ruine une grande partie de l'intérêt de l'institution nouvelle » (Ph. STOFFEL-MUNCK, « Exécution et inexécution du contrat », *op. cit.*).

²¹⁰⁸ Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 426, p. 309.

²¹⁰⁹ J. HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC* 2018, n° 3, p. 521 : réintégration du salarié en cas de licenciement (Cass. soc. 26 sept. 1990, n° 88-41.375, *Dr. soc.* 1991, p. 60, obs. P. WAQUET et J.-E. RAY), reprise du bail commercial ou d'habitation lorsque le congé a été donné sans respecter certaines formalités légales, crédit révoqué sans préavis, maintien forcé d'un pacte d'actionnaires (Cass. com. 27 sept. 2017, n° 16-13112, *Rev. sociétés* 2018, p. 27, note S. KOUHAIZ ; *AJCA* 2017, p. 542, note C. COUPET ; *Dr. sociétés* 2018, comm. 20, note R. MORTIER ; *RTD civ.* 2017, p. 859, obs. H. BARBIER).

le rappelle, se montrant précautionneux : « il reste que, dans les faits, le maintien forcé du contrat n'est pas toujours praticable, ni même souhaitable. La volonté de sanctionner le créancier ayant, à tort, résolu le contrat ne doit pas prendre le pas sur les réalités pratiques »²¹¹⁰. Mme Julia Heinich partage ainsi cette perspective, au motif que « le maintien forcé d'un lien contractuel souvent après plusieurs années d'arrêt et de procédures contentieuses peut être, en pratique, inadapté à beaucoup de situations »²¹¹¹.

368. Maintien du contrat en l'état. – Il s'agit également de déterminer si le juge dispose d'une marge de manœuvre dans l'application des sanctions, dès lors que les conditions de fond seront réunies, c'est-à-dire de savoir s'il existe un droit à l'imprévision ou à l'inexécution pour le débiteur. Compte tenu de la complexité et de la diversité des situations susceptibles de se présenter, il est impératif que le juge dispose d'un pouvoir de laisser le contrat en l'état.

Dans le cas de l'imprévision, des auteurs ont reconnu l'existence d'un droit à l'imprévision. M. Philippe Stoffel-Munck estime ainsi que « si le juge a reconnu qu'il y avait bien un cas d'imprévision, on voit mal qu'il puisse ne rien décider. L'exercice par le juge de son pouvoir lui est vraisemblablement un devoir »²¹¹². L'auteur souligne, par ailleurs, la marginalité d'une telle hypothèse, au motif que « les conditions d'entrée dans le mécanisme de l'article 1195 ont une flexibilité telle que le juge aura toute latitude pour estimer qu'elles ne sont pas réunies plutôt que de se mettre dans la situation inconfortable où il refuserait toute mesure après avoir jugé qu'il y avait imprévision ». Au-delà, M. Thierry Revet estime que « on ne voit pas, en effet, comment pourrait être justifié le refus judiciaire d'une révision du contrat par une juridiction qui, dans la même décision, constaterait qu'un changement de circonstances imprévisibles rend excessivement onéreuse l'exécution des obligations d'une partie... Autant le refus de résolution judiciaire dans une telle hypothèse peut s'envisager, car l'excessive onérosité peut ne pas être suffisamment grave pour légitimer l'anéantissement du contrat, autant le refus de révision judiciaire en présence d'un tel constat semble en contradiction directe avec ce constat »²¹¹³.

D'autres auteurs estiment, au contraire, que le juge ne serait pas tenu de prononcer l'imprévision malgré la réunion des conditions énoncées à l'article 1195 du Code civil²¹¹⁴. Le

²¹¹⁰ B. FAGES, *Lamy droit du contrat*, 2021, n° 2312.

²¹¹¹ J. HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *op. cit.*

²¹¹² Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* 2016, p. 30.

²¹¹³ Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *op. cit.*

²¹¹⁴ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, LexisNexis, 2018, p. 456.

premier argument de ces auteurs repose sur le recours, par le législateur, au verbe « pouvoir » concernant la mise en œuvre judiciaire des sanctions de l'imprévision. Par ailleurs, le juge disposant du pouvoir d'écarter la résolution pour inexécution, il serait incohérent de lui refuser cette prérogative en matière d'imprévision, alors même que le trouble n'est pas imputable à l'une des parties. Enfin, ces auteurs rappellent de la nécessité de faire preuve de souplesse en tenant compte de la situation du créancier, qui n'est pas toujours ce « profiteur indigne » que l'on caricature et peut, au contraire, subir l'imprévision en tant que maillon d'une chaîne de contractants. En effet, « il se peut très bien (...) que le contrat, aussi onéreuse que soit devenue son exécution pour le débiteur, ne soit pas particulièrement rentable pour le créancier si on le ramène à la chaîne économique dans laquelle il s'intègre et qui a pu elle-même subir l'évolution des événements. Il se peut même que la révision de ce contrat (ou sa cessation) provoque une détérioration de sa situation économique. À cela s'ajoute que l'on ne peut exclure que le contrat soit devenu excessivement onéreux pour les deux parties et que la perspective de mettre un terme à l'accord plonge l'un des contractants dans une situation pire encore ». Il serait ainsi opportun, compte tenu de cet effet en cascade, que le juge puisse bloquer la révision ou la résolution d'un contrat.

Enfin l'article 6.2.3 des Principes Unidroit énonce que « le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, *s'il l'estime raisonnable* : a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ; ou b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations ». M. Philippe Stoffel-Munck estime que la référence au caractère raisonnable justifierait l'initiative judiciaire quant au choix de la sanction²¹¹⁵. En réalité, il semblerait que cette option justifie la possibilité pour le juge de ne prononcer aucune sanction, s'il ne l'estime pas nécessaire compte tenu des circonstances de la cause.

Ainsi, le constat de l'équilibre économique du contrat conduira le juge à restaurer le contrat illégitimement résolu ou réduit. À l'inverse, le constat de l'inadéquation de la sanction à la mesure de l'inexécution autorisera le juge à réviser le contrat.

²¹¹⁵ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *op. cit.*

B. Révision du contrat déséquilibré

Si des doutes sont traditionnellement émis quant aux compétences du juge dans la révision du contrat²¹¹⁶, ceux-ci doivent être balayés²¹¹⁷. En effet, dans les hypothèses étudiées, le contrat, qui est l'acte de prévision par excellence, a justement manqué de prévision. Cette défaillance justifierait l'intervention judiciaire, au détriment de la force obligatoire du contrat. Puisque les parties ont failli dans leur mission, une atteinte à leur volonté n'a donc rien de choquant puisque le juge contribue à servir le contrat.

Dans la première hypothèse, celle de l'adaptation judiciaire, le juge se révèle le relai de la volonté des parties. L'adaptation doit ainsi être assimilée à la révision du contrat (1.). Par ailleurs, il convient dès lors d'accorder au juge un véritable pouvoir de révision du prix, en cas de constat de disproportion entre la réduction du prix et la gravité de l'inexécution imparfaite (2.).

1. Assimilation de l'adaptation du contrat à la révision du prix

L'article 1195 offre deux opportunités au juge de contrôler l'imprévision. La première est explicite, le texte visant directement la possibilité pour le juge de « réviser le contrat ». La seconde est plus imprécise, l'article 1195 envisageant la possibilité d'une « adaptation » judiciaire du contrat à la demande conjointe des parties. Malgré ce choix lexical, il convient d'assimiler l'adaptation à la révision du contrat.

²¹¹⁶ MM. Laurent Aynès et Alain Bénabent craignent ainsi l'immixtion de « juges peu accoutumés à la rédaction de contrats ? Donner des délais d'exécution, réduire le montant de sommes d'argent, le juge est habitué et sait faire. Mais refaire la construction d'un contrat et préserver son équilibre à terme ? » (L. AYNES et A. BENABENT, « Force majeure et révision pour imprévision », *RDC* 2021, n° 1, p. 157). M. Gijsberg soutient par ailleurs que la tâche est différente de celle déjà confiées aux magistrats dans la révision des clauses pénales ou, anciennement des honoraires : la révision avait lieu en contemplation du passé, d'un contrat ayant déjà épuisé ses effets. A l'inverse, la révision est ici prospective et a vocation à s'appliquer à l'avenir. Ainsi, cette nouvelle mission se révèle « fantastiquement plus ambitieuse (et vertigineuse) pour nos magistrats qui, intellectuellement formés à dire le droit, n'auront pas nécessairement la compétence ni même le goût de porter un tel fardeau ». Cet auteur souligne par ailleurs que les magistrats « ne pourront en tout cas chercher secours dans la jurisprudence administrative qui, certes, traite de longue date le problème de l'imprévision, mais sous la forme plus modeste de l'allocation d'une indemnité et non d'une véritable révision du contrat devenu déséquilibré » (C. GIJSBERG, « La révision du prix », *op. cit.*).

²¹¹⁷ De telles inquiétudes n'ont ainsi pas empêché le législateur de judiciariser l'estimation du prix en cas de mise en œuvre de la garantie des vices cachés (article 10 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, *JORF* n° 0040 du 17 février 2015). Ainsi, l'article 1644 du Code civil autorise le juge, et non le juge assisté d'un expert, à réviser le prix. M. Nicolas Molfessis relève également l'hypocrisie des critiques portant sur la compétence des juges à réviser le contrat, lesquelles s'élèvent souvent en cas de saisine unilatérale, mais pas en cas de demande d'adaptation : « l'article lui reconnaît ce pouvoir d'adapter le contrat lorsque les parties lui en font la demande d'un commun accord. Comment penser qu'il ne saurait le faire dans l'hypothèse où il n'est saisi que par une partie ? » (N. MOLFESSIS, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *op. cit.*).

369. Notion d'adaptation du contrat²¹¹⁸. – Ce nouveau rôle conféré au juge en vertu de l'article 1195 du Code civil n'est pas clairement défini par le texte. L'usage du terme « adaptation » est tout à fait singulier, et ne renvoie pas au champ lexical habituellement utilisé en la matière (révision, réfaction). Il est tout d'abord possible d'exclure un premier rôle du juge, celui de médiateur. En effet, la notion d'adaptation du contrat confère tout d'abord des pouvoirs au juge sur celui-ci. Le juge est explicitement saisi pour agir sur le contrat, et non pour concilier les parties. MM. Alain Couret et Arnaud Reygrobellet le relèvent, la demande d'adaptation « suppose qu'elles soient d'accord sur le principe d'une nécessaire réécriture du contrat, mais non sur le contenu de l'ajustement à opérer »²¹¹⁹.

M. Charles-Edouard Bucher envisage que l'adaptation soit en réalité une procédure gracieuse, sur le fondement de l'article 25 du Code de procédure civile, avant de l'exclure au motif que la loi n'impose pas l'intervention du juge, et que le juge n'exercerait, en l'occurrence, aucun contrôle²¹²⁰. Le premier argument est contestable, puisque l'article 1195 impose une intervention judiciaire. En revanche, la mission du juge relève ici de l'adaptation, et non du contrôle d'un projet de révision, comme vu précédemment, venant s'opposer à la qualification de recours gracieux. M. Mustapha Mekki propose quant à lui d'envisager le juge comme un mandataire commun²¹²¹, venant ainsi rejoindre la position de M. Charles-Edouard Bucher selon lequel le juge pourrait incarner un arbitre, à l'instar de ce qui est prévu en vertu de l'article 1592 du Code civil²¹²². Une telle lecture du rôle du juge ne doit pas être retenue, en ce que cette disposition a vocation à s'appliquer au tiers et non au juge²¹²³. Le juge ne saurait être mandaté par les parties, compte tenu de la neutralité et de l'indépendance inhérente à sa fonction. *In fine*, le juge devra simplement être saisi en sa qualité de magistrat, à l'instar des hypothèses de révision du contrat préexistantes : honoraires, clauses pénales...

370. Assimilation de l'adaptation à la révision du contrat. – La mission « d'adaptation » ne faisant pas partie de l'office traditionnel du juge, il convient de s'interroger quant aux

²¹¹⁸ Cf. *supra* n° 345, sur l'inopportunité pratique de la procédure d'adaptation.

²¹¹⁹ A. COURET et A. REYGROBELLET, « Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droits sociaux », *Bulletin Joly Sociétés*, 2015, n° 5, p. 247.

²¹²⁰ C.-E. BUCHER, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *op. cit.*

²¹²¹ M. MEKKI, « De l'imprévisible changement de circonstances à l'imprévisible immixtion du juge ? Analyse du nouvel article 1195 du Code civil », *BRDA*, mai 2016.

²¹²² C.-E. BUCHER, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *op. cit.*

²¹²³ V. en ce sens MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier selon lesquels « réviser un contrat en qualité de tiers expert ne relève pas de la fonction juridictionnelle, car, dans ce cas, le juge ne dit pas le droit » (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 463).

pouvoirs accordés à celui-ci. L'emploi de ce terme en particulier pourrait témoigner de la volonté du législateur de distinguer ce nouveau rôle du juge de celui de la révision²¹²⁴. Ainsi, M. Yves Picod estime que les contractants peuvent restreindre la mission du juge, ou la préciser, « ce qui s'inscrit dans le sillage de la volonté commune exprimée »²¹²⁵. Le juge serait alors tenu par la demande des parties, ne pouvant statuer *ultra petita*. À l'inverse, M. Jacques Moury estime, avec raison, que « le juge n'étant jamais le mandataire des parties, il est douteux que celles-ci puissent contenir à leur gré ce pouvoir dont il est investi, même si c'est au moyen d'une saisine conjointe, par la loi ; aucun litige n'étant à trancher, les dispositions de l'article 12 du code de procédure civile autorisant les parties, dans certaines limites, à lier le juge ne devraient pas trouver à s'appliquer »²¹²⁶.

La question de l'étendue des pouvoirs du juge renvoie finalement à celle de sa nature. Si le juge n'est qu'un mandataire des parties, alors celles-ci pourront en restreindre les pouvoirs. À l'inverse, si le juge intervient dans l'entièreté de sa fonction juridictionnelle, alors il lui appartiendra de réviser le contrat, indépendamment des préconisations des parties. Or, comme vu précédemment, le juge est saisi par les parties en tant que tel, et non de mandataire, puisque la possibilité de saisir un tiers véritablement mandataire leur est déjà offerte. Il faut que la saisine du juge présente un intérêt, l'autorité de la chose jugée, par rapport à la saisine d'un tiers. Par conséquent, la mise en œuvre de l'adaptation par le juge répondra à un régime identique à celui de la révision judiciaire, du point de vue substantiel²¹²⁷.

L'analyse du rôle du juge en cas de demande d'adaptation conjointe révèle ainsi la nécessité d'une lecture extensive des pouvoirs de ce dernier. La même problématique est également retrouvée concernant le contrôle de la réduction du prix sur le fondement de l'article 1223 du Code civil.

2. Révision de la réduction du prix disproportionné

Il convient dès lors de s'interroger sur la réaction du juge en cas de disproportion avérée : doit-il renvoyer les parties, réduire conventionnellement le prix, ou peut-il s'immiscer dans le contrat afin de réaliser lui-même une telle opération, le cas échéant, modifiant la

²¹²⁴ V. en ce sens M. Jean-Christophe Roda selon lequel « si les mots ont un sens, l'adaptation et la révision sont deux notions distinctes ; on comprend que la première offre moins de latitude au juge que la seconde, sans pourtant que l'on mesure véritablement la nature et la portée de cette différence » (J.-Ch. RODA, « Réflexions pratiques sur l'imprévision », in *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 69).

²¹²⁵ Y. PICOD, « Imprévision », *J.-Cl. civ.* article 1195, 2020, n° 68.

²¹²⁶ J. MOURY, « La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats », *D.* 2013, p. 1116.s

²¹²⁷ Cf. *infra* n° 370.

réduction opérée par le créancier ? Le rôle de menace du juge nécessite que celui-ci dispose de pouvoirs particulièrement larges. Il semble donc plus pertinent que le juge soit investi d'un véritable pouvoir de réduction du prix, en cas d'inexécution imparfaite.

371. Double lecture des pouvoirs du juge. – Le rôle du juge en cas de contestation de la réduction unilatéralement opérée par le créancier est susceptible de connaître deux acceptions. S'il est certain que le juge doit contrôler l'existence de l'exécution imparfaite ainsi que la proportionnalité de la réduction opérée, sa réaction en cas de disproportion n'est pas envisagée par le texte. Le juge est ainsi susceptible de simplement constater la disproportion, puis de renvoyer les parties négocier²¹²⁸. À l'inverse, le juge peut être investi d'une prérogative de révision de la réduction unilatéralement opérée par le créancier.

Si la première solution présente le mérite du consensualisme et de la protection de la liberté contractuelle, elle se révèle également quelque peu irréaliste. En effet, si le débiteur a été contraint de saisir le juge pour contester la réduction opérée, il est peu probable que les parties s'accordent *a posteriori* de la saisine²¹²⁹. MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Y.-M. Laithier s'opposent, quant à eux, à cette immixtion judiciaire en cas de simple contestation car les textes ne l'autorisent explicitement et que « ce pouvoir aboutirait à priver le créancier des prérogatives que le Code civil lui confère »²¹³⁰. L'argument est recevable, mais omet le rôle de menace ici joué par le juge. Certes, si le créancier avait su que le juge reverrait à la baisse la réduction du prix opérée, le créancier aurait, peut-être, pu recourir à d'autres sanctions. La diminution de la réduction par le juge révèle toutefois une mauvaise appréciation économique par le créancier. Dans cette hypothèse, le recours à d'autres sanctions se serait, peut-être, révélé tout aussi injustifié. Au-delà, la possibilité que le juge soit susceptible de

²¹²⁸ MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier élèvent une remarque similaire concernant l'imprévision, envisageant que le juge puisse constater l'imprévision et renvoyer les parties négocier. Cette interprétation est toutefois *contra legem* et conduirait à un déni de justice, en ce que le juge est saisi dans un but précis : adapter, réviser ou résoudre le contrat.

²¹²⁹ Le rôle de menace joué par le juge perdrait en effet toute efficacité, celui-ci ayant déjà été saisi, il est peu probable que les parties se lancent dans une seconde procédure. Une partie serait ainsi à la merci de l'autre.

²¹³⁰ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, op. cit., p. 564 : « en effet, si le créancier avait su que le juge ne se bornerait pas à le désavouer mais modifierait la réduction notifiée, il aurait peut-être préféré d'autres sanctions, par exemple l'exécution forcée en nature directe ou indirecte. Or, si le juge réduit le prix, le piège se referme sur le créancier : il ne peut plus se prévaloir de l'exécution imparfaite, donc mettre en œuvre d'autres sanctions à ce titre, mais n'obtient pas non le rééquilibrage qui lui semblait justifié et qui l'avait au départ conduit à choisir cette sanction. Au contraire, lorsque le pouvoir du juge consiste seulement à priver d'effet une réduction du prix dont le montant est excessif, le créancier garde à sa disposition, comme il se doit, la palette des sanctions de l'inexécution du contrat. Par exemple, le créancier désavoué optera pour un remplacement ou la résolution du contrat en cas de manquement suffisamment grave – choix dont il serait privé si le prix était fixé par le juge ».

réviser le prix à la place du créancier contribue également à une utilisation saine du mécanisme et à encourager les négociations de bonne foi entre les parties.

Quelques doutes peuvent être émis quant à une telle lecture des pouvoirs du juge. M. Pierre-Yves Gautier rappelle, tout d'abord, le refus de principe du juge de contrôler le montant des clauses pénales, s'intégrant dans une hostilité générale à l'égard du contrôle judiciaire de l'équivalence des prestations²¹³¹. Un tel argument doit être écarté : puisque le juge est compétent pour réduire le prix sur le fondement du second alinéa de l'article 1223 du Code civil, il l'est également, sans difficulté, sur le fondement du premier.

372. Office du juge en cas de disproportionnalité avérée de la réduction du prix. – La seconde lecture de l'article 1223 alinéa 1^{er} du Code civil, consistant à accorder au juge un véritable pouvoir de révision du prix en cas de contestation de la réduction unilatéralement opérée doit être retenue. M. Thierry Revet juge cette immixtion judiciaire logique : « si le juge constate que l'exigence de proportionnalité n'a pas été respectée, la sanction logique consistera à condamner le débiteur du prix à payer au créancier un complément, ce qui inscrira donc ce contrôle a posteriori dans une révision indirecte du contrat – révision inavouée, mais bien réelle »²¹³². De surcroît, le rôle de menace joué par le juge, favorisant l'effectivité des négociations de bonne foi entre les parties, nécessite que d'importants pouvoirs soient accordés à celui-ci. Si les parties ne risquent pas de se voir imposer une révision judiciaire, leur étant potentiellement défavorable, elles seront moins enclines à la négociation.

Par ailleurs, le contrôle de la disproportion par le juge nécessite d'opérer une comparaison : le juge sera tenu de vérifier que la réduction est bien proportionnelle, par opposition au calcul réalisé par le créancier. Il n'existe qu'une seule possibilité pour parvenir à cette fin : le juge devra opérer les calculs préalablement réalisés par le créancier. Le contrôle de la proportionnalité nécessite alors le calcul du juste prix. Dès lors, la problématique prend ici une autre tournure : le juge doit-il, ou non, imposer le résultat de son calcul aux parties ? M. Thierry Revet le relève, la solution est ici parfaitement logique : quel intérêt y aurait-il à renvoyer les parties s'accorder conventionnellement d'un montant déjà déterminé par le juge ? Il est ainsi beaucoup plus pragmatique d'offrir au juge le pouvoir de trancher le litige.

²¹³¹ P.-Y. GAUTIER, « La réduction proportionnelle du prix. Exercices critiques de vocabulaire et de cohérence », *JCP G* 2016, n° 37, p. 947.

²¹³² Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *op. cit.*

La réforme a explicitement offert au juge certains pouvoirs de rectification du contrat. L'office du juge n'est toutefois pas clairement défini par les textes, si bien que, dans les zones d'ombre de ceux-ci, le juge est contraint de prendre des initiatives afin de rétablir l'équilibre économique du contrat. Ces dernières initiatives doivent toutefois être modérées.

II. L'INITIATIVE MODEREE

La réforme du droit des contrats de 2016 et l'introduction de l'article 1217 du Code civil ont contribué à relancer le débat quant à une éventuelle initiative judiciaire en la matière. Malgré la loi de ratification de la réforme de 2018, des zones d'ombre demeurent quant à l'office du juge²¹³³. La détermination de cet office ne soulève pas de difficulté particulière lorsque celui-ci est saisi, par l'une des parties, en cas d'imprévision, à la fois en résolution et en révision du contrat. De même, il est imaginable que, afin de maximiser ses chances de succès, le créancier agisse en résolution et en réduction du prix. Dans ces hypothèses il n'existe aucune objection à ce que le juge choisisse la sanction qu'il estime la plus adéquate afin de rétablir l'équilibre économique du contrat.

L'office du juge se révèle plus délicat à déterminer lorsque l'une des parties saisit directement le juge pour obtenir la résolution ou la révision du contrat²¹³⁴. La question est, finalement, de savoir si le juge bénéficie, en l'absence de toute précision des parties, d'une initiative quelconque quant au choix de la sanction applicable. L'article 1223 alinéa 2nd n'envisage en effet que la « contestation », laissant penser que le juge bénéficierait d'un large arsenal. De même, le recours au verbe « pouvoir » au sein de l'article 1195 du Code civil pourrait suggérer qu'une option est offerte au juge.

Antérieurement à la réforme de 2016, la jurisprudence se révélait hostile à l'admission de toute initiative judiciaire en matière de choix de la sanction applicable²¹³⁵, le principe

²¹³³ M. Mustapha Mekki estime sur ce point qu'il « aurait été (...) pertinent d'être moins économe sur l'intervention *a posteriori* du juge » (M. MEKKI, « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *op. cit.*). L'article 110 du projet Terré prévoyait une alternative entre la résolution du contrat et son exécution, ainsi que la possibilité d'y adjoindre des dommages-intérêts (« Le juge peut, selon les circonstances, soit constater la résolution, en statuant le cas échéant sur sa date, soit ordonner l'exécution du contrat en octroyant éventuellement un délai au débiteur. Le tout sans préjudice de dommages et intérêts »).

²¹³⁴ Il peut donc s'agir de la victime de l'inexécution sollicitant la résolution judiciaire (article 1227), du créancier sollicitant la réduction du prix déjà payé (article 1223 alinéa 2nd) ou de l'une des parties, souvent la victime de l'imprévision, sollicitant la résolution ou la réduction du contrat (article 1195 alinéa 2nd).

²¹³⁵ Dans un premier temps, la jurisprudence refusait d'accorder au juge une quelconque initiative dans le choix de la sanction applicable à la garantie des vices cachés, prévue à l'article 1641 du Code civil. L'article 1644 précise à ce propos que l'acquéreur constatant un vice rédhibitoire peut solliciter la résolution du contrat ou une réduction du prix. La Cour de cassation s'y est opposée, refusant ainsi au juge une prise d'initiative quant au choix d'une solution plus opportune (Cass. civ. 3^e, 16 déc. 2014, n° 13-24.906 : la cour d'appel avait rejeté la demande de

dispositif s'y opposant. L'article 4 alinéa 1^{er} du Code de procédure civile énonce en effet « 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 défense ». À l'instar de la force obligatoire du contrat qui s'applique tant aux parties qu'au juge, le principe de l'indisponibilité du litige trouve également vocation à s'appliquer à l'égard de l'autorité judiciaire. Ainsi, en application de l'article 5 du même code, « le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé », c'est-à-dire que le juge ne peut se prononcer *extra petita*, en accordant aux parties des choses qu'elles n'auraient pas demandées. Le juge est donc tenu par les demandes des parties.

Si l'initiative judiciaire doit être admise concernant la substitution d'une sanction sollicitée par une autre (A.), d'autres initiatives doivent, au contraire, faire l'objet d'un refus (B.).

A. *L'initiative admise*

Au sein de ses travaux de recherche, Mme Morgane Reverchon-Billot envisagea d'accorder au juge le pouvoir de choisir la sanction la plus opportune à l'inexécution du contrat²¹³⁶. En l'absence d'une demande portant sur les deux sanctions²¹³⁷, Mme Lucie Mayer se révèle plus circonspecte²¹³⁸, admettant la substitution d'une sanction par le juge dans le cas de la garantie des vices cachés²¹³⁹, mais émettant une réserve quant à la généralisation de cette

résolution du contrat au profit de l'allocation de dommages-intérêts « correspondant à la diminution de prix que l'acquéreur aurait pu obtenir s'il avait été entièrement et exactement informé des vices découverts par la suite ». La Cour de cassation infirme cette admission du cumul, invoquant une violation de l'article 1644 du Code civil, au motif « qu'elle avait admis le fondement de la garantie des vices cachés et qu'elle n'était saisie que d'une action rédhibitoire ». Dans un second temps, la jurisprudence a refusé au juge la possibilité de prononcer la résolution de la vente, si l'exécution forcée n'était pas possible. L'argument invoqué au soutien d'une telle prétention résiderait dans la nécessité d'assurer la stabilité des conventions. À l'inverse, la jurisprudence aura parfois autorisé le juge à rejeter la résolution du contrat²¹³⁵, voire l'exécution forcée²¹³⁵, au profit de l'allocation de dommages-intérêts.

Cass. com. 13 mai 1997, 95-14.948 : refus du juge de prononcer la résolution du contrat si elle ne lui a pas été demandée

²¹³⁶ Sur ce point, v. M. REVERCHON-BILLOT, *La question litigieuse en matière contractuelle*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, n° 169, 2017, nos 418 et s., p. 307 et s.

²¹³⁷ MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier, le souligne « il peut être dangereux pour le débiteur de ne formuler qu'une demande unique (...) il a donc tout intérêt à formuler systématiquement une demande subsidiaire portant sur la sanction qu'il n'a pas sollicitée au principal » (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, op. cit., p. 465) et ce d'autant que le créancier ne peut pas basculer d'une sanction à l'autre en cours d'instance (Cass. civ. 3^e, 20 janv. 2010, n° 09-65.972).

²¹³⁸ L. MAYER, « L'office du juge et le contrat », in *Cycle de conférences (Cour de cassation) : l'office du juge et le contrat*, 14 juin 2021, disponible sur <https://www.youtube.com/watch?v=4YDFyDcejYI>, consulté le 13/10/21.

²¹³⁹ L'auteure cite ainsi les propos du Doyen Héron, selon lequel « quand le créancier demande l'effet le plus important que lui offre une règle de droit, il est raisonnable de penser que l'effet le moins important est

solution au lendemain de la réforme de 2016²¹⁴⁰. S'il est possible d'admettre une option entre deux branches, résolution et réduction du prix, l'article 1217 du Code civil offre désormais cinq sanctions différentes à l'inexécution du contrat. L'ensemble de la doctrine civiliste semble s'opposer à l'initiative judiciaire dans le choix de la sanction entre la résolution et la révision du prix²¹⁴¹.

L'office du juge doit ainsi être limité à la demande formulée par les parties, à moins qu'une autre demande ne soit formée, subsidiairement par le demandeur (1.) ou reconventionnellement par le défendeur (2.).

1. Demande subsidiaire du demandeur

implicitement demandé à titre subsidiaire ». *In fine*, « on peut penser que l'acheteur a formé, à titre subsidiaire, une demande différente en réduction du prix ».

²¹⁴⁰ L. MAYER, « L'office du juge et le contrat », *op. cit.* « Si le créancier agit en résolution, qu'on lui dit que l'inexécution n'est pas suffisamment grave, on ne peut pas dire que la demande subsidiaire est l'exécution forcée ou la réduction du prix ».

²¹⁴¹ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 530, p. 481 : « le rapport de présentation de l'ordonnance ne fait aucun commentaire sur le sujet, mais il semble que les deux actions ne visant pas la même fin, le juge soit tenu par la demande des contractants. Il ne pourrait donc choisir entre révision et résiliation que si la partie ayant pris l'initiative de l'action lui demandait l'application de l'une ou l'autre des sanctions ou si elle avait demandé l'une mais que la partie assignée avait demandé reconventionnellement l'autre » – J.-F. FEDOU, « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, n° 2, p. 383 : « le juge ayant préalablement constaté que les conditions de l'article 1195, alinéa 1^{er}, sont remplies : -s'il est saisi à titre principal d'une demande de révision et à titre reconventionnel d'une demande de résolution (ou l'inverse), il disposera d'une alternative entre révision et résolution, dont il lui appartiendra de déterminer la date et les conditions ; -s'il est saisi seulement d'une demande de révision, il devra s'en tenir à la demande qui lui est présentée, et il ne pourra faire autrement que d'y faire droit, et cela à la date et conditions fixées par lui ; -s'il est saisi seulement d'une demande de résolution, là encore il devra s'en tenir à la demande qui lui est présentée, et il pourra l'accueillir en fixant la date et les conditions de cette résolution, sauf à provoquer les explications des parties s'il estime qu'il y a place pour une révision du contrat qui ne lui aurait pas été demandée » – M. MEKKI, « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *op. cit.* : « en outre, il serait utile que le projet d'ordonnance rappelle dans quelle mesure le créancier peut exercer son option entre la résolution judiciaire et les autres remèdes. La jurisprudence manque sur ce point de clarté. Certaines décisions de la Cour de cassation semblent exclure toute option entre la résolution judiciaire et l'exécution forcée en cours de procès. La même précision mériterait d'être apportée à propos de la résolution par notification. Art. 1227-1 : "Lorsque le créancier a fait le choix d'une résolution judiciaire, il peut en cours de procès, en première instance ou en appel, changer de fondement et demander l'exécution forcée ou des dommages-intérêts. Une telle option est exclue lorsque la résolution est intervenue par voie de notification, sauf d'un commun accord entre les parties" ». – O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, LexisNexis, 2018, p. 466 : « Si le juge estime [que l'unique sanction demandée] ne mérite pas d'être prononcée, on voit mal comment il pourrait imposer de lui-même l'autre sanction, sauf à violer, précisément, le principe dispositif »

Peu d'auteurs se sont prononcés en faveur de l'initiative judiciaire dans le choix de la sanction, si bien que seuls MM. Charles-Edouard Bucher²¹⁴², Philippe Stoffel-Munck²¹⁴³ et Nicolas Molfessis²¹⁴⁴ l'auront admise, dans le seul cas de l'imprévision. Plusieurs propositions ont été formulées en doctrine afin d'octroyer au juge une certaine marge de manœuvre²¹⁴⁵. Celle de Mme Lucie Mayer, susceptible de s'appliquer tant à l'inexécution qu'à l'imprévision, se révèle particulièrement intéressante.

373. Arguments en faveur d'une initiative judiciaire dans le cadre de l'imprévision.

– M. Philippe Stoffel-Munck estime qu'il serait possible de passer outre le principe dispositif, compte tenu de la formulation retenue par l'article 1195 du Code civil. En effet, selon l'auteur, « l'emploi du verbe "pouvoir", de préférence à l'usage de l'indicatif, rapporté à la conjonction "ou" conduit à mettre le choix de la mesure dans sa main ». Il souligne également que les principes Unidroit accordent au juge le pouvoir de choisir la mesure qu'il estime la plus appropriée²¹⁴⁶.

Si de tels arguments justifient la nécessité de contourner l'article 4 du Code de procédure civile, aucun moyen concret de le contourner n'est proposé. Tout au plus M. Thierry Revet suggère de « décider qu'une demande de résolution est toujours comprise dans une demande de révision, et réciproquement »²¹⁴⁷. Ce faisant, l'auteur retient une conception large de « l'objet du litige », contraire à l'interprétation contemporaine, retenue par la jurisprudence, de cette disposition.

²¹⁴² Cet auteur estime qu'il « est dans la logique de la judiciarisation de l'imprévision de laisser le juge maître du remède approprié tant il faudra composer avec de nombreuses données factuelles qu'il ne revenait pas au législateur d'énoncer, l'entente ou la méentente des parties (la pérennité du contrat suppose la sérénité), la proximité ou l'éloignement du terme du contrat, le caractère plus ou moins durable du déséquilibre... » (C.-E. BUCHER, « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *op. cit.*).

²¹⁴³ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *op. cit.* : « dans l'hypothèse où une seule mesure aurait été demandée à l'exclusion de l'autre, le principe dispositif pourrait-il contrecarrer la liberté du juge ? (...) on peut penser que le juge resterait libre de sa décision. En effet, le principe dispositif paraît ne pas devoir être poussé très loin au titre de l'article 1195, dont l'esprit est, à défaut de solution conventionnelle, d'abandonner le contrat à la sagesse du magistrat. »

²¹⁴⁴ N. MOLFESSIS, « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », *op. cit.* : « le juge doit également pouvoir disposer d'un pouvoir de mettre fin au contrat. Là doit être l'équilibre de l'article, dans cette option dont il disposera et dont il pourra user en tenant compte des arguments échangés par les parties devant lui. Et l'on verra sans doute des renégociations qui s'opéreront par échanges d'écritures devant le juge ».

²¹⁴⁵ MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier envisagent toutefois l'hypothèse originale d'une application cumulative des remèdes issues de l'article 1195 du Code civil : révision du contrat pour le passé et résolution pour l'avenir (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 462).

²¹⁴⁶ Cf *supra* n° 368, concernant le caractère contestable de cet argument et l'application de l'article 6.2.3 à la possibilité pour le juge de refuser de résoudre ou de réviser le contrat malgré le constat de l'imprévision.

²¹⁴⁷ Th. REVET, « Le juge et la révision du contrat », *op. cit.*

374. Proposition de Mme Lucie Mayer. – Mme Lucie Mayer formule une proposition permettant d'accorder au juge la possibilité de réduire le prix alors qu'il avait été saisi en résolution, ou inversement. Mme Lucie Mayer écarte tout d'abord la possibilité d'un dévoiement de la notion d'objet du litige : l'objet du litige ne serait plus le recours à une sanction précisément, mais la correction judiciaire du déséquilibre économique. Dès lors, un dévoiement de la notion d'objet pourrait, éventuellement, justifier l'ouverture d'un cumul des options offertes au juge. L'auteure rappelle la tendance restrictive de l'interprétation jurisprudentielle moderne de l'article 4 du Code de procédure civile, y percevant seulement la chose demandée au sens de l'article 1355 du Code civil²¹⁴⁸.

Cette auteure préconise au contraire de s'inspirer du droit allemand. En effet, celui-ci, mû par la volonté de garantir « l'efficacité du contrat », c'est-à-dire l'intérêt des deux parties, autorise le juge, dans certaines hypothèses, à suggérer aux parties de former une demande portant sur un autre objet. Ce faisant, le juge indiquerait, en creux, aux parties, le sens probable de sa décision. Le juge signifierait donc, insidieusement, au demandeur que sa demande est mal fondée, mais qu'un autre fondement pourrait être légitime. Le droit allemand n'y voit aucune atteinte à l'impartialité du juge, dans la mesure où celui-ci agirait dans l'intérêt des deux parties²¹⁴⁹. L'auteure estime qu'il pourrait en être ainsi également en droit français, le juge n'entendant pas favoriser une partie ou l'autre, et ne faisant que suggérer aux parties de lui poser une autre question, en leur énonçant la règle de droit²¹⁵⁰. Encouragé par le juge, le créancier ou la partie ayant saisi unilatéralement le juge pour imprévision aurait ainsi la possibilité de former une demande subsidiaire, visant à solliciter de ce dernier l'application d'une sanction ayant davantage de chance de prospérer.

Au-delà de ce pouvoir de choix entre les sanctions demandées, le juge est également investi d'un pouvoir de substitution en cas de demande reconventionnelle formée par le défendeur.

²¹⁴⁸ S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS et L. MAYER., *Procédure civile*, 6^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2019, n° 714, p. 348.

²¹⁴⁹ Mme Lucie Mayer souligne en effet que le juge allemand annonce dès le début son intention probable quant au délibéré.

²¹⁵⁰ Mme Lucie Mayer reconnaît toutefois que, objectivement, le juge se comportera comme le conseil de l'une des parties, même s'il n'en a pas l'intention. Une telle perspective est également envisagée par MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier, ceux-ci envisageant en effet la possibilité pour le juge d'« inviter les parties, en application de l'article 16 du Code de procédure civile, à conclure et débattre sur la sanction non sollicitée » (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, op. cit., p. 462).

2. Demande reconventionnelle du défendeur

Le juge peut librement substituer une sanction à une autre, dès lors qu'une demande reconventionnelle aura été formée à cette fin par le défendeur. En pratique, il s'agira de substituer la demande du créancier pour inexécution à celle du défendeur en imprévision. Contrainte de poursuivre l'exécution du contrat, la victime de l'imprévision risque en effet de manquer à ses obligations. Assigné par son cocontractant en inexécution du contrat, le défendeur est alors susceptible d'invoquer l'imprévision afin de justifier son comportement. Si, en apparence, le juge n'a qu'à déterminer le fondement adéquat de la résolution ou de la révision du contrat, ce choix emporte des conséquences quant au caractère fautif de l'inexécution, mais également quant à l'attribution éventuelle de dommages-intérêts²¹⁵¹. À l'inverse, le créancier insatisfait pourra également solliciter l'exécution forcée de la prestation. Dans ce second cas, le juge sera mis face à un véritable choix entre la résolution pour imprévision et l'exécution forcée²¹⁵².

Il semblerait que la réunion des conditions de l'imprévision fasse obstacle au contentieux de l'inexécution, érigeant ainsi l'imprévision en fait justificatif de l'inexécution.

375. L'imprévision, fait justificatif de l'inexécution. – Le juge saisi à la fois en inexécution et en imprévision devrait, logiquement, être tenu par la chronologie des événements et faire primer la demande en imprévision. Si les conditions de celle-ci sont réunies, alors le juge résoudra le contrat pour imprévision ou, éventuellement, bien que ce soit peu probable en pratique, le révisera. L'imprévision deviendrait alors un véritable fait justificatif de l'inexécution. Selon MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Y.-M. Laithier ce choix relève de la logique²¹⁵³ : le débiteur étant contraint de poursuivre l'exécution contractuelle malgré l'imprévision, cette primauté donnée à l'imprévision constituerait dès lors une juste compensation offerte à celui-ci²¹⁵⁴. Ces auteurs soulignent que cette faveur constitue également

²¹⁵¹ Cf. *infra* n° 377 concernant l'absence de dommages-intérêts dans l'imprévision.

²¹⁵² G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, n° 656, p. 606 « il devrait également pouvoir s'opposer à la fin du contrat en prononçant le cas échéant l'exécution forcée du contrat, puisque le débiteur peut "contester", et non seulement réclamer une indemnisation en cas de résolution abusive. La solution semblait déjà admise par la jurisprudence antérieure ».

²¹⁵³ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 472.

²¹⁵⁴ Cette faveur est d'autant renforcée que le débiteur en grande difficulté peut saisir le juge « dans un délai raisonnable », à compter de l'échec des négociations.

« une menace, destinée à décourager les manœuvres dilatoires d'un créancier qui ferait semblant de rechercher une solution négociée (en attendant cyniquement la chute de son débiteur) »²¹⁵⁵.

En cas de demande d'exécution forcée, l'article 1221 s'oppose à l'exécution forcée en nature « s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ». Dès lors, la solution la plus aisée pour le juge sera de prononcer l'exécution forcée en équivalent, s'il devait décider de favoriser l'inexécution sur l'imprévision. Le comportement de la partie victime de l'imprévision constituera alors très probablement une variable d'ajustement pour le juge dans son choix²¹⁵⁶.

En plus de cette possibilité de véritable choisir la sanction la plus adéquate, si plusieurs demandes sont formulées par les parties, le juge se voit également octroyer un pouvoir d'adjonction d'une sanction à une autre.

B. Les initiatives refusées

Le juge ne doit disposer d'aucune marge de manœuvre lorsqu'il contrôle la mise en œuvre de l'unilatéralisme et ne peut modifier la nature de la sanction choisie par le créancier insatisfait (1.). De même, le juge ne peut choisir d'accorder des dommages-intérêts à la victime de l'imprévision (2.).

1. Impossible modification de la sanction unilatéralement opérée

Il s'agit de déterminer la marge de manœuvre du juge si celui-ci constate l'illégitimité de la sanction unilatéralement opérée par le créancier victime de l'inexécution²¹⁵⁷ : le prix aura été réduit alors que le contrat aurait dû être annulé, ou inversement. Doit-il seulement annuler la sanction, ou peut-il lui-même rétablir l'équilibre économique du contrat ? Cela revient *in fine*

²¹⁵⁵ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article, op. cit.*, p. 462.

²¹⁵⁶ MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier préconisent ici de se référer au comportement du débiteur afin de trancher ce dilemme : « on peut imaginer que le juge ne traite pas de la même façon celui qui a cessé toute exécution et celui qui a fait l'effort de continuer à s'exécuter partiellement, procédant en quelque sorte par lui-même, à ses risques et périls et de façon anticipée, au "rabortage" de l'excès (ensuite caractérisé par le juge). (...) On peut imaginer aussi que le juge ne traite pas de la même façon celui dont l'inexécution n'est due qu'à l'imprévision et celui qui avait déjà commencé à manquer à ses obligations avant cela. À partir de là, beaucoup de combinaisons sont possibles : résolution ou révision pour imprévision gommant l'inexécution (tenue après coup pour un fait légitime) ; résolution pour inexécution aux torts du débiteur ; résolution ou révision pour imprévision assortie de dommages-intérêts au profit du créancier ; simple allocation de dommages-intérêts pour le créancier etc. » (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article, op. cit.*, p. 419).

²¹⁵⁷ Il s'agit ainsi de la situation dans laquelle la résolution du prix a été unilatéralement appliquée, alors que la réduction du prix aurait permis de poursuivre, malgré tout, l'exécution contractuelle. À l'inverse, le créancier a réduit le prix, alors que le contrat n'a aucune réelle perspective de survie.

à s'interroger sur la question de savoir si le juge est strictement saisi par la demande en contestation du débiteur se voyant imposer l'unilatéralisme.

Les textes se révèlent obscurs sur ce point. Ainsi, l'article 1223 alinéa 1^{er} n'envisage pas directement la contestation judiciaire de la réduction unilatéralement opérée par le créancier. De même, l'article 1228 envisage seulement la saisine du juge par le débiteur défaillant afin de « contester la résolution ». Le silence de l'article 1223 du Code civil laisse la porte ouverte à toutes les possibilités d'interprétation, tout comme la notion de « contestation » au sein de l'article 1226 pourrait laisser supposer que le juge puisse prendre l'initiative de choisir, le cas échéant, la sanction adéquate. Au regard du désaccord de la doctrine sur ce point, il convient de restreindre les pouvoirs du juge et de faire primer la volonté des parties : le juge ne saurait appliquer une sanction autre que celle choisie par le créancier.

376. Incertitudes quant à l'office du juge en cas de sanction inadaptée appliquée. – Si le juge constate que le recours à une sanction de l'inexécution se justifie, mais que le choix de la sanction est inadapté²¹⁵⁸, la question de son office ne manque pas d'interroger. M. Gaël Chantepeie estime ainsi que l'article 1226 du Code civil offre au juge une certaine marge de manœuvre. En effet, l'usage du verbe « contester » permettrait au juge d'aller « jusqu'au prononcé de l'exécution forcée du contrat (...), et pas seulement réclamer une indemnisation en cas de résolution abusive »²¹⁵⁹. À l'inverse, M. Yves-Marie Laithier estime que, au contraire, « le juge n'a pas le pouvoir de réviser le contrat, fût-ce pour inexécution, si le créancier n'en a pas fait la demande »²¹⁶⁰.

Cette interrogation se révèle davantage théorique que pratique. En effet, en cas de résolution inadaptée, le juge n'a pas à se substituer à la volonté du créancier. Le seul rôle du juge est de vérifier la réunion des conditions de l'article 1226 du Code civil. Dès lors qu'une inexécution suffisamment grave est constatée, quand bien même une réduction du prix aurait pu permettre le maintien de l'exécution contractuelle, le créancier est fondé à solliciter la résolution du contrat. Le juge n'a pas à opérer un contrôle de la perte d'intérêt du contrat²¹⁶¹. Le créancier qui aura choisi la résolution plutôt que la réduction du prix pour des motivations qui lui sont propres ne pourra pas se voir imposer une réduction du prix par le juge. La volonté

²¹⁵⁸ Le créancier aurait, par exemple, choisi de résoudre le contrat alors qu'une simple réduction du prix aurait permis la survie de celui-ci.

²¹⁵⁹ G. CHANTEPIE, « Réduction du prix et résolution par notification », *op. cit.*

²¹⁶⁰ Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *op. cit.*

²¹⁶¹ Cf. *supra* nos 317 et s. concernant le critère de la perte d'intérêt du contrat, guidant le choix des parties entre la révision et la résolution du contrat.

des parties doit primer sur celle du juge. À l'inverse, si le créancier choisit de réduire le prix, alors que la résolution du contrat aurait été plus pertinente compte tenu des circonstances, le juge ne peut également pas se substituer à sa volonté.

Il n'apparaît donc pas souhaitable que le juge se substitue à la volonté du créancier afin de substituer une sanction plus opportune à celle appliquée par le créancier.

2. Exclusion des dommages-intérêts en cas d'imprévision

La question du cumul entre la révision ou la résolution du contrat avec l'allocation de dommages-intérêts dans l'imprévision se révèle délicate, compte tenu notamment de l'absence de faute du débiteur victime de l'imprévision.

377. Absence de faute du débiteur, obstacle à l'allocation de dommages-intérêts en cas d'imprévision. – Compte tenu de l'obligation de poursuite de l'exécution contractuelle au cours des négociations, le contentieux de l'imprévision risque fort de basculer vers un contentieux de l'inexécution. Le débiteur commet bien une faute en ne s'exécutant pas, malgré l'existence de l'imprévision. L'imprévision ne légitime pas, *a priori*, l'inexécution. Le juge serait alors saisi en premier lieu, à l'initiative du créancier, et le débiteur invoquerait l'imprévision au titre d'un moyen de défense²¹⁶², dans le but de légitimer *a posteriori* son inexécution. La chronologie des événements impose au juge d'examiner en premier lieu la demande reconventionnelle formulée par le débiteur. Si les conditions de l'imprévision sont réunies, alors le juge devrait être tenu de prononcer la résolution du contrat²¹⁶³. La question est donc de savoir si le créancier pourra malgré tout obtenir des dommages-intérêts pour inexécution. MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Y.-M. Laithier estiment qu'aucun fondement juridique ne justifie le versement de dommages-intérêts²¹⁶⁴, compte tenu de l'absence de faute du débiteur dans la résolution du contrat. Stoffel-Munck propose alors de

²¹⁶² MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier soulignent toutefois l'irréalisme qu'il y aurait à exiger des parties une phase de négociation, dans la mesure où elles sont déjà engagées dans une phase contentieuse. Ces auteurs suggèrent dès lors de formuler une proposition de négociations au sein des écritures (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 418).

²¹⁶³ Une faveur est ici faite au débiteur aux abois. Il ne saurait lui être reproché de ne pas avoir saisi le juge pour imprévision avant que l'onérosité excessive ne le conduise à l'inexécution, compte tenu de l'obligation de poursuite d'exécution mise à sa charge par l'article 1195 du Code civil.

²¹⁶⁴ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, LexisNexis, 2016, p. 418.

recourir au principe d'équité afin d'autoriser un tel versement²¹⁶⁵. L'admission des dommages-intérêts se révélera sans doute casuistique et demeurera soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond.

²¹⁶⁵ Ph. STOFFEL-MUNCK, « La réforme en pratique. La résiliation pour imprévision », *op. cit.* : « ce n'est pas sur le fondement d'une responsabilité qu'il sera possible d'en tenir compte puisque la rupture opère sans faute. L'équité, à nouveau, en sera la mesure, sauf aux parties à avoir convenu sur ce point ».

CONCLUSION DE LA SECTION II

Le juge s'est vu offrir un nouveau rôle par la réforme, à finalité coercitive. L'importance de ses pouvoirs de sanction doit contraindre les parties à négocier, ou empêcher une partie seule d'abuser de ses prérogatives unilatérales.

378. Le juge exerce ainsi un rôle de menace, tant dans le déroulement des négociations que dans l'exercice de l'unilatéralisme. La possibilité d'une saisine judiciaire doit ainsi encourager les parties à entamer des négociations, celles-ci devant être de bonne foi. À défaut, la partie saisissant le juge directement, tant sur le fondement de l'article 1195 que 1223 et 1226 du Code civil, risque de se voir opposer une fin de non-recevoir.

Le juge exerce également un double rôle coercitif dans le contrôle de l'usage loyal de de l'unilatéralisme, venant ainsi intimider le créancier qui ne se risquera pas à abuser de ses prérogatives unilatérales. Dans un premier temps, le juge vérifie la réunion des conditions de forme (mise en demeure, notification et motivation). L'acte ne respectant pas ces conditions encourt la nullité. Par ailleurs, le juge vient également contrôler les conditions de fond de l'unilatéralisme, vérifiant ainsi la proportionnalité de la réduction du prix opérée, mais également, le cas échéant, la légitimité de la résolution.

379. Afin de garantir l'efficacité de son rôle de coercition, d'importants pouvoirs doivent être octroyés au juge. Certains découlent directement des textes : le juge doit rétablir l'équilibre économique. À cette fin, il pourra refuser de résoudre ou de réduire le prix, rétablir le contrat qui n'aurait pas dû être résolu ou revaloriser la révision du prix opérée.

Le rôle du juge dans le silence du texte est toutefois plus discutable. Certaines initiatives doivent être reconnues au juge, malgré l'obstacle que constitue l'article 4 du Code de procédure civile. Le juge doit pouvoir choisir la sanction la plus opportune, dès lors qu'une demande subsidiaire ou reconventionnelle aura été formée. De même, des dommages-intérêts doivent pouvoir se cumuler, dès lors qu'il existerait un préjudice distinct à indemniser. À l'inverse, les initiatives judiciaires doivent être limitées, en ce que le juge ne saurait modifier la nature de la sanction unilatéralement choisie par le créancier ni prononcer des dommages-intérêts en cas d'imprévision.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

La titularité de la sanction permettant le rétablissement de l'équilibre économique du contrat est principalement dévolue aux parties, l'importance de l'office du juge contribuant, paradoxalement, à renforcer la primauté de celles-ci.

380. La titularité de la sanction revient, en priorité, aux parties. Celles-ci sont en effet encouragées à négocier afin de rétablir conventionnellement l'équilibre économique du contrat. La soumission des parties à une véritable obligation de négocier, sans pour autant les contraindre à obtenir un résultat, favorisera ainsi les solutions consensuelles.

À défaut d'une solution consensuelle, la faveur du législateur demeure à la déjudiciarisation, venant préférer le recours à une partie seule plutôt qu'au juge. La réforme est ainsi marquée par la consécration de l'unilatéralisme. Dès lors, l'établissement d'une obligation générale de motivation s'impose, en tant que premier contrepoids à l'unilatéralisme.

381. Le juge joue le rôle du second contrepoids, visant à encourager, d'une part, les négociations entre les parties et, d'autre part, l'usage raisonné de l'unilatéralisme. Le juge tire finalement ses pouvoirs du désaccord des parties ou de l'arbitraire du créancier. Le juge pourra ainsi librement accéder aux demandes formulées selon les cas, en révisant lui-même le contrat ou en confirmant la résolution, mais également en revalorisant la réduction opérée par le créancier.

Dans le silence des textes, le juge se voit également accorder un pouvoir d'initiative visant à substituer une sanction à une autre, dès lors que les parties en auront formulé la demande, ainsi que d'accorder des dommages-intérêts en cas d'inexécution fautive. Le juge voit en revanche son initiative limitée concernant l'impossibilité de modifier le fondement de l'unilatéralisme, ainsi que d'accorder des dommages-intérêts en cas d'imprévision.

La primauté est ainsi donnée aux parties sur le juge afin de procéder au rétablissement de l'équilibre économique, résultat de l'application du mécanisme de sanction.

CHAPITRE II

RESULTAT DE LA SANCTION

Le choix de la sanction applicable au déséquilibre économique se justifiant au regard du maintien d'un intérêt à l'exécution contractuelle, les parties seront les premières à mettre en œuvre ce mécanisme, qu'elles optent pour une sanction atténuée, la révision (section I), ou radicale, l'anéantissement (section II).

SECTION I

REVISION DU CONTRAT

La révision du prix peut être définie comme une diminution de celui-ci proportionnelle à la diminution de la valeur de la prestation convenue, dans le but de restaurer un équilibre contractuel²¹⁶⁶. M. Philippe Simler le relève, si ce mécanisme est souvent envisagé du point de vue de la titularité de la sanction, et plus particulièrement au regard du rôle du juge en la matière, il fait rarement l'objet d'une étude en lui-même²¹⁶⁷.

Antérieurement à l'ordonnance du 1^{er} février 2016, de nombreux mécanismes, tantôt légaux, tantôt prétoriens, conduisaient à la révision du prix du contrat, sans que jamais celle-ci ne soit systématisée, compte tenu de l'éclatement des fondements au sein des différents contrats spéciaux. La réforme de 2016 a apporté d'importantes innovations, en introduisant deux modalités de révision du prix, tantôt à l'initiative du juge, tantôt du créancier, en cas d'imprévision (article 1195 du Code civil) ou d'inexécution du contrat (article 1223 du Code civil). Les textes se révèlent toutefois succincts et imprécis à ce propos, n'envisageant que la « révision » ou l'« adaptation » du contrat et la « réduction du prix ». Tout au plus l'article 1223 du Code civil précise-t-il que la réduction doit être faite « de manière proportionnelle ». La lecture de ces dispositions amène au constat d'une immixtion de la révision du prix au sein du droit commun des contrats.

L'étude du mécanisme de révision du prix, sur le fondement du droit commun, nécessite d'analyser la modification à la fois formelle (§1) et substantielle (§2) du contrat, engendrée par celui-ci.

§1 – Modification formelle du contrat

L'annulation consensuelle²¹⁶⁸ et la révision conventionnelle entraîneront la rédaction d'un avenant, soumis aux règles de formation du contrat²¹⁶⁹. À l'inverse, la mise en œuvre de

²¹⁶⁶ Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution*, op. cit., n° 243, p. 349.

²¹⁶⁷ Ph. SIMLER, *L'annulation partielle des actes juridiques*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 101, 1969, n° 316, p. 386.

²¹⁶⁸ L'annulation consensuelle se distingue de la mise en œuvre d'une clause résolutoire, laquelle entraîne simplement la résolution de plein droit du contrat. Sur ce point, v. Y.-M. SERINET, « La constatation de la nullité par les parties : une entorse limitée au caractère judiciaire de la nullité », in *Libres propos sur la réforme du droit des contrats : analyse des principales innovations de l'ordonnance du 10 février 2016*, LexisNexis, 2016, p. 85.

²¹⁶⁹ L'avenant venant annuler ou modifier le contrat devra être élaboré dans le respect des exigences de l'article 1128 du Code civil. Les conditions de consentement et de capacité appellent peu de remarques, si ce n'est qu'il

la révision entraînera l'établissement d'un contrat contingent, lorsque la nature de celle-ci est judiciaire (I.), ou d'un acte constitutif de volonté lorsque la révision est unilatérale (II.).

I. CREATION D'UN CONTRAT CONTINGENT

Le recours à la notion de contrat contingent se révèle opportune, celle-ci a été développée dans les travaux de M. Luc Grynbaum²¹⁷⁰. Le recours à ce type de contrats était jusqu'ici limité à certaines hypothèses résiduelles comme les baux commerciaux ou les rentes viagères.

382. Substitution du juge à la volonté des parties. – Le contrat contingent sera formé lors du prononcé du jugement, le juge venant se substituer à la volonté des parties en adaptant le contrat initial²¹⁷¹. Il se substitue au consentement des parties, tout en tenant éventuellement compte de leur volonté. En effet, « il n'est demandé ni aux créanciers ni aux débiteurs de consentir l'adaptation de leurs engagements. En revanche, les parties peuvent avoir une opinion sur les mutations à apporter à leurs obligations afin de permettre leur exécution »²¹⁷². La volonté des parties est finalement réduite au stade de souhaits. La formation est solennelle, en ce que le prononcé de la décision du juge est nécessaire afin de parfaire l'acte. Le jugement étant un acte formaliste, les règles de formes afférentes rejaillissent nécessairement sur le contrat contingent.

En révisant le contrat, pour inexécution ou pour imprévision, le juge viendra donc modifier le contenu du contrat déséquilibré, en se substituant à la volonté des parties. Tout au plus le juge respectera-t-il la volonté du demandeur à l'instance, lequel aura directement sollicité la révision. En revanche, en cas de saisine judiciaire en contrôle de la révision

sera recommandé aux parties de rédiger un acte dénué d'équivoque, afin d'éviter toute contestation ultérieure. Le contenu variera selon le correctif utilisé. L'annulation consensuelle sera ainsi impossible lorsque les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits (cf. *supra* n° 342). Il convient également de relever que, tout comme le contrat originel, l'avenant n'est soumis à aucune exigence d'équilibre objectif des prestations. Sur la notion d'avenant et plus généralement, v. A. GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, LGDJ, 1980, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 166, n°s 396 et s., p. 167 et s.

²¹⁷⁰ L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent*, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 389, LGDJ, 2004, n°s 416 et s., p. 272 et s.

²¹⁷¹ Ce dernier ne doit pas être confondu avec le « contrat judiciaire », lequel peut être défini comme « tout accord de volonté des parties dont l'existence est constatée par le juge », ni comme une transaction. Certes, les personnes concernées par cette opération sont similaires (le juge et les parties), mais M. Luc Grynbaum rappelle que le contrat judiciaire est formé par la seule volonté des parties, alors que le contrat contingent résulte de la volonté du juge et s'impose aux parties. Le contrat contingent et le contrat judiciaire constituent finalement une « variation sur le même thème » (L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent*, *op. cit.*, n°s 431 et s., p. 282 et s.).

²¹⁷² M. Luc Grynbaum estime que l'expression de leur volonté doit avoir lieu au sein de l'acte introduction d'instance et lors de l'échange des conclusions par les parties, bien que cette phase ne doive pas être assimilée à des négociations (L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent*, *op. cit.*, n° 425, p. 277).

unilatéralement opérée par le créancier insatisfait, le juge se substituera à la volonté des deux parties.

383. Contenu du contrat contingent. – L'élaboration du contrat contingent conduit à l'altération du contenu des obligations issues du contrat initial²¹⁷³. Plus précisément, M. Luc Grynbaum estime que l'intervention du juge viendra modifier la cause subjective du contrat²¹⁷⁴ : « lorsque l'on s'en tient à la cause subjective, on peut affirmer que tout contrat adapté autoritairement par le juge voit le but poursuivi par les parties modifié »²¹⁷⁵.

En rééquilibrant le contrat, pour inexécution ou pour imprévision, le juge viendra donc modifier la cause efficiente de l'obligation, laquelle se retrouve au sein de tous les contrats spéciaux. À titre d'exemple, le juge portera atteinte à l'obligation essentielle du contrat de prêt d'argent lorsqu'il modifiera le montant des intérêts. Ce faisant, « la représentation que le prêteur de deniers et l'emprunteur s'étaient faite du contrat de crédit est déjouée par l'intervention du juge »²¹⁷⁶. De même, le juge pourra modifier le prix de la vente et ce sera également la cause de l'obligation du vendeur qui sera modifiée. Cette hypothèse peut également être transposée au bailleur, dont la mise à disposition de la chose ne rencontrera pas la même contrepartie.

L'immixtion judiciaire afin de rétablir l'équilibre économique du contrat par la révision de celui-ci conduira alors à l'établissement d'un contrat contingent. À l'inverse, lorsque le rétablissement de l'équilibre économique sera le fruit d'un acte unilatéral du créancier, la modification aura pour support formel un acte de constitutif de volonté.

II. ETABLISSEMENT D'UN ACTE CONSTITUTIF DE VOLONTE PAR LE CREANCIER

La formulation finalement retenue par l'article 1223 en 2018 semble établir un mécanisme en deux temps : le créancier insatisfait notifierait le débiteur de la réduction du prix, celui-ci étant libre d'accepter, ou non. L'ensemble n'est pas sans rappeler la formation du contrat, l'offre étant suivie d'une acceptation. En retenant une telle interprétation de la réduction du prix, le mécanisme perdrait toute unilatéralité, la réduction devenant alors conventionnelle. En réalité, la notification et l'acceptation doivent être perçues comme deux actes indépendants,

²¹⁷³ L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent, op. cit.*, n° 435, p. 284.

²¹⁷⁴ L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent, op. cit.*, n° 443, p. 291.

²¹⁷⁵ L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent, op. cit.*, n° 446, p. 294. L'auteur estime ainsi que la cause sera « bafouée » par l'intervention du juge (L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent, op. cit.*, n° 447, p. 295).

²¹⁷⁶ L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent, op. cit.*, n° 445, p. 293 : « le banquier n'aurait jamais conclu un contrat de prêt avec (...) un taux zéro qui revient à accorder un prêt gratuit. La cause du contrat de crédit, appréciée subjectivement, est donc affectée par les révisions opérées par le juge ».

le premier constitutif, le second abdicatif. Lorsque la réduction est réalisée de la main du créancier, celui-ci vient ainsi modifier unilatéralement le contrat par un acte constitutif de volonté²¹⁷⁷. Si ce dernier venait à être contesté en justice, les modifications apportées par le juge ne modifieraient que cet acte, et non le contrat en lui-même.

384. Modification judiciaire de l'acte constitutif établi par le créancier insatisfait. – Le rééquilibrage du contrat par le juge nécessite de modifier la réduction unilatérale opérée par le créancier. Ce faisant, ce n'est donc pas le contrat en lui-même qui sera modifié, mais l'acte constitutif du créancier indiquant sa volonté de réduire le prix jusqu'à un certain montant. En effet, le créancier lui-même n'a jamais modifié le contenu du contrat, ne faisant qu'accorder une libération partielle à son débiteur. Dès lors, le créancier s'en étant abstenu, rien ne justifierait que le juge modifie le contenu du contrat. Seul l'acte constitutif établi unilatéralement par le créancier sera donc modifié.

Une fois le support de la modification du contrat déterminé – contrat contingent si le rétablissement de l'équilibre économique est judiciaire, acte constitutif de volonté s'il est unilatéral – il convient de déterminer la nature juridique de la modification qui sera apportée.

§2 – Modification substantielle du contrat

La mise en œuvre du mécanisme de la révision entraîne une modification substantielle du contrat, assimilable à une restitution partielle et devant être distinguée de la réparation (I.). L'objet de cette modification substantielle portera non pas sur le juste prix, mais sur le rétablissement de l'équilibre économique (II.).

I. NATURE DE LA MODIFICATION DU CONTRAT

La révision du contrat entraîne une modification du contenu de celui-ci. La réduction du prix doit ainsi être assimilée à une restitution partielle (A.) et se distingue d'une action en réparation (B.).

A. Réduction du prix assimilée à une restitution partielle

La révision ou réduction du prix conduit à libérer partiellement le débiteur de ses obligations²¹⁷⁸. La nature de cette modification au regard des différents modes d'extinction de

²¹⁷⁷ Cf. *supra* n° 384.

²¹⁷⁸ M. Patrice Jourdain la définit comme « la diminution de la prestation d'une partie en raison de l'insuffisance de la prestation de l'autre » (Ph. JOURDAIN, « À la recherche de la refaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 449).

l'obligation préexistants est douteuse, si bien que la réduction et la révision du prix constituent une modalité *sui generis*.

M. Charles Gijsberg souligne ainsi que, dans le cadre de l'article 1195 du Code civil, la seule véritable limite au pouvoir du juge réside dans « l'identité originelle du contrat », la révision ne devant pas déboucher sur une novation²¹⁷⁹. Cet auteur n'invoque aucune opposition pratique à l'identification d'une novation au sein de la révision pour imprévision, l'argument selon lequel la novation entraînerait la perte des sûretés n'étant, par ailleurs, plus d'actualité compte tenu du nouvel article 1334 du Code civil qui en admet le maintien.

385. Insuffisance des qualifications traditionnelles du droit en matière de modification de l'obligation. – Il peut être invoqué que la modification du montant du prix, par le juge ou une partie, pourrait constituer une novation²¹⁸⁰. Cette qualification se révèle satisfaisante sur le plan théorique. La novation est désormais définie à l'article 1329 du Code civil comme le « contrat qui a pour objet de substituer à une obligation, qu'elle éteint, une obligation nouvelle qu'elle crée ». L'ancienne obligation, inexécutée ou inexécutable selon les cas, serait ainsi éteinte et le créancier de l'obligation serait ainsi libéré par le paiement d'un prix moindre.

La novation suppose l'extinction volontaire d'une obligation au profit de la création d'une seconde obligation valable. Or, la jurisprudence estime classiquement que la modification du montant de la dette ne constitue pas un changement de l'obligation susceptible de donner lieu à novation²¹⁸¹. Par ailleurs, l'article 1329 sous-tend l'existence d'une intention de nover, c'est-à-dire un *animus novandi*. Si la réduction unilatérale du prix témoigne de l'intention du créancier insatisfait de modifier le contrat, la révision ou la réduction judiciaire du prix est dépourvue d'intention de nover. En effet, le juge ne saurait décider, seul et sans l'appui du législateur, de la disparition de l'obligation initiale.

De même, puisque la révision, ou réduction du prix, conduit à libérer partiellement le débiteur de ses obligations, la tentation pourrait résider dans la qualification en remise de dette : l'article 1350 du Code civil dispose que la remise de dette est le contrat par lequel le créancier libère le débiteur de ses obligations. L'assimilation de la révision ou de la réduction du prix à une remise de dette est contraire à l'esprit du texte, celle-ci constituant un mode d'extinction de

²¹⁷⁹ C. GIJSBERG, « La révision du prix », *RDC* 2017, n° 3, p. 564.

²¹⁸⁰ M. Luc Grynbaum envisage ainsi la possibilité de qualifier une telle opération de novation pour changement de cause (L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent, op. cit.*, n°s 462 et s., p. 306 et s).

²¹⁸¹ Cass. civ. 1^{re}, 20 nov. 1967, *Bull. civ.* I, n° 335, *D.* 1969. 321, note N. M. K. GOMAA.

l'obligation non satisfaisante pour le créancier. Or, le rétablissement de l'équilibre économique procure satisfaction au créancier. La qualification de « remise de dette » est donc inapplicable.

Enfin, la qualification de « dation en paiement » doit également être écartée. La dation en paiement est définie à l'article 1342-3 du Code civil comme la possibilité, pour le créancier, d'accepter « de recevoir en paiement autre chose que ce qui lui est dû ». Cette qualification est inapplicable à la révision du contrat ou à la réduction du prix, en ce qu'il n'y a pas de modification de la substance de l'obligation, mais simplement de son montant ou des modalités de paiement. De surcroît, la dation en paiement nécessite le consentement des parties. Or, le consentement des parties a nécessairement été forcé par l'imprévision, ou par l'inexécution. Si les parties avaient consenti à une telle modification, celle-ci aurait été conjointe, et non judiciaire ou unilatérale. De plus, retenir une telle interprétation de la dation en paiement viendrait dévoyer la notion, celle-ci étant traditionnellement réservée aux hypothèses dans lesquelles la dation d'un bien distinct de celui-ci prévu au contrat vient pourtant éteindre la créance.

386. Assimilation de la réduction du prix à une annulation partielle du contrat. – Compte tenu de l'insuffisance des qualifications traditionnelles concernant les modifications de l'obligation, il convient de se tourner vers les sanctions prévues par le droit civil. M. Philippe Simler démontre ainsi que « la réduction n'est qu'une technique particulière de mise en œuvre de la notion de nullité partielle »²¹⁸². L'auteur estime ainsi total le parallélisme existant entre la réduction et la nullité d'une clause²¹⁸³. La nullité partielle vient finalement supprimer les seuls effets illicites de l'acte²¹⁸⁴, c'est-à-dire le déséquilibre économique. Cette nullité partielle donnera lieu à des restitutions partielles et la seule difficulté relèvera de la détermination de l'étendue de la nullité, c'est-à-dire du montant de la réduction. Ce faisant, la nullité partielle permet de rétablir l'équilibre économique.

²¹⁸² Ph. SIMLER, *L'annulation partielle des actes juridiques*, op. cit., n^{os} 315 et s., p. 387 et s.

²¹⁸³ Ph. SIMLER, *L'annulation partielle des actes juridiques*, op. cit., n^o 321, p. 392 : « le juge détruit une fraction de ce que les parties ont voulu. (...) Ou bien la réduction des stipulations excessives est assimilable à la nullité d'une clause ou d'une partie d'un acte ; ou bien c'est la notion même de nullité partielle qui doit être proscrite. En aucun cas deux phénomènes ne peuvent être dissociés et qualifiés différemment ». V. également sur ce point Mme Catherine Thibierge-Guelfucci, selon laquelle « si dans un contrat, seule une clause entachée d'une cause de nullité parce qu'illicite est annulée, il y aura lieu, si elle a été exécutée, à une restitution de la seule part de la prestation correspondant à cette clause ».

²¹⁸⁴ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, 1992, n^o 779, p. 448.

387. Assimilation de la réduction du prix à une résolution partielle du contrat. – De prime abord, le raisonnement de M. Philippe Simler semble pouvoir se transposer aisément à la réduction du prix, lorsque le déséquilibre économique surviendrait en cours d'exécution du contrat : il s'agirait alors d'une résolution partielle de celui-ci. Cette thèse est ainsi soutenue par de nombreux auteurs²¹⁸⁵, la majorité estimant que la révision du prix constituant une résolution partielle du contrat.

Mme Corinne Rigalle estime toutefois que la qualification de « résolution partielle » serait inapplicable en matière de réduction du prix. En effet, outre leur domaine distinct, ces deux actions diffèrent du point de vue leur régime : la réduction « ne crée pas l'obligation de payer le prix. Elle ne la résout pas non plus, car elle n'a pour effet de l'éteindre. Le fait que la modification n'ait pas d'influence sur l'existence de l'obligation implique notamment que l'obligation préexiste à l'exercice de la réduction et qu'elle lui subsiste sous forme modifiée »²¹⁸⁶. Selon cette auteure, la résolution serait donc une sanction *sui generis*, autonome²¹⁸⁷.

La réduction du prix doit ainsi être assimilée à une annulation ou une résolution partielle du contrat, entraînant des restitutions partielles. Ces dernières ne doivent, toutefois, pas faire l'objet d'une confusion avec les éventuels dommages-intérêts versés au créancier insatisfait.

B. Réduction du prix distinguée de la réparation

Assimilée à une restitution partielle, la réduction du prix se distingue de la réparation du préjudice subi par le créancier. Les deux actions présentent en effet des similitudes du point de vue du résultat, compte tenu de la confusion engendrée par la compensation du prix avec l'allocation de dommages-intérêts (1.), mais se différencient du point de vue de leur fonction (2.).

²¹⁸⁵ Ch. LARROUMET, *Les obligations. Le contrat*, III, 5^e éd., Economica, coll. Droit civil, 2003, n° 711, p. 763 – Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 208, 1989, n° 161, p. 185 – Y.-M. SERINET, *Les régimes comparés des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente*, thèse Paris I, 1996, n°s 362 et s., p. 393 et s.

²¹⁸⁶ C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003, n° 275, p. 165.

²¹⁸⁷ M. Yves-Marie Laithier estime cette précaution de langage superflue et que la question de la nature de la réfaction, qu'elle « soit une sanction autonome ou un diminutif de la résolution est sans intérêt juridiquement. Cela n'influe ni sur son domaine, ni sur son régime » (Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution*, *op. cit.*, n° 261, p. 348).

1. Confusion engendrée par la compensation du prix avec des dommages-intérêts

Le prix versé par le débiteur est susceptible de se compenser avec les dommages-intérêts versés par un tiers (a.) ou par son créancier (b.), aboutissant, *in fine*, à une réduction indirecte du prix : le débiteur paiera moins que ce qui avait été prévu²¹⁸⁸.

a. Dommages-intérêts versés par un tiers

L'acquéreur peut également considérer le prix comme étant révisé lorsqu'il obtient un remboursement par compensation grâce à l'allocation de dommages-intérêts, que ceux-ci soient versés par le créancier ou par un tiers²¹⁸⁹.

388. Correction de l'erreur du mandataire. – La vente à dire de tiers est un procédé issu du droit de la vente, mais également retrouvé dans d'autres catégories de conventions²¹⁹⁰. Les parties s'en remettent à un tiers afin qu'il fixe le prix en leur lieu et place, celui-ci étant en principe définitif. Les parties donnent ainsi leur consentement, par avance, au prix déterminé par le tiers. Celui-ci ne saurait toutefois s'imposer aux parties dès lors que le mandataire aura commis une erreur grossière²¹⁹¹. Une nouvelle chance est laissée au tiers estimateur, avant que la caducité de la vente ne s'impose aux parties²¹⁹².

Si la voie de la révision directe du prix est fermée à la partie lésée en cas de faute simple, celle de la révision indirecte demeure ouverte. Un arrêt en date du 4 février 2004 a admis une telle possibilité²¹⁹³, sur le fondement de l'article 1992 du Code civil, en vertu duquel le mandataire répond des fautes qu'il commet dans sa gestion. La responsabilité du tiers sera engagée pour faute simple, la Cour précisant que « l'erreur grossière est une condition de la remise en cause de la détermination du prix et non de la responsabilité du mandataire chargé de

²¹⁸⁸ Ph. JOURDAIN, « À la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », *op. cit.* : « nul ne pourra contester que le résultat obtenu par la condamnation à des dommages-intérêts est pratiquement identique à celui de la réfaction ». Cet auteur qualifie ainsi l'allocation des dommages-intérêts de « déguisement indemnitaire ».

²¹⁸⁹ La responsabilité du tiers sera ici engagée pour avoir failli à la mission d'estimation qui lui avait été confiée par les parties. Les dommages-intérêts versés par le tiers ayant vu sa responsabilité engagée viendront alors se compenser avec le prix, révisant indirectement l'équilibre contractuel.

²¹⁹⁰ Cf. *supra* n° 189.

²¹⁹¹ Cass. com. 6 juin 2001 ; *JCP G*, 2001.I.372, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN – Cass. com., 9 avr. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 139 ; *RTD civ.* 1992, p. 133, obs. P.-Y. GAUTIER.

²¹⁹² Cass. com. 6 juin 2001, n° 98-18.503, *JCP* 2001. I. 372, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN – Cass. civ. 1^{re}, 25 nov. 2003, n° 00-22.089, *RTD civ.* 2004, p. 308, obs. P. – Y. GAUTIER – Cass. com. 5 mai 2009, n° 08-17.465, *D.* 2009. 2195, note B. DONDERO – Cass. com. 15 janv. 2013, n° 12-11.666, *Bull. civ. IV*, n° 9.

²¹⁹³ Cass. com. 4 févr. 2004, n° 01-13516, *Bull. civ. IV*, n° 23, p. 22 ; *CCC* 2004, n° 56, note L. LEVENEUR ; *D.* 2004, p. 2330, note C. BLOUD-REY.

celle-ci ». Au-delà, le préjudice à réparer résultera de la sous-évaluation fautive de la chose vendue.

389. Correction de l'erreur de l'expert. – La révision du déséquilibre engendré par l'erreur de l'expert connaît une illustration récente à travers la jurisprudence relative aux professionnels chargés de réaliser l'estimation de la valeur économique de biens immobiliers. Ainsi, dans un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux²¹⁹⁴, un appartement avait été vendu à 117 000 €, sur les conseils de l'agent immobilier. Les vendeurs ont alors recherché la responsabilité de celui-ci, lorsque l'administration fiscale immobilière opéra une rectification à hauteur de 143 000 €. La cour a alors considéré que « la société F a commis une faute par manquement à son devoir d'information et de conseil », laquelle « a fait perdre à M. A Y une perte de chance d'éviter de vendre son bien immobilier pour un prix inférieur de 26000 euros à sa valeur réelle, et de payer 281 euros d'intérêts de retard à l'administration fiscale ». Une solution identique a été retenue en 2019 par le Tribunal de Grande Instance d'Arras²¹⁹⁵, à l'encontre d'un notaire, ainsi que par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation le 9 mars 2017²¹⁹⁶.

La responsabilité du tiers estimateur peut également être retenue en sens inverse, en cas de surestimation du bien. Dans un arrêt du 25 mars 2021²¹⁹⁷, la cour d'appel de Rouen a ainsi engagé la responsabilité de l'agent immobilier ayant estimé un bien à 400 000 €, alors que celui-ci n'a finalement été vendu qu'à 242 000 €, vingt-cinq mois plus tard, alors que les parties avaient déjà acheté un nouveau bien d'un prix de 309 000 €. Celles-ci ont invoqué tant le préjudice matériel résultant de la perte de chance de ne pas contracter, estimée à hauteur de 22 000 €, ainsi que le préjudice moral résultant de la perte de confiance. L'agent immobilier fut alors condamné à verser 33 511 € de dommages-intérêts, ce qui équivaut à 20 % de la différence de prix entre l'estimation réalisée et le prix de vente. Il convient toutefois de relever que, dans cette espèce, les juges de première instance avaient accordé des dommages-intérêts à hauteur de 90 % de la différence de prix. La cour d'appel retint une position différente, au motif que « les époux C. ne prétendent pas avoir acquis un bien qui aurait été surévalué, la perte de chance indemnifiable correspondant au fait qu'ils auraient pu différer leur décision et renoncer à faire appel à un professionnel, s'ils avaient eu connaissance de la valeur réelle de leur bien alors

²¹⁹⁴ Bordeaux, 7 mars 2018, n° 17/00422.

²¹⁹⁵ TGI Arras, 28 févr. 2019.

²¹⁹⁶ Cass. civ. 3^e, 9 mars 2017, n° 15-29.384 : « le notaire avait manqué à ses devoirs de vérification et de mise en garde quant à l'incidence de l'erreur de mesurage du bien et que la société CHW avait subi un préjudice consistant en la perte de chance de vendre son bien au même prix pour une surface moindre ».

²¹⁹⁷ Rouen, 25 mars 2021, n° 19/01978.

qu'ils ont fait appel à la société T. Immobilier afin de bénéficier d'un conseil objectif, celui-ci leur ayant facturé une commission sur l'acquisition de leur nouvelle habitation ; les dommages et intérêts résultant de la perte de chance de ne pas contracter devront être évalués à la somme de 22.000€ outre les frais ci-dessus soit au total 28.511,07€ ».

Si les dommages-intérêts versés par un tiers sont susceptibles de créer une confusion dans l'esprit du débiteur, compte tenu de la compensation opérée, cette illusion est d'autant renforcée lorsque les dommages-intérêts sont versés par le créancier.

b. Dommages-intérêts versés par le créancier

L'article 1178 admet expressément le cumul des dommages-intérêts à l'annulation du contrat, en réparation du dommage subi²¹⁹⁸. En cas de déséquilibre dans l'exécution du contrat, l'article 1217 du Code civil prévoit la possibilité d'adjoindre des dommages-intérêts à l'exercice de la résolution ou de la réduction du prix. Ainsi, l'exercice de la responsabilité contractuelle conjointement à la réduction unilatérale du prix ou à la résolution du contrat s'avère envisageable, sauf en cas d'imprévision²¹⁹⁹.

390. Cumul des dommages-intérêts à la réduction du prix et à la résolution du contrat. –

La question de la mise en œuvre des articles 1223 et 1224 du Code civil doit également être envisagée au regard d'un éventuel cumul des sanctions. Si certaines s'excluent mutuellement pour incompatibilité, comme l'exception d'inexécution et la résolution²²⁰⁰, le cumul des dommages-intérêts et la résolution ou de la réduction du prix retient davantage l'attention²²⁰¹.

²¹⁹⁸ L'article 1178 du Code civil consacre une solution jurisprudentielle bien établie (Cass. Ch. mixte, 9 juill. 2004, n°02-16.302, RJDA 2/05 n° 116 : « la partie de bonne foi au contrat de vente annulé peut seule demander la condamnation de la partie fautive à réparer le préjudice qu'elle a subi en raison de la conclusion du contrat annulé » – Cass. com. 12 juill. 2007, n° 10-19.297 : « préjudice distinct de celui réparé par l'annulation des cessions et la restitution du prix »).

²¹⁹⁹ Cf. *infra* n° 377.

²²⁰⁰ En réalité, la résolution n'est pas toujours incompatible avec la réduction du prix. Dans le cadre d'un contrat à exécution successive, il serait ainsi envisageable que le créancier insatisfait sollicite la réduction du prix pour le passé, ainsi que la résolution du contrat pour l'avenir. Sur ce point, M. Gaël Chantepeie relève toutefois que la réduction du prix viendrait alors limiter « le jeu des restitutions consécutives au prononcé de la résolution. Faute de recevoir des marchandises de la qualité prévue, le créancier notifierait à son débiteur sa décision de réduire le prix et de mettre fin au contrat pour l'avenir. La réduction du prix serait alors considérée comme une forme de résolution partielle³⁹, cumulable avec une résolution totale » (G. CHANTEPEIE, « Réduction du prix et résolution par notification », in *La réforme du droit des contrats en pratique*, M. LATINA (dir.), Dalloz, 2017, p. 83).

²²⁰¹ Un tel cumul est admis de longue date, bien que son étude ait longtemps été « oubliée » (v. en ce sens Ph. REMY, « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, t. 39, PUF, 2001, p. 121). Selon M. Eric Savaux, « ce phénomène a été imputé à la “présentation éclatée” des remèdes en cas d'inexécution, au désintérêt pour l'étude de la mesure des dommages et intérêts contractuels et au fait que cette dernière est une question de fait abandonnée à la sagacité des juges du fond » (E. SAVAUX,

Un tel cumul est admis dans les textes européens²²⁰² ainsi que dans le projet Terré²²⁰³, mais l'article 1223 reste silencieux sur ce point. La réforme, en revanche, a clairement envisagé le cumul des sanctions, l'article 1217 du Code civil indiquant que « les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter ». L'emploi de l'adverbe « toujours » est ici à souligner.

Le cumul de la résolution et de l'allocation de dommages-intérêts ne soulève pas de difficultés particulières²²⁰⁴. En effet, il est classiquement admis que l'anéantissement du contrat ne répare pas le préjudice subi par l'une des parties²²⁰⁵. Les dommages-intérêts se cumulent donc avec la résolution, sous réserve que les conditions de la responsabilité soient réunies. Les difficultés se cristalliseront sur l'existence d'un préjudice. En effet, les dommages-intérêts ont pour finalité de compenser celui-ci, si bien qu'ils ne pourront être versés qu'à la condition que la résolution ne répare pas l'intégralité du tort porté au créancier compte tenu de l'inexécution. Ne seront, *in fine*, indemnisés que les pertes ou les gains manqués ressentis malgré la résolution²²⁰⁶. Une partie de la doctrine estime, par ailleurs, que les dommages-intérêts permettent de sanctionner la défaillance du contrat en tant que manquement contractuel²²⁰⁷ : l'allocation de dommages-intérêts serait finalement systématiquement due en cas d'inexécution fautive du contrat, mais par définition exclue en cas de force majeure.

« Les dommages et intérêts en cas de résolution du contrat : des principes à la casuistique », *RDC* 2015, n° 4, p. 845).

²²⁰² Article 9 :401 du projet Lando : « la partie qui réduit le prix ne peut de surcroît obtenir des dommages et intérêts pour diminution de valeur de la prestation ; mais elle conserve son droit à dommages et intérêts pour tout autre préjudice qu'elle a souffert, pour autant que ces dommages et intérêts seraient dus »

²²⁰³ Article 107 du projet Terré (réduction du prix) : « il peut demander des dommages et intérêts pour tout autre préjudice », article 110 (résolution) : « Le tout sans préjudice de dommages et intérêts ».

²²⁰⁴ Il convient toutefois de souligner que l'allocation de dommages-intérêts, cumulativement au prononcé de la résolution du contrat, ne correspond pas à une application cumulative de la résolution et de la réduction du prix. Le versement de dommages-intérêts est une action à vocation indemnitaire, à distinguer de la résolution du contrat (cf. *infra* n° 391). M. Philippe Rémy relève toutefois une incohérence : « comment peut-on en même temps abolir les obligations nées du contrat et réclamer la sanction pécuniaire de leur inexécution ? » (Ph. REMY, « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », *op. cit.*).

²²⁰⁵ À titre d'exemple, l'article 1647 du Code civil prévoit que l'acquéreur d'un bien souffrant d'un vice caché peut obtenir la résolution du contrat ainsi que le versement de dommages-intérêts, dès lors que le vendeur était de mauvaise foi, c'est-à-dire avait connaissance du vice.

²²⁰⁶ Sur ce point, v. M. Eric Savaux, selon lequel les dommages-intérêts « ne peuvent être alloués au contractant victime de l'inexécution que si la résolution laisse subsister une perte ou un gain manqué pour celui-ci. Il faut donc, dans un premier temps, faire produire à la résolution ses effets : mettre fin au contrat et appliquer les restitutions qui s'imposent, le cas échéant. S'ils permettent au créancier de ne supporter aucun tort, toute indemnisation est exclue. Dans le cas contraire, il a droit à des dommages et intérêts qu'il reste à évaluer en considération du préjudice subi » (E. SAVAUX, « Les dommages et intérêts en cas de résolution du contrat : des principes à la casuistique », *op. cit.*).

²²⁰⁷ P. GROSSER, note ss. Cass., ass. plén., 28 avr. 2006, *JCP* 2006. II. 10087.

Concernant la réduction unilatérale du prix, la doctrine se révèle favorable à un cumul avec le versement de dommages-intérêts²²⁰⁸. Le créancier devra alors prouver que l'existence d'un préjudice extrinsèque, c'est-à-dire indépendant de la différence de valeur entre la prestation promise et la prestation reçue, laquelle est déjà corrigée par la réduction du prix. De prime abord, ces deux actions peuvent sembler redondantes dans la mesure où cela revient à ce que le débiteur de l'obligation s'appauvrisse de nouveau au profit de son créancier. En réalité, ces deux actions ont des finalités bien différentes : la première réduit le prix de la prestation à la mesure de l'inexécution du contrat, tandis que la seconde vise à réparer le préjudice subi par le créancier du fait de cette inexécution²²⁰⁹. M. Eric Savaux estime ainsi que le créancier peut « obtenir la réparation d'un préjudice que la partie du prix conservée ne permet pas de réparer »²²¹⁰.

Si l'allocation de dommages-intérêts semble conduire à un résultat analogue de celui obtenu en cas de révision du contrat, les deux actions, révision et réparation, doivent toutefois faire l'objet d'une distinction stricte.

2. Différence de fonction entre la révision et la réparation

Il convient tout d'abord d'exclure une première hypothèse, celle dans laquelle les dommages-intérêts sont alloués par un tiers au contrat. Dans ce cas, la révision du prix n'est qu'une illusion pour le débiteur, puisque la somme perçue par le créancier n'aura pas été modifiée. La véritable confusion porte, dès lors, sur l'hypothèse dans laquelle les dommages-intérêts sont versés par le créancier : par compensation, les dommages-intérêts versés se compenseront avec le prix exigé, sans en constituer pour autant une réduction.

²²⁰⁸ F. CHENEDE, « La réduction du prix », *RDC* 2017, n° 3, p. 571 – O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 565 – Ch. ALBIGES, « L'inexécution du contrat », in *La réforme du droit des contrats : actes de colloque, 1ère journée Cambacérès*, Université de Montpellier, 2015, p. 181 – E. SAVAUX, « Article 1223 : la réduction du prix », *RDC* 2015, n° 3, p. 786 – J. HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC* 2018, n° 3, p. 521.

²²⁰⁹ V. en ce sens M. Mustapha Mekki selon lequel « la révision n'est pas une réparation. Elle est un instrument rétablissant l'équilibre rompu et permet au contrat d'être partiellement exécuté malgré l'inexécution partielle du cocontractant » (M. MEKKI, « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *op. cit.*).

²²¹⁰ E. SAVAUX, « Article 1223 : la réduction du prix », *op. cit.*

Bien qu'elles paraissent aboutir à des résultats identiques²²¹¹, les actions en responsabilité civile et en réduction du prix ne doivent pas être confondues²²¹². Ces deux actions sont bien distinctes du point de vue de leur condition d'application. La première nécessite, en effet, la preuve d'une faute et d'un préjudice, tandis que la seconde exige la preuve d'une exécution imparfaite.

391. Distinction des actions par leur fonction. – La principale distinction entre la révision du prix et l'allocation de dommages-intérêts réside dans la différence susceptible d'exister entre le montant de la réduction et celui des dommages-intérêts, celle-ci résultant de leur fonction.

Sur ce point, un consensus est trouvé par de nombreux auteurs : si la réparation a une fonction indemnitaire, tel n'est pas le cas de la réduction du prix²²¹³, ce que confirme la jurisprudence²²¹⁴. La réparation a pour objet de réparer le dommage prévisible, tandis que la révision vise à réparer l'équilibre économique rompu. Ainsi, tandis que le montant des dommages-intérêts obéira aux règles fixées par le droit de la responsabilité²²¹⁵, la réduction du prix obéira aux règles du droit des restitutions. La révision du prix a pour fonction de placer le créancier de l'obligation dans la situation économique dans laquelle il aurait dû se trouver si

²²¹¹ Y.-M. SERINET, *Les régimes comparés des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente*, op. cit., n° 400, p. 426 : « on comprend que pour ceux qui rendent compte de la résolution judiciaire comme d'un mode de réparation du préjudice que cause au créancier l'inexécution de son obligation par le débiteur », la référence aux dommages-intérêts paraisse naturelle ».

²²¹² M. Frédéric Rouvière réalise toutefois une analyse particulière, appelant à une assimilation entre la restitution et la réparation : « c'est dire que la distinction entre restitution et indemnisation est conceptuellement fragile. En effet, les dommages-intérêts réparent la perte éprouvée et le gain manqué. Dans quelle mesure la restitution ne compense-t-elle pas une telle perte ? La diminution du prix sanctionne une diminution de l'utilité attendue de l'appartement, utilité proportionnelle à sa surface. N'est-ce pas là une *perte* pour l'acheteur qui caractérise l'existence d'un dommage ? » (F. ROUVIERE, « La distinction entre restitution et indemnisation », *D.* 2015, p. 657).

²²¹³ M. Yves-Marie Laithier estime ainsi que « il n'y a pas de corrélation nécessaire entre ce rééquilibrage en valeur des prestations et la compensation du préjudice subi » (Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution*, op. cit., n° 261, p. 347), justifiant ainsi le cumul éventuel des deux actions. De même, selon l'auteur, « le réaménagement de la prestation pécuniaire ne procède pas d'un principe indemnitaire » (Y.-M. SERINET, *Les régimes comparés des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente*, op. cit., n° 401, p. 428) et Mme Catherine Guelfucci-Thibierge (C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Nullité, restitutions et responsabilité*, op. cit., n° 782, p. 454 et s.).

²²¹⁴ Cass. civ. 3e, 28 janv. 2015, n° 13-27.397, *D.* 2015, p. 320, obs. N. LE RUDULIER – Cass. civ. 3e, 25 oct. 2006, n° 05-17.427, *D.* 2007, p. 1297, chron. A.-C. MONGE et F. NESI, et *D.* 2007, p. 2184, obs. P. CAPOULADE ; *RTD civ.* 2007, 333, obs. J. MESTRE et B. FAGES – Cass. civ. 3e, 4 janv. 2006, n° 04-18.130, *AJDI* 2006, p. 575, obs. P. CAPOULADE ; Cass. civ. 3e, 4 janv. 2006, n° 04-15.422 – Cass. civ. 3e, 8 nov. 2006, n° 05-16.948, *D.* 2007, p. 1297, chron. A.-C. MONGE et F. NESI ; *RDI* 2007, p. 87, obs. O. TOURNAFOND – Civ. 1re, 9 nov. 2004, n° 01-16.382, *D.* 2004, 3117 ; *RTD civ.* 2005, p. 401, obs. Ph. JOURDAIN.

²²¹⁵ Sur ce point, v. A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 491, 2007.

son débiteur s'était correctement exécuté²²¹⁶. Il s'agit donc de rééquilibrer le contrat à proprement dit. M. Yves-Marie Serinet formule la proposition de recourir à un fondement « reposant sur l'idée de réajustement de la prestation pécuniaire inspiré par l'action estimatoire »²²¹⁷. À l'inverse, l'action en responsabilité permettra au créancier d'obtenir réparation du préjudice entraîné par l'inexécution, indépendamment de toute idée de rééquilibrage économique. Les deux actions ne sont donc pas concurrentes, mais complémentaires²²¹⁸.

Compte tenu de cette différence de fonction, l'évaluation de la somme due au créancier variera selon la nature du procédé. Ainsi, la réduction du prix sera calculée au regard de l'inexécution, sur la base du montant nominal du prix. À l'inverse, les dommages-intérêts seront calculés au regard du préjudice subi par le créancier²²¹⁹.

392. Distinction des actions par leurs conditions de mise en œuvre. – L'inexécution susceptible de mettre en œuvre la révision du prix est exclusive de toute faute, celle-ci pouvant être extérieure aux parties ou, simplement, imputable au débiteur de l'obligation. Il n'est pas nécessaire de prouver la faute de ce dernier afin de réviser le prix, le simple constat de l'inexécution se révélant suffisant. À l'inverse, le créancier insatisfait n'a pas besoin d'apporter la preuve d'un quelconque préjudice afin de bénéficier de la révision du prix, l'inexécution constituant une condition suffisante. La situation du créancier s'avère, dès lors, confortable, en ce que celui-ci n'ayant pas obtenu un service de la qualité espérée pourra solliciter une réduction du prix, sans avoir à prouver un quelconque préjudice²²²⁰.

De même, le calcul de la somme à verser diffère selon la nature de l'action. Ainsi, le montant des dommages-intérêts tend à réparer tous les préjudices découlant de l'inexécution du

²²¹⁶ V. la formulation dédiée en matière de vices cachés (« l'action estimatoire de l'article 1644 du Code civil permet de replacer l'acheteur dans la situation où il se serait trouvé si la chose vendue n'avait pas été atteinte de vices cachés »), établie par Cass. civ. 3^e, 1^{er} févr. 2006, n° 05-10.845, *D.* 2006, p. 1213, note L. EYRIGNAC.

²²¹⁷ Y.-M. SERINET, *Les régimes comparés des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente*, *op. cit.*, n^{os} 410 et s., p. 428 et s. V. également en ce sens Ph. BIHR et B. GROSS, *Contrats. Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, I, PUF, coll. Thémis droit, 2002, p. 203.

²²¹⁸ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *op. cit.*, n° 858, p. 489.

²²¹⁹ F. ROUVIERE, « La distinction entre restitution et indemnisation », *op. cit.* A titre d'exemple, v. Cass. com. 22 oct. 1996, n° 94-15.410, *D.* 1997, p. 173, obs. R. LIBCHABER, et *D.* 1997, p. 286, obs. Ph. JOURDAIN ; *RTD civ.* 1997. 123, obs. J. MESTRE : « Attendu qu'en statuant ainsi alors que le prix, fût-il d'un montant forfaitairement convenu, n'était dû qu'en cas d'exécution de la convention, et qu'elle relevait que la société Approachim avait "résilié le contrat", ce dont il résultait que, sauf existence d'une clause pénale, elle devait fixer le montant des dommages-intérêts dus par la société Approachim à la société Eurocollect, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

²²²⁰ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 560.

contrat, tandis que la révision du prix sera appréciée objectivement et correspondra à la valeur de la partie de l'objet de la prestation non accomplie²²²¹.

393. Délimitation stricte de l'étendue du préjudice indemnisable. – L'admission du cumul entre les dommages-intérêts et l'anéantissement du contrat ou la réduction du prix nécessite de déterminer précisément la notion de préjudice indemnisable en la matière, afin d'éviter toute confusion entre le rétablissement de l'équilibre économique et la réparation du préjudice subi par le créancier. M. Eric Savaux préconise de recourir à la distinction entre les intérêts positifs et les intérêts négatifs, développée dans sa thèse par M. Jérôme Huet²²²². En matière d'inexécution, l'intérêt positif constitue « l'intérêt que le créancier avait à l'exécution correcte du contrat », tandis que l'intérêt négatif représente « celui qu'il aurait eu à ne pas s'engager dans un contrat finalement pas ou mal exécuté »²²²³. L'atteinte portée à l'intérêt positif du créancier du fait de l'inexécution de son cocontractant sera réparée par la résolution du contrat ou par la réduction du prix²²²⁴. Ici, la réparation est due au créancier en vertu d'un « droit au paiement »²²²⁵. L'indemnisation d'un préjudice inhérent, consubstantiel, à l'inexécution constituerait donc une réfaction du contrat²²²⁶.

À l'inverse, l'intérêt négatif trouvera réparation par le biais des dommages-intérêts,²²²⁷ car il ne s'identifie pas avec l'absence de prestation promise²²²⁸. Les dommages-intérêts négatifs revêtent des fondements variés. Il peut tout d'abord s'agir de réparer un préjudice

²²²¹ C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, *op. cit.*, n° 257, p. 156.

²²²² J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle: essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2020, n°s 25 et s. Cet auteur distingue ainsi la fonction de paiement de la fonction de réparation : « la responsabilité contractuelle est investie d'une double fonction : - d'une part, fournir au créancier de l'obligation inexécutée une compensation pour la perte des avantages attendus de la convention, et, par là même, elle se distingue radicalement de la responsabilité délictuelle (...) ; telle est la fonction de paiement ; - d'autre part, pour assurer au contractant victime l'indemnisation des dommages causés à l'occasion de l'exécution, et, dans cette mesure, elle se rapproche considérablement de la responsabilité délictuelle ; telle est la fonction de réparation ».

²²²³ E. SAVAUX, « Article 1223 : la réduction du prix », *op. cit.*

²²²⁴ V. en ce sens M. Pierre Hébraud, selon lequel « on ne peut faire naître directement du contrat, et de l'inexécution de l'obligation créée par lui, qu'une indemnité de remplacement, d'une valeur correspondante à celle de l'objet de la prestation non accomplie ; on ne peut faire sortir directement du contrat les indemnités souvent considérables qui tendent à réparer un préjudice beaucoup plus étendu » (P. HEBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », in *Mélanges Maury*, Dalloz, 1960, p. 467).

²²²⁵ J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle: essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.*, n° 27.

²²²⁶ P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution : essai de clarification*, thèse Paris I, 2000, n° 388.

²²²⁷ Mme Zoé Jacquemin le résume de la sorte : « tout ce qui est une conséquence de l'inexécution appartient au paiement ; seuls sont exclus les dommages dont le contrat ne constitue qu'une trame de fond et qui touchent le contractant dans sa personne ou ses autres biens » (Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, Paris II, 2015, n° 149, p. 154).

²²²⁸ J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle: essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.*, n°s 25 et s.

découlant de l'inexécution : ainsi, le créancier insatisfait ayant perdu la chance de contracter auprès d'un autre débiteur verra sa perte de chance indemnisée. M. Stoffel-Munck envisage également le versement d'une indemnisation « au créancier qui subit un préjudice à raison de la résiliation anticipée. Par exemple, si la résiliation du contrat l'empêche de fournir ses propres clients, pourquoi ne pas en tenir compte ? Si elle l'expose à des pénalités de la part de tiers, il est pertinent d'en tirer à conséquence »²²²⁹. Mme Julia Heinich envisage également le versement de dommages-intérêts pour exercice abusif d'une prérogative unilatérale²²³⁰. De même, des dommages-intérêts doivent être envisagés, dans le cas de l'anéantissement du contrat, en cas de détérioration de l'objet du contrat²²³¹.

Au-delà, l'allocation de dommages-intérêts doit également être envisagée lorsque le déséquilibre économique est imputable au débiteur, c'est-à-dire en cas d'inexécution fautive, de dol ou de connaissance, par le vendeur, du vice caché affectant l'objet du contrat²²³². Dans cette hypothèse, le débiteur sera alors tenu d'indemniser le créancier, sans que cela ne constitue pour autant une véritable révision du prix.

Il convient toutefois de relever que des dommages-intérêts ne pourront être sollicités que lorsque l'annulation, la résolution ou la réduction du prix seront imputables au débiteur. À l'inverse, l'imprévision et la force majeure excluent l'allocation de dommages-intérêts²²³³.

La différence de fonction entre la réparation et la réduction du prix permet donc de distinguer les actions, seule la seconde conduisant à une véritable modification du contrat. Une

²²²⁹ Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* 2016, p. 30. Cette conclusion est tirée à propos de l'imprévision, mais peut être transposée à la résolution pour inexécution.

²²³⁰ J. HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *op. cit.* : « par exemple, une résolution par notification sur un fondement insuffisamment grave, une réduction du prix disproportionnée, ou encore un abus dans la fixation du prix. Seule incertitude : le fondement, contractuel ou extracontractuel. L'enjeu peut être important en présence d'une clause limitative de responsabilité dans le contrat ou pour déterminer l'applicabilité de l'article 1231-3 du Code civil (ancien article 1150). Concernant les pouvoirs de sanction, la responsabilité pourrait être de nature contractuelle lorsque le mauvais exercice du pouvoir par le créancier l'a conduit à ne pas exécuter correctement ses propres obligations. Concernant l'abus dans la fixation du prix, certains auteurs penchent également en faveur du fondement contractuel même si la question n'est pas tout à fait tranchée. En tout cas, le prononcé de dommages et intérêts en réparation du préjudice causé par le mauvais usage du pouvoir sera toujours possible et éventuellement cumulable avec d'autres sanctions ».

²²³¹ J.-B. SEUBE, « Les restitutions en cas de résolution ou de réhabilitation de la vente », *JCP E*, 2014, n° 11, p. 1125.

²²³² Article 1646 du Code civil. Il convient de relever que la connaissance du vice par le vendeur est irréfragablement présumée dans les rapports de consommation, si bien que le vendeur professionnel devra systématiquement des dommages-intérêts à l'acquéreur consommateur (Cass. civ. 1^{re}, 17 mai 1965, *Bull. civ. I*, n° 328). Les clauses limitatives ou élusives de responsabilité restent toutefois valables dans les relations entre professionnels de même spécialité (Cass. civ. 1^{re}, 26 avril 2006, n° 04-18.466, *Bull. civ. I*, n° 106, p. 88).

²²³³ Cf. *supra* n° 377.

fois la nature de cette modification déterminée, il convient dès lors de s'interroger quant à l'objet de celle-ci.

II. OBJET DE LA MODIFICATION DU CONTRAT

Quel que soit le titulaire de l'action en révision²²³⁴, l'objet de la modification du contrat sera identique : il conviendra de rétablir l'équilibre du contrat (A.), cette finalité se distinguant d'une recherche du juste prix (B.).

A. Indifférence à la justice des prix

L'équilibre économique se distingue du juste prix. Le juste prix est une notion fuyante, difficile à définir. Il renvoie à la notion de valeur économique, ainsi qu'à ses origines²²³⁵. Les biens et les services seraient dotés d'une valeur économique absolue, laquelle est susceptible de varier, à grande échelle, selon les circonstances²²³⁶. Or, le contrat est perçu comme économiquement équilibré dès lors que les parties se sont entendues sur le prix²²³⁷. Le créancier du prix réalise un profit, le débiteur estime son appauvrissement adapté à la contrepartie obtenue lors de la formation du contrat. Le prix exprime finalement la valeur telle que perçue par les parties, il n'en est pas la contrepartie objective. L'équilibre économique du contrat est donc subjectif, peu importe que cet équilibre soit réel. Le prix, comme stipulé au contrat, tient compte de la volonté des parties et des circonstances de la formation du contrat, il reflète la valeur économique voulue par les parties, et non sa valeur économique absolue. Ainsi, le prix fixé par les parties lors de la formation du contrat peut ne pas correspondre à la valeur réelle du bien, c'est-à-dire au prix de marché : le créancier peut avoir accordé une réduction à son débiteur, ou, au contraire, profité de sa naïveté. Le contrat économiquement équilibré n'est sans doute pas objectivement équilibré, puisque le contrat peut être équilibré même si l'une des parties bénéficie d'un avantage au détriment de l'autre.

Ainsi, que le déséquilibre résulte d'une mauvaise estimation de la valeur économique par les parties (1.) ou d'une mauvaise exécution du contrat (2.), la révision du contrat permettra le rétablissement de l'équilibre économique et non l'établissement du juste prix.

²²³⁴ Normalement, la partie seule et le juge devraient suivre le même raisonnement puisque le créancier ne doit pas profiter de la situation de faiblesse de son cocontractant.

²²³⁵ Cf. *supra* nos 3, 4 et 5 concernant l'évolution des théories économiques concernant l'origine de la valeur.

²²³⁶ Cf. *supra* n° 6 concernant la variabilité de la valeur. Dans les développements suivants, cette valeur absolue sera assimilée au prix du marché, « banal succédané » de la valeur absolue selon M. Luc Grynbaum (L. GRYNBAUM, *Le contrat contingent, op. cit.*, n° 49, p. 41).

²²³⁷ Cf. *supra* n° 25 sur la détermination conventionnelle et subjective du prix en droit.

1. Déséquilibre entre la valeur convenue et la valeur réelle

Le déséquilibre à corriger peut-être issu d'une distorsion entre la valeur convenue par les parties et la réalité économique. Dans cette hypothèse, l'objectif sera de rétablir l'équilibre économique, sans pour autant succomber à la tentation de fixer le juste prix, indépendamment de la volonté originelle des parties.

394. Rétablissement de l'équilibre économique dans la lésion immobilière. – La révision du contrat en cas de déséquilibre dans la formation de celui-ci subit l'influence de la distinction entre le juste prix et l'équilibre économique. Dans le cas du rachat de la lésion tout d'abord²²³⁸, l'article 1681 du Code civil prévoit, en matière de lésion immobilière, que l'acquéreur peut « garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total ». L'acquéreur conserve donc une partie de la « bonne affaire » réalisée, puisqu'il ne doit verser un supplément diminué au regard de la valeur réelle du bien. Ce faisant, le droit tient compte de l'équilibre économique convenu par les parties, et non d'un équilibre économique objectif.

Le fondement diffère en matière de rachat de la lésion dans la cession de droits d'auteur. Si la loi n'en a pas prévu les modalités²²³⁹, l'esprit du texte guidera toutefois le juge dans son office. La règle se justifie par des considérations pratiques, au motif qu'il est difficile d'évaluer, à l'avance, les retombées économiques qu'une œuvre est susceptible de susciter. La logique est donc davantage celle de l'inexécution, que celle de la lésion au sens retenu en matière de vente immobilière, si bien que le juge se chargera ici de fixer « un nouveau forfait au juste prix qu'il aura fixé au préalable »²²⁴⁰.

395. Rétablissement de l'équilibre économique dans la révision pour imprévision (article 1195 du Code civil). – En matière d'imprévision, les textes européens se révèlent plus précis que le droit français quant au rôle du juge. Ainsi, l'article 6.2.3 4) des Principes Unidroit énonce que « le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de hardship peut, s'il l'estime : (...) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations ». De même, l'article 6 :111 des Principes Lando envisage une adaptation « de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances ». L'objectif de l'immixtion judiciaire réside en la nécessité de mettre fin à l'excessive onérosité afin de rétablir l'équilibre

²²³⁸ Cf. *supra* n° 274.

²²³⁹ L'article L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle se contente d'envisager la possibilité offerte au cessionnaire de « peut provoquer la révision des conditions de prix du contrat ».

²²⁴⁰ C. MARECHAL, « La lésion et l'imprévision en droit d'auteur », *RIDA* 2008, n° 1, p. 30.

économique au sein des nouvelles circonstances, et non l'équilibre dans lequel se trouvait originellement les parties. Le juge devra tenir compte des privilèges de chacun lors de révision du prix, ainsi qu'anticiper une éventuelle aggravation de l'imprévision, en révisant le prix de sorte que la victime du changement de circonstances ne replonge pas immédiatement dans l'excès d'onérosité.

Il est également possible que le déséquilibre économique résulte d'une différence entre la valeur convenue par les parties lors de la formation du contrat et la valeur obtenue lors de l'exécution de celui-ci.

2. Déséquilibre entre la valeur convenue et la valeur obtenue

Lorsqu'une distorsion entre la valeur convenue et la valeur obtenue peut être constatée, il conviendra de rétablir l'équilibre économique du contrat en réduisant le prix exigé au regard de l'inexécution du contrat²²⁴¹. Dans le cadre de l'action estimatoire, l'objectif affiché est ici de « replacer l'acheteur dans la situation où il se serait trouvé si la chose vendue n'avait pas été atteinte de vices cachés »²²⁴². De même, dans le cadre de l'action en réduction du prix pour inexécution, l'objectif sera de replacer le créancier dans la situation où il se serait trouvé si la prestation avait été correctement exécutée.

396. Rétablissement de l'équilibre économique dans l'action estimatoire (article 1644 du Code civil). – Concernant enfin la mise en œuvre de l'action estimatoire dans le cadre de la garantie des vices cachés (article 1644 du Code civil), celle-ci a pour objet de compenser la moindre utilité de la chose engendrée par le vice caché et non de contrôler l'adéquation entre le prix et la valeur du bien²²⁴³. Il ne doit donc pas s'agir, pour les juges, de fixer le juste prix, mais de tenir compte de la perte d'utilité. Ainsi, l'action estimatoire est indifférente à la justice

²²⁴¹ Une autre possibilité, déjà évoquée (cf. *supra* n° 200), réside dans l'utilisation d'une clause d'indexation venant automatiquement réviser le prix.

²²⁴² Cass. civ. 3e, 1^{er} févr. 2006 ; *D.* 2006. 1213, note L. EYRIGNAC ; *JCP* 2006. II. 10070, note F. ROUVIERE ; *Defrénois* 2006, p. 651, note E. SAVAUX.

²²⁴³ L. EYRIGNAC, « Etendue de l'action estimatoire et déséquilibre entre les prestations contractuelles », *D.* 2006, p. 1213. « L'action estimatoire permet de replacer l'acheteur dans la situation où il se serait trouvé si la chose vendue n'avait pas été atteinte de vices cachés » (Cass. civ. 3^e, 1^{er} févr. 2006, *D.* 2006. 1213, note L. EYRIGNAC ; *JCP* 2006. II. 10070, note F. ROUVIERE ; *Defrénois* 2006. 651, note E. SAVAUX).

des prix et si la référence au prix de marché porte parfois à confusion²²⁴⁴, celle-ci « ne constitue alors qu'un moyen d'évaluer la diminution du prix »²²⁴⁵.

La notion d'utilité, comme entendue par l'article 1644 du Code civil, renvoie à celle de valeur d'usage, laquelle revêt une part de subjectivité²²⁴⁶. Ainsi, l'acquisition d'un véhicule d'occasion à un prix supérieur à celui de l'Argus révèle une valeur d'usage attendue élevée de la part d'acquéreur, justifiant d'en tenir compte lors de la révision du prix²²⁴⁷. À l'instar de la cession de droit d'auteur, la logique relève encore une fois de l'inexécution. Le juge n'a donc pas à profiter de l'action estimatoire afin d'imposer le juste prix, mais doit simplement rétablir l'équilibre économique du contrat en tenant compte de celui préalablement établi entre les parties.

397. Rétablissement de l'équilibre économique dans la révision du prix pour inexécution (article 1223 du Code civil). – Lors du rétablissement de l'équilibre économique du contrat, le titulaire du pouvoir de révision – juge ou créancier – pourrait être séduit par la possibilité de se référer au juste prix. L'hypothèse présente en effet l'intérêt de la facilité : il suffirait de déterminer le prix de la prestation effectivement réalisée ou le prix de celle-ci compte tenu de l'imprévision et de modifier le contrat en ce sens. Dans une logique de coercition²²⁴⁸, il conviendrait que, en cas d'imprévision, le juge puisse fixer le juste prix. La partie ne subissant pas l'imprévision serait ainsi fortement incitée à négocier puisqu'elle risquerait de perdre les avantages financiers prévus, dont elle pouvait bénéficier, lors de la conclusion du contrat ou obtenus du fait de l'imprévision. À l'inverse, on imagine difficilement le créancier déçu se soucier des intérêts de son cocontractant fautif.

Assimiler le rétablissement de l'équilibre économique à la recherche du juste prix se révèle réducteur. Pourquoi le juge devrait-il fixer le juste prix, alors que les parties elles-mêmes ne s'étaient peut-être pas entendues en ce sens lors de la conclusion du contrat ? Le juge est-il

²²⁴⁴ L. EYRIGNAC, « Etendue de l'action estimatoire et déséquilibre entre les prestations contractuelles », *op. cit.* : « comme pour opérer une comparaison entre le prix de vente et la valeur d'un local d'habitation, pour un lot immobilier vendu comme étant à usage de bureaux, mais qui était en réalité à usage exclusif d'habitation (CA Paris, 2e Ch. A, 9 mars 2005, Juris-Data, n° 2005-276953) ou dans l'hypothèse de la non constructibilité d'une partie d'un terrain (CA Rouen, 6 avr. 2005, Juris-Data, n° 2005-269813) ».

²²⁴⁵ M. Louis Eyrygnac poursuit en énonçant que « l'action estimatoire n'a pas à modifier l'équilibre du contrat puisqu'elle est seulement justifiée par les désordres provoqués, même si le bien a été acquis pour une somme modique ». L'auteur fait ici référence à l'équilibre initial du contrat : le juge n'est pas chargé d'assurer la justice des prix, mais de rétablir l'équilibre au regard de l'exécution du contrat (L. EYRIGNAC, « Etendue de l'action estimatoire et déséquilibre entre les prestations contractuelles », *op. cit.*).

²²⁴⁶ Cf. *supra* n°s 37 et s.

²²⁴⁷ CA Bordeaux, 26 sept. 2005, Juris-Data, n° 2005-290584, cité par L. EYRIGNAC, « Etendue de l'action estimatoire et déséquilibre entre les prestations contractuelles », *op. cit.*

²²⁴⁸ Cf. *supra* n°s 357 et s.

en effet chargé de fixer le juste prix au regard des circonstances de l'imprévision, ou simplement de contrer l'excès d'onérosité ? De même, pourquoi le créancier serait-il investi de la possibilité de réduire le prix jusqu'au juste prix, alors que les parties ne l'avaient délibérément pas souhaité ? S'attacher uniquement au juste prix méconnaît les circonstances de la formation du contrat. Il convient donc de tenir compte de la volonté des parties à cette date, en plus de la présente valeur du bien sur le marché. Il ne s'agit pas de corriger l'évaluation de la valeur économique réalisée par les cocontractants lors de la formation du contrat.

Dès lors, quel que soit son fondement, la mise en œuvre de la révision a pour finalité de rétablir l'équilibre économique du contrat, et non de fixer le juste prix. Les méthodes utilisées afin de corriger le déséquilibre économique varieront ensuite selon la nature de celui-ci.

B. Rétablissement de l'équilibre économique du contrat

L'ensemble des hypothèses de révision laissent entrevoir différentes possibilités de rupture de l'équilibre économique. Dans un premier temps, l'estimation réalisée par les parties peut se révéler erronée : parce qu'elles se sont trompées (cas de lésion admis) ou parce que la valeur aura été modifiée depuis la formation du contrat (imprévision). Dans un second temps, la valeur convenue par les parties peut différer de la réalité de la prestation qui leur est effectivement fournie (inexécution, garantie des vices cachés).

Les méthodes de calcul utilisées afin de rétablir l'équilibre économique varieront selon que la nature de la distorsion de valeur, selon qu'il s'agit d'adapter le prix convenue par les parties à la réalité de la prestation fournie (1.) ou d'adapter l'estimation réalisée par les parties à la véritable valeur économique de l'objet du contrat (2.).

1. Adaptation du prix estimé à la réalité de l'estimation réalisée

L'adaptation du prix estimé à la réalité de l'estimation réalisée constitue l'hypothèse dans laquelle au moins l'une des parties n'a pas correctement estimé la valeur économique lors de la formation du contrat (a.) ou alors celle-ci s'est révélée obsolète compte tenu de l'écoulement du temps (b.).

a. Révision pour déséquilibre dans la formation du contrat

L'appréciation de l'existence de la lésion repose sur la comparaison du prix convenue par les parties au prix du bien sur le marché au jour de la formation du contrat²²⁴⁹. Si cette

²²⁴⁹ Cf. *supra* n° 257 concernant l'appréciation de l'existence de la lésion par les juges du fond.

opération se révèle supérieure au seuil des 7/12^e fixé par l'article 1675 du Code civil, il conviendra de déterminer le montant du supplément de prix que le débiteur devra verser à l'acquéreur²²⁵⁰. Cette opération conduira au rachat de la lésion.

398. Calcul du complément de prix²²⁵¹ dans le rachat de la lésion immobilière. – Le rachat de la lésion immobilière est encadré par l'article 1681 du Code civil en vertu duquel « dans le cas où l'action en rescision est admise, l'acquéreur a le choix ou de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé, ou de garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total ». La jurisprudence s'est chargée de déterminer la méthode de calcul applicable. Ainsi, « le supplément du juste prix est égal à la quotité impayée de l'immeuble, exprimée en fonction de la valeur actuelle de l'immeuble, moins un dixième de cette valeur »²²⁵². L'acquéreur devra verser un supplément de prix, équivalant à la fraction entre le prix convenu et le prix de marché de l'immeuble au jour de la formation du contrat, appliqué à la valeur de l'immeuble au jour de l'action en rachat de la lésion, minoré de 10 %²²⁵³. Le versement de ce supplément sera alors assorti d'intérêts, dus au jour de la demande en rescision (article 1682 du Code civil).

Supplément de prix = supplément du juste prix × 90 %

²²⁵⁰ L'alternative du rachat de la lésion en nature se révèle également envisageable (cf. *supra* n° 276), le rôle du juge se révélant toutefois moindre dans cette hypothèse. Celui-ci ne sera en effet chargé que d'accorder au vendeur la possibilité de réparer le bien ou de faire exécuter les travaux à ses frais, dans la limite de la disproportion du coût posée à l'article 1221 du Code civil.

²²⁵¹ La qualification de la somme versée au titre du rachat de la lésion au titre du « complément de prix » se révèle déterminante, en ce que la référence au prix du marché au jour de l'action en justice est susceptible de générer une plus-value. La question s'est donc posée de savoir si le rachat de la lésion constituait un véritable élément du prix, taxable à ce titre en la matière, ou si, à l'inverse, il s'agissait d'indemniser le préjudice subi. Le juge fiscal considère qu'il s'agit d'un complément de prix (CE, 9 nov. 2015, n° 371571), ne constituant pas fait générateur autonome de taxation. V. en ce sens M. Olivier Debat selon lequel « la solution qui consisterait à retenir un fait générateur autonome serait contestable et poserait des difficultés techniques sans doute bien supérieures, par exemple en cas de changement de la loi entre le moment de l'opération et celui du rachat de la lésion » (O. DEBAT, « Le rachat de la lésion et la plus-value », *La revue fiscale du patrimoine*, 2016, n° 3, p. 3).

²²⁵² V. en ce sens l'arrêt *Gaffet* (Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 1966, *Bull. civ. I*, n° 346) selon lequel « le supplément que doit payer l'acheteur (...) doit être calculé d'après le juste prix du bien vendu (...) ce supplément doit correspondre, non à la valeur vénale de l'immeuble au moment où il a été vendu, mais à sa valeur réelle à l'époque où doit intervenir ce règlement complémentaire ». V. également en ce sens Cass. civ. 3^e, 22 janv. 1970, *Bull. civ. III*, n° 57 ; *JCP* 1971, II, 16743, note A. PLANCQUEEL ; *RTD civ.* 1970, p. 789, obs. G. CORNU : « le supplément du juste prix que doit payer l'acquéreur pour échapper à la restitution de l'immeuble en cas de rescision pour lésion, se calcule d'après la valeur de l'immeuble à l'époque où doit intervenir ce règlement complémentaire mais ne doit porter que sur la partie impayée du juste prix. Par suite, le supplément du juste prix est égal à la quotité impayée de l'immeuble, exprimée en fonction de la valeur actuelle de l'immeuble, moins un dixième de cette valeur ».

²²⁵³ V., concernant ce versement de 10 %, Cass. civ. 3^e, 4 déc. 1973, *Bull. civ. III*, n° 614 : « le dixième dont l'article 1681 du Code civil autorise la déduction du supplément du juste prix par l'acquéreur qui a choisi de garder l'immeuble après admission de l'action en rescision pour lésion, est celui du prix total résultant des deux versements, initial et complémentaire, effectués par ledit acquéreur ».

Supplément du juste prix

$$= \frac{\text{prix convenu (formation du contrat)}}{\text{prix du marché (formation du contrat)}} \times \text{prix du marché (action)}$$

Finalement, le rôle confié au juge en matière de rachat de la lésion ou dans l'action estimatoire se révèle relativement aisé, dès lors que celui-ci sera assisté d'un expert. À l'inverse, le rôle du juge dans la révision pour imprévision par l'article 1195 du Code civil se révèle délicat en l'absence de formule mathématique dédiée²²⁵⁴. L'objectif demeure identique : rééquilibrer le contrat.

b. Révision du contrat frappé d'imprévision

Le contrat frappé d'imprévision est susceptible d'être révisé en son entier, et non seulement du point de vue de la contreprestation financière.

399. Révision du contrat. – Le juge doit pouvoir réviser l'intégralité du contrat afin de véritablement l'adapter au changement de circonstances. L'objectif est ici d'adapter au maximum le contrat aux nouvelles circonstances.

Sans grande surprise, il est attendu des pouvoirs de révision du juge qu'il puisse modifier le prix du contrat²²⁵⁵. Son office se limitera donc, le plus souvent, à cette possibilité. Le juge pourra donc modifier le prix à la hausse, comme à la baisse, afin de rétablir l'équilibre économique du contrat. À cette fin, le juge pourra s'appuyer sur les écritures des parties : quand bien même celles-ci ne seraient pas des expertes, elles maîtriseront sûrement davantage mieux l'aspect économique de leur domaine de spécialité. Le juge pourra également se faire assister par un expert afin de déterminer le prix à fixer afin de rééquilibrer le contrat. Il ne s'agira toutefois pas ici de réduire le prix au regard de l'exécution effectivement réalisée. Le rôle du juge est tourné vers l'avenir du contrat et il s'agira donc de pallier l'onéreuse excessivité engendrée par l'imprévision.

L'office du juge en matière de révision ne doit toutefois pas s'arrêter à une simple réévaluation de la contrepartie monétaire. Lors de la formation du contrat, les parties avaient à

²²⁵⁴ L'innovation est notable sur ce point, et ce d'autant que le droit public ne se révèle d'aucune aide à ce sujet, le juge administratif ne s'autorisant pas une telle immixtion. De même, les dispositions relatives à la révision des baux commerciaux préconisent de se référer à l'indice trimestriel des loyers commerciaux (articles L. 145-33 et suivants du Code de commerce), ce qui n'existe pas en matière d'imprévision au sens de l'article 1195 du Code civil.

²²⁵⁵ Cette prérogative était déjà reconnue au juge dans le cession à forfait de droits d'auteur, dans les loyers commerciaux ainsi qu'en matière de rente viagère.

l'esprit un certain contexte à l'égard duquel elles ont prévu l'intégralité de leur contrat, et non simplement la contrepartie monétaire. Il est donc opportun que l'office du juge s'étende aux obligations accessoires ainsi qu'aux modalités du contrat. L'intervention du juge quant au prix touche directement le *quantum* monétaire, mais pourra également se révéler plus indirecte en agissant quant aux quantités à livrer, ou à la fréquence de livraison²²⁵⁶. De même, M. Jean-Christophe Roda envisage « la substitution d'une partie par une autre personne, à l'instar de ce que peuvent parfois exiger les autorités de régulation en droit du marché »²²⁵⁷.

La révision pour imprévision nécessitera l'établissement d'un nouveau prix ainsi que, le cas échéant, d'une modification des modalités d'exécution du contrat. Le rétablissement de l'équilibre économique sera plus aisé en cas de lésion, le législateur édictant des règles en la matière.

2. Adaptation du prix convenu à la réalité de la contrepartie

La révision du prix peut être envisagée lorsque le créancier est insatisfait de la prestation qui lui aura été fournie : le bien livré est vicié, la prestation n'a été qu'imparfaitement exécutée. Il s'agira ici de proportionner le prix à la valeur de la prestation exécutée, en déterminant « l'expression monétaire de l'inexécution », c'est-à-dire, *in fine*, le prix du manquement²²⁵⁸. Il existe une distorsion de valeur entre la formation du contrat et son exécution, entre ce que les parties avaient stipulé au contrat et ce qui a réellement été réalisé. Dans ces hypothèses, la méthode à utiliser nécessitera, dans un premier temps, d'identifier les membres du calcul à comparer (a.) avant de réaliser l'opération mathématique permettant de déterminer le supplément de prix à verser ou à restituer (b.).

²²⁵⁶ MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina envisagent ainsi que le juge puisse « augmenter les délais de livraison, modifier une clause du contrat, imposer une diminution de la quantité à livrer ». (G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations: commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018, n° 530, p. 482). Il convient toutefois de relever qu'une diminution des quantités à livrer sans une diminution corrélative des prix conduit, *in fine*, à une augmentation des prix. Au-delà, ces auteurs soulignent que « c'est cette ouverture, très large, du champ des possibles judiciaires qui doit inciter les parties à trouver une solution négociée aux difficultés excessives que rencontre l'une d'elle » (cf. *supra* n^{os} 357 et s. concernant le pouvoir coercitif du juge).

²²⁵⁷ J.-Ch. RODA, « Réflexions pratiques sur l'imprévision », in *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 69.

²²⁵⁸ C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, *op. cit.*, n° 274, p. 163.

a. Détermination des variables du calcul

Peu importe l'auteur de la réduction, juge ou créancier²²⁵⁹, ainsi que le fondement, inexécution ou vice caché, le cheminement intellectuel suivi sera identique.

La nécessité de réduire le prix conduit à s'interroger à ce vers quoi renvoie la notion de prix, d'un point de vue substantiel, mais aussi temporel. Il s'agira, dès lors, d'identifier les variables du calcul que le juge ou le créancier s'apprête à opérer. La notion de prix est, en effet, susceptible de renvoyer à plusieurs supports, mais également à plusieurs estimations de la valeur de la contrepartie prévue au contrat (valeur convenue par les parties, valeur de marché au moment de la formation du contrat ou au moment de la réduction du prix, c'est-à-dire du procès). En cas d'inexécution, la réduction du prix doit avoir lieu au regard de l'inexécution constatée et ne s'apparente pas à une simple recherche du juste prix. Certes, le calcul à opérer nécessite bien d'estimer la valeur de la prestation malgré l'inexécution. Celle-ci en constitue *in fine* le juste prix de la prestation, selon sa valeur sur le marché, évalué à la date du procès, et non de la formation du contrat. Mais le prix réduit ne saurait correspondre à une simple soustraction entre le prix convenu et la valeur de la prestation obtenue. Il convient, au contraire, de tenir compte à la fois de la volonté des parties lors de la formation du contrat, mais également du prix de marché à cette date.

400. Exclusion des prestations non monétaires. – Il convient également de s'interroger sur le point de savoir si les articles 1223 et 1644 du Code civil pourraient être appliqués à des prestations non monétaires. Cela permettrait au créancier du prix de réduire unilatéralement la quantité à livrer, s'il ne perçoit pas l'intégralité du prix ou à l'acquéreur de déçu de n'en payer qu'une partie. Au-delà d'une véritable exception d'inexécution, cette réduction de la prestation non monétaire consisterait en une véritable modification de la norme contractuelle. M. Eric Savaux s'y oppose, invoquant la lettre du texte²²⁶⁰, laquelle vise expressément le prix et non la prestation monétaire. Ne seraient ainsi visées que les prestations monétaires, celles-ci étant entendues au sens large : honoraires, salaires, loyers, commissions etc.

²²⁵⁹ Le créancier doit ainsi lutter contre la tentation, qui pourrait être la sienne, de « punir » son débiteur défaillant en tirant profit des pouvoirs qui lui sont accordés pour réduire trop largement le prix. Face à ce véritable cas de conscience, le créancier devra rétablir l'équilibre économique du contrat, sous la menace d'une saisine du juge en cas d'excès de ses prérogatives (cf. *supra* n° 363).

²²⁶⁰ E. SAVAUX, « Article 1223 : la réduction du prix », *op. cit.*

Toutefois, l'esprit du texte²²⁶¹ commande, de plus, d'admettre la réduction unilatérale de la prestation, et non seulement du prix, dès lors que les prestations sont susceptibles d'être divisées²²⁶², c'est-à-dire lorsque la prestation vise la remise de choses de genre. La lettre du texte pourrait ainsi être contournée en reconsidérant la notion de prix. Il a justement été proposé de retenir une définition davantage extensive, englobant les prestations monétaires, mais également les obligations de donner et celles de mettre à disposition²²⁶³. La réduction unilatérale du prix pourrait, dès lors, être appliquée à l'échange.

401. Prise en compte de la valeur convenue de la prestation, la « valeur convenue ». – S'il convient de ne s'intéresser qu'au prix, au sens très large du terme, la notion de prix se révèle également polysémique ici. Il peut en effet s'agir de la valeur convenue par les parties, mais il est également possible de se référer à la valeur de marché au jour de la formation du contrat, tout comme la valeur de marché au jour de la réduction.

Ne tenir compte que du prix de marché ignorerait la volonté des parties lors de la formation du contrat, le choix pouvant donc se révéler défavorable pour le créancier, déjà victime de l'inexécution, si celui-ci avait réussi à contracter au-dessus du prix de marché. À l'inverse, la situation est également défavorable au créancier si seul le prix convenu est retenu, dès lors qu'une réduction avait été proposée au débiteur. Compte tenu de sa défaillance, il ne semble pas équitable qu'il continue de profiter de cette faveur du créancier.

Tel a pourtant été le parti retenu par l'article 50 de la Convention de Vienne²²⁶⁴ et l'article 9 :401 des principes Lando²²⁶⁵, lesquels préconisent de comparer la valeur de la

²²⁶¹ Ces considérations, établies à l'égard de l'article 1223, doivent être étendues à l'article 1644 du Code civil compte tenu de la similarité des deux dispositions.

²²⁶² G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 645, p. 596 : « en raison, on voit pourtant mal pourquoi le prix serait la seule prestation qui pourrait être réduite. Il n'est donc pas impossible que la jurisprudence étende le mécanisme de la réduction du prix, au-delà de sa lettre, pour permettre la réduction des prestations non monétaires², dès lors que celles-ci sont toutefois susceptibles d'être divisées ». V. également en ce sens O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article, op. cit.*, p. 560 : « il n'y a pas d'obstacle à ce qu'il soit étendu par analogie à des permutations de type non monétaire, pourvu que ces prestations soient divisibles » et Y.-M. LAITHIER, « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles. Articles 1217 à 1231-7 », *JCP G* 2015, suppl.au n° 21, p. 47 : « mais il est concevable d'en élargir encore le domaine à l'hypothèse dans laquelle le créancier victime d'une inexécution partielle serait en même temps débiteur d'une autre obligation qu'une obligation monétaire (par exemple, dans un contrat d'échange) ».

²²⁶³ Cf. *supra* n° 116.

²²⁶⁴ Article 50 de la Convention de Vienne : « (...) l'acheteur peut réduire le prix proportionnellement à la différence entre la valeur que les marchandises effectivement livrées avaient au moment de la livraison et la valeur que des marchandises conformes auraient eue à ce moment ».

²²⁶⁵ Article 9 :401 des PDEC : « la réduction est proportionnelle à la différence entre la valeur de la prestation au moment où elle a été offerte et celle qu'une offre d'exécution conforme aurait eue à ce moment ».

prestation lors de l'exécution du contrat, avec celle qu'elle aurait dû recevoir la prestation correctement réalisée. Pourtant, préférer l'appréciation de la valeur à la date de la formation du contrat plutôt qu'à la date de l'exécution de celui-ci est plus conforme à la tradition française. La Convention de Vienne et les Principes Lando recourent à la date de l'exécution du contrat sous l'influence des pays de *common law*. Ces derniers « rapprochent le calcul de la réduction du prix de la manière dont les dommages-intérêts sont calculés » afin de « réduire tant que possible l'écart entre une sanction (la réduction du prix) ignorée de leurs droits internes »²²⁶⁶. MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Y.-M. Laithier le relèvent, une appréciation de la valeur à la date de la formation du contrat se révèle plus respectueuse de l'économie du contrat voulue par les parties, dans la mesure où « l'esprit de la réduction (...) est de rétablir l'équilibre rompu par l'exécution imparfaite du contrat *tel que les parties l'avaient envisagé d'un commun accord* »²²⁶⁷. Le créancier peut ainsi conserver l'avantage d'un prix favorable²²⁶⁸, tandis qu'en retenant la valeur à la date de l'exécution, l'estimation de la prestation ne reflétera pas suffisamment l'équilibre convenu par les parties.

402. Prise en compte du prix de marché au jour de la réduction, la « valeur promise ».

– Il ne s'agit pas seulement de comparer la valeur convenue de la prestation avec celle de la prestation effectivement réalisée, car il convient également de tenir compte de la valeur véritable de la prestation lors de la formation du contrat²²⁶⁹. L'adoption d'une telle perspective en droit français n'est pas anodine, car il s'agirait, exceptionnellement, de tenir compte de la valeur réelle de la prestation, et non de la valeur convenue par les parties. Cette vision va ainsi à rebours de la conception traditionnelle du prix en droit des contrats, dans laquelle seule la valeur convenue par les parties importe, et non la valeur réelle. Ce choix se révèle

²²⁶⁶ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article, op. cit.*, p. 561.

²²⁶⁷ Ces auteurs s'appuient alors sur l'exemple suivant : « supposons (...) qu'un cocontractant fasse une bonne affaire en achetant 200 un bien qui en vaut le double (400) à cette époque. La valeur du bien livré vaut 200 en raison d'une non-conformité. Au moment de l'inexécution, la valeur marchande d'un bien conforme n'est plus que de 300. Si la valeur de la prestation conforme est évaluée à la date de conclusion du contrat, il est tenu compte de la bonne affaire conclue par le créancier » (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article, ibid.*).

²²⁶⁸ S. JANSEN, « Price reduction as a remedy in European contract law and the consumer acquis », in *Alternative Ways to Ius Commune. The Europeanisation of Private Law* (eds. A.L.M KEIRSE et M.B.M LOSS), Intersentia, 2012, p. 169.

²²⁶⁹ MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier le relèvent, « sans doute ces deux éléments (prix convenu et valeur d'une prestation due) peuvent-ils être égal ou présumés être d'un montant égal, mais il n'en est pas toujours ainsi » (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article, op. cit.*, p. 561).

particulièrement révélateur quant à l'existence de la valeur en droit et quant à la finalité de la réduction unilatérale du prix.

Le choix de la valeur réelle plutôt que de la valeur convenue s'expliquerait, selon M. François Chenédé, par la nature et les effets de la réduction du prix. En effet, selon l'auteur « cette observation n'est pas neutre, car elle permet de comprendre que la réduction du prix n'a, non seulement pas la même nature, mais également, par prolongement, pas le même effet que la réparation ». Puisqu'il s'agit d'estimer le préjudice économique, le calcul des dommages-intérêts ne peut se référer qu'à la valeur convenue par les parties. Un cocontractant ne saurait subir un préjudice au regard d'un prix supérieur à ce qu'il a effectivement payé. À l'inverse, la réduction du prix a pour rôle de rééquilibrer le contrat, et ce quand bien même celui-ci aurait été originellement déséquilibré, et correspond à une annulation ou une résolution partielle du contrat. Or, les règles en la matière appliquent la technique de la dette de valeur²²⁷⁰ : il n'y aurait donc pas lieu d'écarter le prix de marché au jour de l'annulation ou de la résolution partielle, alors qu'il est pris en compte dans l'annulation et la résolution totales.

Une fois les membres de l'équation permettant la réduction du prix identifiés, il convient d'établir la formule mathématique applicable à la réduction du prix.

b. Le résultat de la réduction du prix

L'un des principaux points de cristallisation des conjectures autour de l'article 1223 du Code civil réside dans la notion de réduction proportionnelle du prix. Le travail du juge ou du créancier réside ici, non pas dans une recherche du juste prix, mais dans un ajustement de celui-ci au regard de l'inexécution constatée. De prime abord, il semblerait que la réduction d'une exécution qualitativement défailante soit l'opération la plus délicate, compte tenu du travail d'estimation de la valeur économique à réaliser dans ce cas²²⁷¹. En réalité, la principale

²²⁷⁰ Cf. *infra* nos 412 et s.

²²⁷¹ M. Eric Savaux estime ainsi la mesure de l'exécution aisée à estimer « en cas de manquants (50 machines livrées au lieu des 100 commandées), et encore, à condition qu'il n'y ait pas un intérêt à l'exécution totale ou plus importante. Elle cède en tout cas face aux exécutions défectueuses qui ne se laissent pas enfermer dans l'arithmétique » (E. SAVAUX, « Article 1223 : la réduction du prix », *op. cit.*). L'auteur relève en effet que les exemples donnés par les commentateurs de la réforme quant à la mise en œuvre de l'article 1223 du Code civil dans de telles hypothèses se désintéressent de l'estimation de la valeur, laquelle constitue pourtant la première étape du calcul. Sur ce point, M. Pierre-Yves Gautier se révèle méfiant : « comment une personne privée peut-elle mesurer la valeur économique d'une inexécution dont elle excipe ? » (P.-Y. GAUTIER, « La réduction proportionnelle du prix. Exercices critiques de vocabulaire et de cohérence », *JCP G* 2016, n° 37, p. 947). Il ne peut donc qu'être conseillé aux créanciers insatisfaits de recourir à un expert afin de légitimer l'estimation de la valeur ainsi réalisée. Au-delà, puisque l'estimation de la valeur économique du bien dont l'usage a été diminué

difficulté inhérente à l'article 1223 est commune à l'ensemble des natures d'inexécution, quantitative ou qualitative, et réside dans la détermination de la proportionnalité entre l'inexécution et la réduction du prix.

Cette opération ne soulèvera aucune difficulté particulière en cas d'inexécution quantitative : il conviendra de réduire le prix au regard de ce qui a été effectivement fourni²²⁷², selon la formule suivante :

$$\text{montant de la réduction} = \frac{\text{valeur exécutée au jour de la réduction}}{\text{valeur réelle au jour de l'estimation}}$$

L'obtention du prix réduit nécessitera ensuite d'effectuer une multiplication :

$$\text{prix réduit} = \text{prix convenu} \times \text{montant de la réduction}$$

403. Choix de l'opération mathématique à opérer. – Dans un second temps, il conviendra de multiplier le prix convenu par le montant de la réduction. L'opération s'affirme, instinctivement, être une soustraction²²⁷³. Il convient en réalité d'opérer une multiplication,²²⁷⁴ car la réduction du prix est « une adaptation du contrat à la mesure de ce qui est advenu »²²⁷⁵. Ainsi, selon M. François Chenédé, « cette formule, qui mentionne pourtant une réduction « proportionnelle à la différence », ne commande pas un rapport arithmétique (dit “par différence”), mais bien un rapport géométrique (dit “par quotient”). Autrement dit, il s'agit d'opérer, non pas une simple soustraction, mais une véritable proportion »²²⁷⁶. En effet, il ne convient pas d'estimer ici ce qu'il manque au créancier pour parvenir à une exécution complète, une telle opération relevant de la logique des dommages-intérêts et visant à réparer le préjudice subi. Au contraire, la réduction unilatérale du prix a pour objet de calculer la valeur de ce dont le créancier accepte de se contenter malgré l'inexécution²²⁷⁷. La logique est donc

par un vice ne soulève pas de difficulté particulière dans l'action estimatoire issue de la garantie des vices cachés, il est envisageable que la mise œuvre de l'article 1223 du Code civil ne suscite aucune difficulté particulière.

²²⁷² Ainsi, la livraison de 5 kg de blé à x €/kg au lieu de 10 conduira à une réduction du prix de 50 %.

²²⁷³ Les principes Lando et la Convention de Vienne envisagent en effet une « différence ».

²²⁷⁴ M. François Chenédé lui-même s'est positionné en faveur d'une soustraction dans un premier temps (F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives*, 2016, Dalloz, n° 128.151, p. 152), avant d'opter finalement pour une multiplication (F. CHENEDE, « La réduction du prix », *RDC* 2017, n° 3, p. 571). Le choix de la multiplication a également été retenue par MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, LexisNexis, 2018, p. 561).

²²⁷⁵ E. SAVAUX, « Article 1223 : la réduction du prix », *op. cit.*

²²⁷⁶ F. CHENEDE, « La réduction du prix », *op. cit.*

²²⁷⁷ En ce sens, v. également M. Eric Savaux, selon lequel « si la réduction du prix constitue la réparation d'un préjudice, ce qui est douteux, elle n'a pas pour objet de placer le créancier dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été correctement exécuté. Elle est destinée à le mettre dans la situation qui aurait été la sienne si,

proportionnelle et le prix doit être réduit de la même proportion que l'exécution de l'obligation. Ainsi, si « la valeur de la prestation fournie [est] inférieure de 1/3 à celle promise, le prix l'est dans la même proportion »²²⁷⁸.

Il ne s'agit donc pas d'opérer le calcul suivant, lequel relève de la logique des dommages-intérêts :

$$\begin{aligned} \text{prix réduit} &= \text{prix convenu} - \text{montant de la réduction} \\ &= \text{prix convenu} - \frac{\text{valeur réelle exécutée}}{\text{valeur réelle au jour de l'estimation}} \end{aligned}$$

Mais d'opérer plutôt :

$$\begin{aligned} \text{prix réduit} &= \text{prix convenu} \times \text{montant de la réduction} \\ &= \text{prix convenu} \times \frac{\text{valeur exécutée au jour de la réduction}}{\text{valeur réelle au jour de l'estimation}} \end{aligned}$$

M. François Chenédé recourt ainsi à deux exemples afin d'expliquer ces formules²²⁷⁹, tout comme MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Y.-M. Laithier²²⁸⁰.

sachant que la prestation serait celle qui a été fournie, il avait quand même accepté de conclure » (E. SAVAUX, « Article 1223 : la réduction du prix », *op. cit.*).

²²⁷⁸ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 561.

²²⁷⁹ « Premier exemple, relatif à la vente d'une marchandise : A commande à B 10 kilotonnes de riz (10 000 tonnes) de qualité maximale (qualité n° 1) à 30 € la tonne. B livre le volume promis, mais un riz de qualité inférieure (qualité n° 3). Le prix du marché de la tonne de riz de qualité n° 1 et de qualité n° 3 est respectivement de 26 et 13 €. Première voie : A choisit d'engager la responsabilité de B. Il pourra obtenir la somme de 130 000 € à titre de dommages-intérêts (soit : 260 000 -130 000). Par l'effet de la compensation, il ne devra donc plus que 170 000 € à B (soit : 300 000 -170 000). Seconde voie : A opte pour la réduction du prix. En application de la formule précitée, le nouveau prix serait fixé à 150 000 € (soit : 300 000 x (130 000/260 000)). (...) Second exemple, relatif à la construction d'un immeuble : C s'est engagé à construire une piscine au profit de D pour un prix de 60 000 €. Si les travaux avaient été correctement exécutés, la piscine aurait été évaluée à 40 000 €. En raison de malfaçons, elle ne vaut aujourd'hui que 30 000 €. Première voie : si D engage la responsabilité de C, il pourra prétendre au versement de dommages-intérêts d'un montant de 10 000 € (soit : 40 000 -30 000). Par compensation, le prix indirectement réduit sera donc de 50 000 €. Seconde voie : si D opte pour la réduction, en application de la formule précitée, le prix directement réduit sera fixé à 45 000 € (soit : 60 000 x (30 000/40 000)) » (F. CHENEDE, « La réduction du prix », *op. cit.*).

²²⁸⁰ « Si une chose est vendue au prix de 100 alors qu'elle en vaut 120 à la date de la conclusion du contrat et qu'en raison de l'état dans lequel elle est livrée, sa valeur est de 80, la réduction du prix ne sera pas égale à 100-(180-80) = 60, mais à (80x100)/120 = 66,66 » (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, *op. cit.*, p. 561). V. également C. VON BAR et E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference, Sellier European Law Publishers*, Munich, 2009, vol. 1, p. 910: « B agrees to build a house for O for 150 000 €. If the work had been properly executed the house would have been worth 100 000 € when completed, but because of B's defective workmanship it is worth only 80 000 €. As an alternative to claiming damages of 20 000 €, O may withhold or recover one-fifth of the price, i.e. 30 000 € ».

CONCLUSION DE LA SECTION I

Quel que soit le fondement invoqué, la saisine du juge en révision du contrat conduit à une modification à la fois formelle et substantielle de celui-ci.

404. La révision entraîne tout d'abord une révision formelle du contrat. L'identité de l'auteur de la révision conditionnera la nature de la modification de l'*instrumentum*. La révision judiciaire aura ainsi pour conséquence l'établissement d'un contrat contingent, le juge venant se substituer à la volonté des parties. À l'inverse, la réduction à l'initiative du créancier conduira à l'établissement d'un acte constitutif de volonté du créancier, témoignant de sa volonté unilatérale. Cet acte demeure susceptible de faire l'objet d'une modification judiciaire en cas de contestation.

405. La révision entraîne également une révision substantielle du contrat, peu important, de nouveau, l'auteur de la révision. L'acte conclu par les parties subit également une modification du point de vue du *negotium*. Le juge ou le créancier, qu'importe cette fois-ci l'auteur de la révision, s'immiscera dans la nature profonde du contrat et modifiera les prévisions des parties. La nature juridique de cette modification appelle des remarques, en ce qu'elle ne rentre dans aucune catégorie juridique préétablie (novation, remise de dette, dation en paiement), mais constitue en réalité une véritable annulation, ou résolution, partielle du contrat. Les restitutions engendrées par la révision du prix ne devront alors pas être confondues avec la réparation de l'éventuel préjudice subi par le créancier insatisfait.

L'ensemble des mécanismes de révision se révèlent indifférents à la justice des prix, leur mise en œuvre n'ayant pas pour objectif de remettre en cause l'appréciation convenue par les parties lors de la formation du contrat et tenant, au contraire, compte de ces données. La révision permet ainsi le rétablissement de l'équilibre économique. Les mécanismes de révision permettent de corriger le déséquilibre économique résultant d'une différence entre la valeur convenue lors de la formation du contrat et la valeur véritable de l'objet du contrat à cette date, ou d'une différence entre la valeur convenue et la valeur obtenue au jour de l'action en justice.

Au-delà de la révision du contrat, le rétablissement de l'équilibre économique peut également intervenir par l'anéantissement de celui-ci.

SECTION II

ANEANTISSEMENT DU CONTRAT

L'annulation et la résolution du contrat constituent des correctifs radicaux au déséquilibre économique, leur principal effet étant de délier les parties de leurs obligations l'une envers l'autre. La libération des parties n'entraîne toutefois qu'un rétablissement de l'équilibre économique vers l'avenir, les parties n'étant plus contraintes d'exécuter un contrat déséquilibré. Un rétablissement complet de l'équilibre économique nécessite alors de se retourner vers le passé, en ayant recours à la technique des restitutions. Hormis certains cas, il sera nécessaire que les parties reviennent matériellement sur les échanges économiques qu'elles avaient préalablement réalisés. Cette modalité bénéficie désormais d'un chapitre dédié au sein du Code civil, intitulé « les restitutions ».

La réforme du droit des contrats de 2016 a apporté un soin tout particulier à encadrer le régime des restitutions au sein d'un chapitre dédié, révélant ainsi la volonté des rédacteurs d'institutionnaliser le régime des restitutions²²⁸¹. Le corps de règles ainsi proposé a vocation à s'appliquer à toutes les hypothèses de résolution du contrat²²⁸², quel que soit le fondement de l'anéantissement invoqué²²⁸³. L'article 1352 du Code civil a consacré le principe, traditionnellement retenu par la jurisprudence et la doctrine²²⁸⁴, selon lequel la restitution a lieu

²²⁸¹ Sur la notion de restitution, v. D. POISSON-DROCOURT, « Les restitutions entre les parties consécutives à l'annulation d'un contrat », *D.* 1983. chron. 85 – J. SCHMIDT-DZALEWSKI, « Les conséquences de l'annulation d'un contrat », *JCP* 1989. I. 3397 – C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 218, 1992 – M. MALAURIE-VIGNAL, *Les restitutions en droit civil*, Cujas, 1991.

²²⁸² Au-delà, MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier estiment que « l'emplacement des textes leur donne vraisemblablement une vocation bien plus large : non seulement sont-ils dans le code civil, ce qui conduit naturellement à les appliquer dans toutes les autres branches du droit à défaut de disposition spéciales contraires, mais encore figurent-ils dans le régime des obligations, en un chapitre indépendant. C'est dire que le lien est rompu avec le droit du contrat et qu'il ne s'agit pas seulement d'aménager les conséquences de son anéantissement -ce que le lien exprès avec la répétition de l'indu (art. 1302-3, al. 1^{er}) permet d'ailleurs de vérifier. L'inscription des dispositions dans le régime des obligations incite à penser que c'est l'obligation de restitution, détachée de sa source, que l'ordonnance a entendu régir de façon autonome » (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016, art. 1352, p. 800).

²²⁸³ Les droit des restitutions a vocation à s'appliquer aux nullités, qu'importe leur fondement. La question de la nullité pour illicéité de la cause du contrat a retenu l'attention de la jurisprudence. Dans un récent arrêt, la première Chambre civile de la Cour de cassation a autorisé les restitutions dans une telle hypothèse. Ce faisant, la Cour distingue l'illicéité de l'immoralité, laquelle ne saurait donner lieu à restitution en vertu de l'adage « *nemo auditur turpitudinem allegans* » (Cass. civ. 1^{re}, 17 févr. 2021, n° 19-22.234, *Bull. civ.* I, à paraître ; *Gaz. Pal.* 2021, n° 14, p. 27, note D. HOUTCIEFF).

²²⁸⁴ M. MALAURIE-VIGNAL, *Les restitutions en droit civil, op. cit.*, p. 94 s.

en nature²²⁸⁵, à moins que celle-ci ne soit impossible²²⁸⁶ ou qu'il soit question d'une somme d'argent (article 1352 *a contrario*). Des règles sont également établies concernant la restitution partielle.

L'étude du rétablissement de l'équilibre économique par le jeu des restitutions²²⁸⁷ nécessite, avant de s'intéresser à celui-ci (§2), de déterminer, dans un premier temps, la période objet des restitutions (§1).

§1 – Période objet des restitutions

Les articles 1352 à 1352-9 du Code civil, ayant trait aux restitutions, demeurent toutefois silencieux quant à la date du point de départ de la période objet des restitutions. La réponse est double, compte tenu du mécanisme correctif utilisé. L'article 1178 du Code civil prévoit en effet que « le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé ». Par ailleurs, cette disposition renvoie directement aux articles susmentionnés concernant les modalités des restitutions. Le régime des restitutions en cas d'annulation du contrat est dénué d'équivoque : celles-ci sont systématiquement dues, à compter de la date de la formation du contrat annulé.

À l'inverse, le régime des restitutions en cas d'annulation prévu par le législateur se révèle davantage incomplet, l'article 1229 du Code civil se contentant d'énoncer que « la résolution met fin au contrat ». Aucune précision n'est apportée ni quant au caractère systématique des restitutions (I.), ni quant à leur ampleur (II.)

I. OPPORTUNITE DES RESTITUTIONS

Si l'article 1178 lie annulation du contrat et restitutions, tel n'est pas le cas de l'article 1229 du Code civil qui se contente d'évoquer la fin du contrat induite par la résolution du celui-ci. Ce silence est en réalité révélateur, le législateur de 2016 mettant ainsi un terme à

²²⁸⁵ Cette règle se justifierait par l'idée de rétablissement des patrimoines (v. en ce sens G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 1058, p. 948).

²²⁸⁶ V. en ce sens Cass. civ. 1^{re}, 11 juin 2002, n° 00-15.297 ; *Bull. civ.* I, n° 163. L'impossibilité d'une restitution en nature peut être liée au caractère consommable de la chose ou à sa disparition, voire à son onérosité excessive (Cass. com. 18 févr. 1992, n° 87-12.844, *Bull. civ.* IV, n° 78 ; *JCP* 1992. II. 21897, note M. BEHAR-TOUCHAIS : « l'obligation de restitution en nature du matériel impose des travaux coûteux au revendeur de carburant, non justifiés par des nécessités techniques en raison de la durée de vie des cuves, et qu'elle est susceptible de le dissuader de traiter avec un autre fournisseur ; qu'elle est ainsi disproportionnée avec la fonction qui lui a été fixée de faire respecter l'exclusivité d'achat du carburant et constitue un frein à la concurrence d'autres fournisseurs »).

²²⁸⁷ Sur la notion de restitution, v. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, op. cit. – M. MALAURIE-VIGNAL, *Les restitutions en droit civil*, op. cit.

la rétroactivité systématique de la résolution : les restitutions sont désormais dues uniquement en cas de perte d'utilité du contrat.

406. Abandon de la rétroactivité de la résolution par la réforme de 2016. – Antérieurement à 2016, la résolution provoquait l'anéantissement rétroactif du contrat et les contractants étaient placés dans le même état que si le contrat n'avait pas existé, devant, pour ce faire, procéder à des restitutions²²⁸⁸. Il existait toutefois des exceptions à ce principe, dans les contrats à exécution successive²²⁸⁹, ainsi que dans les contrats à exécution échelonnée.

L'un des principaux apports de la réforme a résidé dans l'abandon de la rétroactivité de la résolution, évitant ainsi, en théorie, le recours aux restitutions²²⁹⁰. Le législateur n'a pas souhaité conserver la distinction jurisprudentielle entre les contrats à exécution successive et les contrats instantanés, leur préférant le critère de l'utilité de l'exécution complète du contrat. Cet abandon a été approuvé par la doctrine et notamment par M. Thomas Genicon, selon lequel « cette présentation est erronée, incomplète et largement démentie par la jurisprudence moderne. (...) la réalité est beaucoup plus nuancée qui révèle l'existence d'une troisième figure, intermédiaire et très courante, dans laquelle la résolution ne produit qu'un effet rétroactif partiel ». L'auteur poursuit en ces mots : « la réalité est beaucoup plus nuancée qui révèle l'existence d'une troisième figure, intermédiaire et très courante, dans laquelle la résolution ne produit qu'un effet rétroactif partiel. En effet, parallèlement au fameux arrêt *Lucie*²²⁹¹ qui nous a appris qu'un contrat à exécution successive peut être l'objet d'une résolution totalement rétroactive (lorsque l'inexécution résolutoire déséquilibre le contrat depuis l'origine), la jurisprudence a montré à plusieurs reprises²²⁹² que la « résiliation » de ces contrats devrait presque toujours produire un effet rétroactif limité, puisque par définition l'inexécution précède toujours la décision de résolution et qu'en bonne logique il faut revenir, grâce à une rétroactivité

²²⁸⁸ Cass. civ. 3^e, 29 janv. 2003, n° 01-03.185, *RTD civ.* 2003, p. 501, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RJDA* 2003, n° 37 ; *JCP* 2003. II. 10116, note Y.-M. SERINET.

²²⁸⁹ Cass. civ. 1^{re}, 27 janv. 1998, n° 95-12.600, *RTD civ.* 1998, p. 674, obs. J. MESTRE – Cass. civ. 3^e, 13 nov. 2014, n° 13-18.937, *D.* 2014. 2343 ; *RDI* 2015. 129, obs. D. TOMASIN.

²²⁹⁰ « L'ordonnance abandonne donc la fiction juridique de la rétroactivité traditionnellement attachée à la résolution par la doctrine et la jurisprudence, dans la mesure où la rétroactivité a en principe pour effet d'engendrer des restitutions » (v. le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25).

²²⁹¹ Cass. 3^e civ., 30 avr. 2003, n° 01-14.890 : *JurisData* n° 2003-018805 ; *JCP G* 2004, II, 10031, Ch. JAMIN, cité par l'auteur.

²²⁹² V. not. Cass. 3^e civ., 1^{er} oct. 2008, n° 07-15.338 : *JurisData* n° 2008-045187, cité par l'auteur.

ciblée, sur la période intermédiaire, parfois longue, durant laquelle l'équilibre contractuel a été rompu du fait de l'inexécution »²²⁹³.

L'article 1229 énonce désormais que la résolution met fin au contrat, sans qu'aucune précision ne soit apportée quant à la rétroactivité de celle-ci, ainsi qu'aux éventuelles restitutions. Ces dernières sont désormais abordées dans un chapitre dédié ultérieur. Ce faisant, l'article 1229 « adopte une conception tournée vers le déséquilibre créé par l'inexécution, qui commande le jeu des restitutions. L'exécution du débiteur n'ayant pas été conforme, il doit restituer la prestation reçue du créancier dans la mesure de l'inexécution constatée »²²⁹⁴. L'article 1229 se révèle toutefois innovant en subordonnant la mise en œuvre des restitutions à la perte d'utilité de l'exécution complète du contrat.

407. Mise en œuvre des restitutions subordonnée à la perte d'utilité du contrat. – Est désormais qualifiée de « résolution » la situation dans laquelle les restitutions sont intégrales. À l'inverse, dès lors que les restitutions ne sont pas intégrales, la sanction prendra le nom de « résiliation ». C'est donc désormais l'ampleur de la restitution qui permet de distinguer la résolution de la résiliation, et non plus la lettre du contrat. La solution retenue par l'article 1229 du Code civil va donc dans le sens de l'arrêt *Lucie*, étant désormais indiqué que « lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ».

Ces dernières ne sont désormais envisagées que lorsque « les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu » (article 1229 alinéa 3 du Code civil). Ainsi, « le jeu des restitutions est limité par la finalité même de la résolution, qui contribue à ce que l'équilibre prévu par les parties soit atteint »²²⁹⁵. À titre d'exemple, « lorsque l'exécution du contrat est envisagée comme formant un tout, lorsque le contrat n'a d'intérêt qu'une fois achevé le projet global qu'il porte (par ex., l'audit d'une

²²⁹³ V. M. BEHAR-TOUCHAIS in *JCl. Contrats-Distribution*, Fasc. 176, n° 66, p. 26. – Adde H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, *Obligations, théorie générale*, 1er vol., par F. CHABAS : Montchrestien, 9e éd., 1998, n° 1103, p. 1153-1154, cité par l'auteur.

²²⁹⁴ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 672, p. 621.

²²⁹⁵ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *ibid.* V. également en ce sens MM. Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier selon lesquels le jeu de la rétroactivité n'est pas systématique mais, au contraire, « opère dans la mesure et uniquement dans la mesure où il est nécessaire de rétablir un juste équilibre » (O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, op. cit., p. 587).

entreprise quand bien même, soulignons-le, ce contrat serait à exécution successive au sens de l'article 1111-1 alinéa 2), l'effet rétroactif se produit pleinement²²⁹⁶ ». À l'inverse, les restitutions ne seront pas dues si le contrat portait sur l'entretien régulier d'une chose. Ce critère de la perte d'utilité permet aussi d'accorder des restitutions en cas de caducité du contrat, comme le relèvent MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina²²⁹⁷.

Finalement, la rétroactivité apparaît comme « un instrument mis au service d'un objectif précis et variable : corriger le déséquilibre contractuel causé par l'inexécution, mais dans la mesure seulement de l'inexécution. Aussi la résolution ne produit-elle un effet rétroactif qu'en tant que de besoin pour couvrir la période de déséquilibre causée par l'inexécution. Or ce déséquilibre est variable, par définition, en fonction du type de contrat concerné et de la date de l'inexécution »²²⁹⁸.

Les restitutions ne sont désormais dues qu'en cas de perte de l'utilité procurée par le contrat au contrat. Il convient, dès lors, de déterminer l'ampleur de celles-ci, c'est-à-dire de déterminer à partir de quelle date les restitutions seront dues.

II. AMPLEUR DES RESTITUTIONS

L'article 1178 du Code civil prévoit que le contrat annulé est réputé n'avoir jamais existé²²⁹⁹. Cette formulation sous-tend que les restitutions sont dues à compter de la formation du contrat. L'article 1129 n'apporte aucune précision de cet ordre en cas de résolution du

²²⁹⁶ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, op. cit., p. 587.

²²⁹⁷ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 499, p. 445 : « un exemple suffit à mieux comprendre la mise en œuvre du mécanisme. Supposons que par deux contrats formant un ensemble contractuel indivisible, une société ait loué un distributeur automatique de boissons chaudes et souscrit un contrat de fourniture de consommables et d'entretien de l'appareil. L'inexécution du second contrat, qui prive d'intérêt le premier, entraîne sa caducité. Il faudra bien, alors même que la caducité ne prend effet que pour l'avenir, assurer la restitution du distributeur. Le cas échéant, une indemnité pourra compenser la valeur de la jouissance que la chose a procurée³. La remise d'une chose implique sa restitution en cas de caducité du contrat, sans qu'il soit besoin de passer par la fiction de la rétroactivité. »

²²⁹⁸ Th. GENICON, « Résolution et résiliation dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *RDC* 2015, p. 960. V. également en ce sens MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina selon lesquels la rétroactivité « permet en effet d'attacher à l'effet juridique de la disparition du contrat un effet matériel, qui restaure l'équilibre entre les patrimoines des contractants » (G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 499, p. 445).

²²⁹⁹ Aucune précision n'est toutefois apportée en cas d'annulation consensuelle. Selon la doctrine, rien ne s'oppose à ce que celle-ci soit rétroactive (v. en ce sens : Y.-M. SERINET, « La constatation de la nullité par les parties : une entorse limitée au caractère judiciaire de la nullité », op. cit. – O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article*, op. cit., p. 371). Les parties demeurent également libres d'exclure conventionnellement les restitutions au sein de leur accord d'annulation conventionnelle.

contrat, si bien qu'il convient de déterminer la date à compter de laquelle les restitutions seront dues.

Le choix de la date de la résolution du contrat présente le mérite de la simplicité, mais cette date n'exprime finalement que le constat conventionnel, unilatéral ou judiciaire du fait de la libération des parties (A.). Il faudra, dès lors, se tourner vers la date de la perte d'utilité du contrat afin de déterminer la date du point de départ de la période objet des restitutions (B.).

A. *Date de la libération des parties*

L'article 1229 alinéa 2nd du Code civil énonce que « le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution » du contrat. En effet, la mise en œuvre des articles 1195 (résolution pour imprévision) et 1227 (résolution judiciaire) conduit au prononcé judiciaire de la résolution. À l'inverse, les articles 1226 (résolution par voie de notification) et 1218 (résolution de plein droit en cas de force majeure) ne conduisent qu'à un constat judiciaire de la résolution, le rôle du juge se limitant à la validation de la résolution appliquée par l'un des contractants. La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice.

408. Date de la résolution du contrat. – La détermination de la date de la résolution est particulièrement aisée lorsqu'une clause résolutoire a été établie. L'article 1229 du Code civil énonce que la résolution prend effet « dans les conditions prévues par la clause résolutoire ». Les parties se seront en effet chargées de fixer conventionnellement la date à laquelle elles estiment que le contrat sera résolu en cas de manquement prédéfini ainsi que les conditions de mise en œuvre de la résolution (de plein droit, nécessité d'une mise en demeure, délai...). À défaut de telles précisions, il serait possible de recourir à la date d'expiration du délai accordé au débiteur dans la mise en demeure²³⁰⁰, s'il en existe une ou, de à celle de l'information du débiteur de l'intention de son créancier de se prévaloir de la clause résolutoire²³⁰¹.

Dans le cas de du prononcé judiciaire de la résolution, l'article 1229 du Code civil prévoit que la date des effets de celle-ci sera fixée par le juge, « ou, à défaut, au jour de

²³⁰⁰ O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, LexisNexis, 2018, p. 586.

²³⁰¹ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 668, p. 616 – O. DESHAYES, Th. GENICON et Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations: commentaire article par article, op. cit.*, p. 560.

l'assignation en justice »²³⁰². L'article 1195 du Code civil prévoit de même la possibilité pour le juge de déterminer la date de la résolution du contrat. Le juge devra ainsi tenir compte de la date de l'entrée en négociation, ainsi que de la durée de celles-ci. À l'instar de la résolution conventionnelle, une telle possibilité peut se révéler utile lorsque la situation financière de la victime de l'imprévision a déjà pâti de celle-ci. L'article 1228 du Code civil autoriserait, par ailleurs, le juge à allouer au créancier un délai de prévenance afin de prendre ses dispositions au regard de la résolution à venir de celui-ci²³⁰³.

À l'inverse, si la résolution est prononcée par le créancier insatisfait sur le fondement de l'article 1224, alors les effets débiteront de celle-ci à compter de « la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier »²³⁰⁴.

Il convient toutefois de relever que l'article 1218 du Code civil prévoit la résolution de plein droit du contrat, sans que pour autant la date des effets de celle-ci soit prévue par les textes. En pratique, la force majeure sera invoquée par une partie à l'égard de l'autre afin de se libérer de ses obligations. Par analogie avec l'article 1195 du Code civil, il serait opportun de considérer que les parties auront été libérées de leurs obligations par la force majeure au jour où celle-ci aura définitivement perturbé l'équilibre économique du contrat.

Les dates retenues comme celles de la résolution du contrat par l'ensemble de ces dispositions peuvent surprendre, car aucune d'entre elles ne fait référence à l'inexécution du contrat. Le législateur n'a, en effet, jamais souhaité que le contrat soit résolu lors du constat du manquement suffisamment grave. Il existe, à chaque fois, un délai entre la rupture de l'équilibre économique du contrat ainsi que la résolution de celui-ci. Certes, dans le cas de la résolution par voie de notification, celui-ci sera sans doute très court, le mécanisme reposant sur la logique d'une action rapide du créancier insatisfait en cas de défaillance de son cocontractant. À

²³⁰² La réforme a ici codifié à droit constant la solution jurisprudentielle préexistante (Cass. civ. 3^e, 1^{er} oct. 2008, n° 07-15.338 ; *Bull. civ.* III, n° 144 ; *Defrénois* 2008, p. 2499, obs. R. LIBCHABER ; *RDC* 2009, p. 70, obs. Th. GENICON ; *RDC* 2009, p. 168, obs. J.-B. SEUBE).

²³⁰³ Sur ce point, v. M. Philippe Stoffel-Munck selon lequel « il ne ferait rien d'autre qu'accorder un préavis à qui défendait à l'instance en résiliation. Cela peut être parfaitement équitable, car ce dernier, épargné par le sort, n'a pas de raison de se voir privé d'un contrat dont il avait besoin. La moindre des choses serait donc de lui laisser le temps de se réorganiser une fois qu'il est devenu certain que l'article 1195 s'appliquait bien à sa situation » (Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* 2016, p. 30). L'auteur envisage par ailleurs l'office du juge d'une manière originale, considérant que le délai accordé par le juge peut, au nom de l'équité, constituer non pas un préavis, mais une réduction de la durée d'exécution qu'il restait à courir (Ph. STOFFEL-MUNCK, « La réforme en pratique. La résiliation pour imprévision », *AJ contrat d'affaires* 2015, p. 262).

²³⁰⁴ Cette solution clarifie la jurisprudence antérieure à laquelle la question n'avait jamais été posée directement mais qui semblait admettre la résolution à la date de la réception du courrier indiquant la volonté du créancier de rompre le contrat (Cass. com. 20 juin 2006, n° 04-15.785. 7 – Cass. civ. 3^e, 20 juin 2012, n° 11-20.589).

l'inverse, en cas de résolution judiciaire, le temps s'écoulera davantage entre ces deux dates. Le choix de retenir une date distincte de celle de la perturbation définitive de l'équilibre économique a fait l'objet de critiques²³⁰⁵. Ce choix présente toutefois le mérite de la clarté, en ce qu'il sera plus aisé de déterminer la date de la notification du débiteur ou de l'assignation, que d'établir précisément la date à laquelle l'équilibre économique du contrat a définitivement été rompu.

Au-delà de cet aspect pratique, le choix d'une date différente de celle de la rupture de l'équilibre économique contribue également à la protection des tiers. Ces derniers peuvent légitimement ignorer l'inexécution du contrat, ou en ignorer l'ampleur. Les tiers ont donc intérêt à ce que la date de la résolution du contrat soit la plus tardive possible. Conjugée à l'abandon de la rétroactivité, cette règle permet d'assurer une plus grande protection des tiers lors de la résolution du contrat²³⁰⁶.

409. Insuffisance de la date de la libération des parties au regard des restitutions. – La date de la résolution du contrat traduit la date de la libération des parties. À compter de celle-ci, les parties ne seront plus tenues d'exécuter leurs obligations et le contrat ne sera plus opposable aux tiers. Cette date se révèle finalement indépendante de la logique des restitutions, n'étant en rien relative à la perte d'utilité du contrat. MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina estiment que la date de la résolution se contente de traduire l'existence juridique de la résolution²³⁰⁷. M. Thomas Genicon qualifie ce moment de « date d'observation de la résolution du contrat »²³⁰⁸, à laquelle la résolution devient opposable aux tiers, mais également à laquelle le droit aux restitutions naît. À l'inverse, le point de départ de la période objet des restitutions correspondrait, toujours selon cet auteur, « au moment à partir duquel il est

²³⁰⁵ V. en ce sens M. Antoine Tadros, qui estime que les parties devraient être libérées dès l'inexécution : « on peine à croire que cet intérêt disparaisse au jour de la décision de justice qui prononce la résolution ou encore à celui de l'assignation en justice. Si le créancier s'est engagé, c'est en vue de l'exécution de la prestation du débiteur ; l'intérêt du contrat s'évapore donc dès l'instant où le débiteur cesse d'exécuter ses obligations, pourvu que cette inexécution soit suffisamment grave. C'est à ce moment, et à aucun autre, que l'équilibre est rompu et que l'on constate l'impossibilité de continuer la relation contractuelle » (A. TADROS, « Proposition de modification de l'article 1129 du Code civil : la date des effets de la résolution judiciaire », *RDC* 2017, p. 193).

²³⁰⁶ P. ANCEL, « La rétroactivité et la sécurité des tiers », *RDC* 2008, p. 35. La protection des tiers, de bonne foi, est toutefois assurée dès lors qu'un transfert de propriété a eu lieu à leur bénéfice, la présomption de l'article 2276 du Code civil s'opposant à la rétroactivité de la résolution. Il est également possible au tiers lésé par la résolution du contrat d'invoquer la théorie de l'apparence, les règles de la publicité foncière ainsi que la prescription acquisitive.

²³⁰⁷ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 668, p. 617.

²³⁰⁸ Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, 2007, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 879, p. 632.

nécessaire, une fois la résolution prononcée, de supprimer les effets juridiques antérieurement produits par le contrat »²³⁰⁹.

La date de la résolution du contrat se distingue de la date du point de départ de la période objet des restitutions.

B. Date du point de départ de la période objet des restitutions

La date du point de départ de la période objet des restitutions doit être fixée au jour de la rupture de l'équilibre économique, celui-ci pouvant être antérieur à l'inexécution en elle-même.

410. Fixation du point de départ de la période objet des restitutions à la date de la rupture de l'équilibre économique. – À la différence de la détermination de la date de libération des parties, la détermination de la date du point de départ des restitutions nécessite d'accorder de l'importance à la perte d'utilité du contrat. Les restitutions ne sont, en effet, dues que lorsque l'utilité procurée au créancier se révèle insatisfaisante. Dès lors, le point de départ de la période objet des restitutions doit coïncider avec la date à laquelle le contrat a perdu son utilité économique. Celle-ci variera selon l'ampleur de la perte d'utilité de la convention : un contrat résolu, car entièrement dépourvu d'utilité devra faire l'objet de restitutions totales, tandis qu'un contrat dont l'exécution, quoi qu'imparfaite, se révèle malgré tout utile, bénéficiera de restitutions bien moindres.

Les restitutions seront ainsi dues à compter de la date à laquelle le contrat aura perdu toute utilité économique. Le plus souvent, il s'agira de la date de l'inexécution suffisamment grave. Il convient toutefois de préciser qu'il peut cependant s'agir d'une autre date, car l'équilibre voulu par les parties n'est pas nécessairement rompu au jour de l'inexécution, la date de la rupture de l'équilibre économique pouvant, finalement, être antérieure à l'inexécution, ou postérieure à celle-ci.

411. Rupture de l'équilibre économique antérieure à l'inexécution. – L'hypothèse d'une rupture de l'équilibre économique antérieure à l'inexécution étonne de prime abord, le contrat ne pouvant subir de déséquilibre dans son exécution s'il est correctement exécuté.

Cette hypothèse a été mise en perspective par M. Thomas Genicon. Celui-ci estime que « retirer la force obligatoire du contrat à compter seulement de la date d'inexécution ne permet

²³⁰⁹ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 668, p. 617.

pas, en toute logique, de revenir sur la prestation exécutée sans contrepartie (du fait de l'inexécution) avant cette date, puisqu'elle reste incluse dans la période pendant laquelle, dans cette analyse, le contrat liait encore les parties (et demeure donc intouchable). La résolution à compter de l'inexécution ne permettant donc pas systématiquement de remédier pleinement au déséquilibre contractuel qui a pourtant provoqué sa mise en œuvre, il vaut donc mieux considérer que l'effet rétroactif de la résolution opère une fois la période d'équilibre révolue »²³¹⁰. M. Thomas Genicon cite, à titre d'exemple, la vente d'un bien, au 1^{er} janvier, dont le paiement du prix est différé au 1^{er} juin : « à cette date l'acheteur ne s'exécute pas : l'inexécution date donc du 1^{er} juin puisqu'auparavant le vendeur ne pouvait rien exiger. Faudrait-il dire alors que la résolution ne produit son effet qu'au 1^{er} juin, ce qui laissera donc intact le transfert de propriété qui s'est produit antérieurement ? »²³¹¹. Ce système se révèle plus souple, en ce que la fixation du point de départ des restitutions est fixé à la « dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie », permettant, le cas échéant, de conserver une partie de l'exécution si celle-ci présente un intérêt pris isolément.

Les restitutions sont ainsi dues, non pas à compter de la libération des parties, mais à compter de la rupture de l'équilibre économique du contrat. Une fois cette date déterminée, le jeu des restitutions peut débiter.

§2 – Jeu des restitutions

Aucune définition de la restitution n'est apportée, alors que la lecture de l'article 1178 alinéa 2 du Code civil et le recours au vocable « restitution » est susceptible de deux interprétations, développées notamment par Mme Sophie Pellet²³¹². Il est ainsi possible de considérer que la restitution constitue, pour le débiteur, le fait « de rendre à son créancier la chose même qui lui avait été remise préalablement »²³¹³. Inversement, il est aussi possible de

²³¹⁰ Th. GENICON, « Résolution et résiliation dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *op. cit.*

²³¹¹ Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 881, p. 633.

²³¹² S. PELLET, « Les restitutions : et si le dogmatisme avait du bon ? », *JCP E* 2016, n° 24, p. 676. V. également en ce sens Mme Farah Safi, selon laquelle « en réalité, deux conceptions de la rétroactivité sont envisageables, selon que l'on en a une vision stricte ou large. Soit l'on considère que le retour au *statu quo ante* suppose de procéder à des contre-prestations, si bien qu'un contractant ne peut restituer autre chose que ce qui lui a été livré : c'est la restitution des seules prestations issues directement du contrat. Mais il est possible, dans un souci d'équité, d'aller "au-delà" du contrat : pour remettre les parties dans leur état d'origine, on prend en compte les suites du contrat en incluant, dans l'assiette des restitutions, le profit tiré du contrat » (F. SAFI, « Les restitutions consécutives à la nullité du contrat : rétablir ou corriger ? », *D.* 2016, p. 1179).

²³¹³ M. MIGNOT, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *LPA* 2016, n° 96.

considérer que la restitution a pour objet de « de remettre les parties dans l'état où elles se seraient trouvées si l'obligation n'avait jamais été exécutée, ce qui suppose que soient gommés tous les effets matériels de cette exécution »²³¹⁴.

En théorie, l'anéantissement du contrat devrait replacer les parties dans le *statu quo ante* et ne leur cause ni gain ni perte. Qui devrait rendre le prix, qui devrait rendre l'objet du contrat. L'écoulement du temps vient toutefois perturber ce paradigme. Durant la période, parfois longue, entre la formation et l'anéantissement du contrat, de nombreux événements affectant la valeur de celui-ci sont susceptibles d'être intervenus : son objet peut avoir pris ou perdu de la valeur, pour cause de détérioration, instaurant ainsi un déséquilibre économique lié à l'anéantissement du contrat lui-même. Celui qui restitue le prix se situe dans une situation inconfortable : soumis au nominalisme monétaire, il devra restituer le prix sans pour autant retrouver l'équilibre dont il bénéficiait antérieurement à la formation du contrat. De ce fait, l'application de la première définition « porte (...) en elle le risque de la plus parfaite iniquité, car elle conduit à des restitutions totalement déconnectées des avantages effectivement tirés de l'exécution du contrat »²³¹⁵.

Selon la définition de la restitution retenue, l'influence de la variation de valeur sur l'objet du contrat sera, ou non, prise en compte, et le déséquilibre économique postérieur à l'anéantissement du contrat, corrigé. La nouveauté apportée par la réforme réside en ce que le législateur admet une certaine influence, sur le montant de la restitution, d'une variation de valeur de l'objet du contrat dans la période entre la formation et l'anéantissement de celui-ci. La nullité et les restitutions exercent ainsi une double fonction : le rétablissement de l'équilibre économique initial et la correction du déséquilibre économique engendré par l'anéantissement du contrat.

Le déséquilibre économique engendré par la restitution serait donc corrigé (I.), bien que certains éléments introduits par la réforme permettent de constater que celui-ci reste partiellement ignoré (II.).

²³¹⁴ V. également en ce sens M. Gaël Chantepie selon lequel « les restitutions ne visent pas à restaurer la situation patrimoniale des parties au jour de la conclusion du contrat, mais à corriger le déséquilibre consécutif à l'inexécution constatée, les deux hypothèses pouvant au demeurant coïncider » (G. CHANTEPIE, « Réduction du prix et résolution par notification », in *La réforme du droit des contrats en pratique*, M. LATINA (dir.), Dalloz, 2017, p. 83).

²³¹⁵ S. PELLET, « Les restitutions : et si le dogmatisme avait du bon ? », *op. cit.*

I. LE DESEQUILIBRE ECONOMIQUE ENGENDRE PAR LA RESTITUTION CORRIGE

La lecture du nouveau Chapitre V du Livre III, titre IV du Code civil illustre une véritable appréhension de la valeur économique par le droit. Les articles 1352 et suivants, dans leur majorité, appréhendent le déséquilibre économique susceptible de survenir compte tenu de l'écoulement du temps entre la formation du contrat et son anéantissement.

C'est ici la question de la restitution en valeur à la suite d'une impossibilité de restitution en nature qui retiendra l'attention²³¹⁶. Le traitement de cette problématique par le Code civil appréhende ainsi frontalement la question de la valeur économique, bouleversant certaines règles préétablies. C'est à travers la fixation de la date de l'estimation de la valeur de l'objet du contrat à restituer que se révèle l'influence de la valeur économique. Le législateur a, en effet, retenu le mécanisme de la dette de valeur²³¹⁷. Au lieu de solliciter le remboursement d'une somme équivalente au prix versé lors de la formation du contrat, le législateur exige une réévaluation économique, au jour de la restitution, tant de l'objet du contrat (A.) que des fruits et de la valeur de la jouissance (B.).

A. Estimation de la valeur de l'objet du contrat au jour du jugement

En fixant la date de l'estimation de la valeur de l'objet du contrat à celle de la restitution, le législateur tente de corriger le déséquilibre économique susceptible d'avoir été causé par l'anéantissement du contrat.

412. Choix novateur de la réalisation de l'estimation à la date du jugement. – Antérieurement à 2016, la jurisprudence estimait que la créance de restitution devait être égale à la valeur de l'objet du contrat au jour de la remise de celui-ci, ce qui revenait le plus souvent à réaliser une estimation au jour de la conclusion du contrat²³¹⁸. Une subtilité existait en ce que

²³¹⁶ La réforme de 2016 a consacré à l'article 1343 du Code civil le principe du nominalisme monétaire auquel obéit la restitution de somme d'argent : « le débiteur d'une obligation de somme d'argent se libère par le versement de son montant nominal » (v. en ce sens Cass. civ. 1^{re}, 7 avr. 1998, n° 96-18.790, *Bull. civ. I*, n° 142, p. 95). L'article 1352-6 du Code civil précise toutefois que la restitution de somme d'argent porte sur le capital reçu et doit s'accompagner des taxes et des intérêts, mais pas des frais de restitution.

²³¹⁷ La théorie de la dette de valeur permet de contrer le nominalisme monétaire. Ce principe est désormais énoncé à l'article 1343 alinéa 1^{er} du Code civil, en vertu duquel le débiteur d'une somme d'argent se libère par le versement de son montant minimal. À l'inverse, grâce à la technique de la dette de valeur, énoncée à l'article 1343 alinéa 3 du Code civil, l'obligation pécuniaire porte, non sur une somme fixée à l'avance, mais sur une valeur estimée au moment de l'exigibilité, en vue de pallier les fluctuations monétaires (V. « dette de valeur » in *Lexique des termes juridiques*, 28^e éd., Dalloz, 2018, p. 364). L'article 1343 alinéa 1^{er} vient consacrer la jurisprudence en la matière (v. Req. 25 févr. 1929, *DH* 1929, 161 ; Cass. com. 5 juill. 2005, n° 02-10.233). Ce dernier arrêt précise toutefois que la règle n'était pas d'ordre public, laissant place à la technique de la dette de valeur.

²³¹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 1999, n° 97-12.930 ; *Bull. civ. I*, n° 95 ; *Defrénois* 1999. 1325, obs. Ph. DELEBECQUE – Cass. com. 14 juin 2005, n° 03-12.339 ; *Bull. civ. IV*, n° 130 ; *D.* 2005. 1775, obs. A. LIENHARD ; *Rev. sociétés*

le juge se devait d'estimer concrètement la valeur de l'objet du contrat, et non simplement se référer au prix fixé par les parties, afin d'éviter que la restitution ne constitue une simple exécution du contrat pour le créancier²³¹⁹. Plus précisément, il conviendrait de fixer la date de l'estimation à celle du jugement et non de la restitution, celle-ci pouvant intervenir plusieurs mois, voire années, après la date du jugement.

Le projet Catala n'avait pas entériné cette solution et suggérait une estimation de la valeur de l'objet du contrat au jour du paiement (article 1163-6). Le projet Terré proposait, quant à lui, de retenir la valeur au jour de la restitution dans le cas où le bien avait été détruit ou détérioré par la faute du détenteur, ou lorsque celui-ci était de mauvaise foi (articles 6 et 7). La réforme de 2016 aura donc suivi le projet Terré, de manière moins nuancée. Désormais, selon l'article 1352 du Code civil, la valeur de l'objet du contrat doit, dans le cadre d'une restitution, être estimée au jour de celle-ci. Selon MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina, « l'idée est d'assimiler la restitution en valeur et la restitution en nature, et d'éviter que les restitutions aboutissent à un enrichissement ou un appauvrissement de l'une des parties en raison des circonstances postérieures au contrat. Techniquement, le jour de la restitution s'entend du jour du jugement, qui en est plus proche que le jour de la demande. Cette date permettra de tenir compte des plus-values et moins-values subies par la chose »²³²⁰.

Contrairement au projet Terré, aucune référence n'est faite à la bonne ou mauvaise foi du détenteur. Cette exclusion s'expliquerait, selon Mme Sophie Pellet, par le sens donné à la « restitution » : « cette conception entend faire des restitutions un véritable outil de rééquilibrage des patrimoines. Elle est déconnectée de l'idée de faute, ou de bonne ou de mauvaise foi des parties, puisque c'est aux restitutions elles-mêmes, indépendamment de toute

2006. 66, note N. MATHEY ; *RTD civ.* 2005. 774, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD civ.* 2005. 778, obs. J. MESTRE et B. FAGES – Cass. com. 14 mai 2013, n° 12-17.637 ; *Bull. Joly* 2013, p. 717, note F. DANOS.

²³¹⁹ MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina le relèvent, « la créance de restitution n'était pas nécessairement égale au prix convenu » (G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 1062, p. 952).

²³²⁰ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 1062, p. 953 : « deux exemples permettent de le comprendre. Supposons la vente d'un immeuble, ultérieurement annulée. Dans l'intervalle, et sans avoir égard à d'éventuelles améliorations ou détériorations apportées, la valeur de l'immeuble a augmenté de 20 %. Cette plus-value sera restituée en valeur, de même qu'elle l'aurait été, mécaniquement, en cas de restitution en nature. Imaginons maintenant la vente d'un véhicule automobile, résolue pour un manquement à l'obligation de délivrance conforme. Dans l'intervalle, et de nouveau sans tenir compte des détériorations éventuelles ou même de l'usure, la chose aura perdu 40 % de sa valeur initiale. L'acquéreur n'aura à restituer qu'une somme équivalente à la valeur actuelle de la chose qu'il avait reçue. »

idée de responsabilité civile, qu'incombe alors la charge d'assurer l'équilibre des prestations répétées »²³²¹.

413. Correction du déséquilibre économique par la mise en œuvre de la restitution. –

En application de l'article 1352, la restitution doit avoir lieu en nature : le possesseur restitue le bien à son propriétaire, peu importe à ce stade son éventuelle mauvaise foi. L'article 1352-2 du Code civil prévoit les modalités de restitution de l'objet du contrat en cas d'impossibilité de restituer en nature, notamment en cas de revente du bien. Plusieurs distinctions sont à effectuer.

Si le possesseur de bonne foi a vendu le bien, il ne sera débiteur que du prix de vente, ainsi que d'une éventuelle indemnité de jouissance et des fruits de la chose. C'est ici le prix de revente de la chose qui doit être pris en compte, et non le prix de vente initial²³²². En effet, « puisque l'acquéreur était de bonne foi et a revendu la chose, il ne devrait y avoir ni perte ni profit dans son patrimoine. Concrètement, la règle exclut qu'il conserve les bénéfices tirés de la revente, mais peut laisser subsister une perte entre le prix d'achat et le prix de revente »²³²³. La règle est finalement à double tranchant en ce que la bonne foi du cocontractant prime parfois sur le rétablissement de l'équilibre économique initial.

En revanche, si le possesseur de mauvaise foi a vendu le bien, il devra la plus forte somme entre le prix de revente et la valeur au jour de la restitution. Le législateur est allé, ici, au-delà de la correction du déséquilibre économique initial, puisqu'est appréhendée la variation de valeur au cours de l'exécution du contrat finalement anéanti. À la différence de la revente par un possesseur de bonne foi, la mauvaise foi n'est pas favorisée au détriment du rétablissement de l'équilibre économique : à moins que la valeur économique ait baissé sans discontinuer entre la formation du contrat, la revente et la restitution, la solution établie permet une certaine garantie de rétablissement de l'équilibre économique²³²⁴.

²³²¹ S. PELLET, « Les restitutions : et si le dogmatisme avait du bon ? », *op. cit.*

²³²² G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 1065, p. 906. V. en ce sens l'article 1163-5 alinéa 2 de l'avant-projet Catala : « la restitution se reporte de plein droit sur le prix ou la créance du prix de la vente par subrogation ».

²³²³ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 1065, p. 906.

²³²⁴ Le législateur de 2016 a édicté des dispositions afin de contrer non seulement la variation économique issue de l'écoulement du temps, mais également des agissements du détenteur. L'article 1352-1 du Code civil prévoit ainsi que « celui qui restitue la chose répond des dégradations et détériorations qui en ont diminué la valeur, à moins qu'il ne soit de bonne foi et que celles-ci ne soient pas dues à sa faute ». À l'inverse, l'article 1352-5 prévient l'hypothèse de l'enrichissement sans cause du possesseur, en énonçant que « pour fixer le montant des restitutions, il est tenu compte à celui qui doit restituer des dépenses nécessaires à la conservation de la chose et de celles qui en ont augmenté la valeur, dans la limite de la plus-value estimée au jour de la restitution ». Sur la détérioration du bien, v. E. SAVAUX, « Encore les restitutions consécutives à l'anéantissement du contrat... pour un combat d'arrière-garde ? », *RDC* 2014, n° 3, p. 358.

Au-delà de cette question de la dépréciation ou de la valorisation de l'objet du contrat dans l'intervalle entre la formation de celui-ci et son anéantissement, se pose également la question de la perception des fruits et de la valeur de la jouissance. Ces deux points sont désormais admis par la réforme : l'ancien cédant va percevoir davantage qu'il n'avait cédé à l'époque, témoignant de l'appréhension juridique de la valeur économique.

B. Restitution généralisée des fruits et de la valeur de la jouissance

La question de la restitution des fruits et de la valeur de jouissance a également été abordée par la réforme. Durant la période, plus ou moins longue, entre la conclusion du contrat et son anéantissement, le véritable propriétaire aura été privé de son usage (*usus*), ainsi que de la possibilité d'en récolter des fruits (*fructus*). Ce dernier souffre ainsi d'un manque à gagner, par opposition au détenteur de l'objet du contrat qui en aura profité et se verra restituer le montant du prix autrefois versé. L'anéantissement du contrat a donc créé un déséquilibre économique. Si la jurisprudence refusait souvent de le corriger, concédant exclusivement à la restitution des fruits d'un possesseur de mauvaise foi, la réforme de 2016 a, au contraire, instauré une restitution généralisée des fruits et de la valeur de jouissance.

414. Admission de la restitution de la valeur de la jouissance en faveur du rééquilibrage du contrat. – La solution antérieurement retenue en matière de contrat de vente fluctuait concernant la restitution de l'indemnité de jouissance. La Cour de cassation avait ainsi à refuser d'inclure la restitution de la valeur en jouissance dans l'assiette de la restitution²³²⁵ et à n'inclure

²³²⁵ Cass. Ch. mixte 9 juill. 2004, n° 02-16.302 ; *Bull. civ. Ch. mixte*, n° 2 ; CCC 2004, comm. 168, obs. L. LEVENEUR ; *D.* 2004, p. 2175, note TUAILLON ; *Defrénois* 2004, p. 1402, obs. R. LIBCHABER ; *JCP* 2004. I. 173, n° 14, obs. Y.-M. SERINET ; *JCP* 2005, I, 132, n° 1, obs. G. VINEY ; *RDC* 2005, p. 280, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RTD civ.* 2005, p. 125, obs. J. MESTRE ET B. FAGES : « le vendeur n'est pas fondé, en raison de l'effet rétroactif de l'annulation de la vente, à obtenir une indemnité correspondant à la seule occupation de l'immeuble ». La réunion de la Chambre mixte résultait d'un conflit entre la première Chambre civile, laquelle refusait la restitution (Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1987, n°84-16.624 – Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 2003, n° 01-01.673), et la troisième, laquelle y était favorable (Cass. civ. 3^e, 12 janv. 1988, n°86-15722 – Cass. civ. 3^e, 26 janv. 1994, n° 91-20934 – Cass. civ. 3^e, 12 mars 2003, n° 01-17207). V. également le contentieux particulièrement en matière de vente de voiture, lesquelles se déprécient spontanément malgré un usage normal. Cass. civ. 1^{re}, 21 mars 2006, n° 03-16.075 et 03-16.307, *Bull. civ.* I, n° 171 et 172 ; *RDC* 2006, p. 140, obs. Ph. BRUN, et p. 1230, obs. G. VINEY ; *D.* 2006, p. 1869, note C. MONTFORT – Cass. civ. 3^e, 30 sept. 2008, n° 07-16.876, *Bull. civ.* III, n° 216 – Cass. com. 22 mai 2012, n° 11-13.086, *Bull. civ.* IV, n° 109 ; *LEDC* 2012, n° 7, p. 2, obs. O. DESHAYES – Cass. civ. 1^{re}, 19 févr. 2014, n° 12-15.520, *Bull. civ.* I, n° 26 ; *RDC* 2014, n° 3, p. 358, note E. SAVAUX. Plus généralement, v. J.-E. Chevallier, « Les conséquences de l'action rédhibitoire pour vice caché à travers l'exemple du secteur automobile », *RTD com.* 2010, p. 231. M. Frédéric Rouvière explique la variabilité de l'assiette des restitutions par le critère de l'imputabilité de l'anéantissement du contrat. L'auteur distingue les cas dans lesquels l'anéantissement du contrat est imputable au vendeur, auquel cas celui-ci ne pourra pas se prévoir d'une indemnité de jouissance, de ceux dans lesquels l'anéantissement est imputable à l'acquéreur, ouvrant ainsi droit à une indemnité au vendeur. En cas de non-imputabilité de l'anéantissement du contrat, M. Frédéric Rouvière rappelle qu'il convient de « faire comme si le contrat n'avait pas été conclu : il ne doit permettre aucun gain pour chaque partie. Cela implique de veiller à

les fruits que si celui qui les avait reçus était de mauvaise foi, car étaient appliquées les règles de la possession de bonne foi (article 549 du Code civil)²³²⁶. Il était à l'époque considéré que « seules sont restituables, en valeur, les prestations fournies en exécution du contrat annulé, c'est-à-dire mises, par le contrat, à la charge de celui qui les a exécutées »²³²⁷. Cette solution présentait le mérite de la simplicité, puisqu'elle évitait au juge de se livrer à des calculs hasardeux, notamment concernant la valeur de jouissance ou lorsque les fruits ne pouvaient être restitués en nature.

Certains estimaient que la restitution de la valeur de jouissance n'était pas justifiée, en ce que « chacune [des parties] a profité, qui du bien, qui du prix, et conserve cet enrichissement »²³²⁸. Pourtant, le créancier du prix a été contraint de restituer celui-ci, alors que le débiteur aura profité du bien, *in fine*, gratuitement. Il semble difficile de percevoir un équilibre économique dans cette situation, puisque le créancier paraît largement désavantagé au regard du débiteur. La solution manque d'équité²³²⁹ et un auteur la comparera même à l'enrichissement sans cause²³³⁰. M. Xavier Lagarde illustre sa critique de cette jurisprudence à l'aide de l'exemple suivant : « tel qu'il fonctionne aujourd'hui, le jeu des restitutions se solde pour le vendeur par la récupération d'un bien immobilier dont la valeur a doublé outre la conservation d'actifs d'une valeur égale au prix versé par l'acquéreur. Le vendeur s'en serait tenu au contrat, il aurait doublé sa mise. En obtenant l'annulation de la vente, il la triple. Pour l'acquéreur, la situation frise au contraire le désastre puisqu'il rend un bien dont la valeur a doublé et récupère des espèces monétaires dont le montant permettra désormais l'acquisition d'un bien d'une taille deux fois moindre. Naturellement, si l'on envisage une même vente, mais conclue en 2007 et annulée en 2013, dans un contexte de baisse des marchés financiers et de l'immobilier, le scénario tourne cette fois à l'avantage de l'acquéreur. Quelle que soit la configuration, il n'y a assurément pas, en fait, de remise en état des choses et des parties ».

l'absence tant d'appauvrissement que d'enrichissement et même de réparation des dommages éventuellement subi » (F. ROUVIERE, « L'évaluation des restitutions après annulation ou résolution de la vente, » *RTD civ.* 2009, p. 617).

²³²⁶ Cass. civ. 3^e, 5 juill. 1978, n° 77-11.157 : « le possesseur de bonne foi fait siens les fruits dans le cas où il possède de bonne foi » – Cass. civ. 3^e, 28 juin 1983 – Cass. com. 14 mai 2013, n° 12-17.637 ; *Bull. Joly* 2013, p. 717, note F. DANOS ; *JCP E* 2013. 1519, obs. M. CAFFIN-MOI : « la circonstance que la restitution consécutive à l'annulation d'une cession de droits sociaux a lieu en valeur ne fait pas obstacle à la restitution au cédant des fruits produits par les parts sociales litigieuses et perçus en connaissance du vice affectant l'acte annulé par celui qui est tenu à restitution ».

²³²⁷ C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions, et responsabilité*, LGDJ, 1992, n° 833.

²³²⁸ E. AGOSTINI et P. DIENER, note ss Cass. com. 21 juin 1975, *D.* 1976, p. 585.

²³²⁹ V. en ce sens X. LAGARDE, « Retour sur les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat », *JCP* 2012. doct. 504.

²³³⁰ H. BOUCARD, « Les conséquences de l'anéantissement du contrat : restitutions et enrichissement sans cause », *RDC* 2013, p. 1660.

De ce fait, la Cour de cassation est partiellement revenue sur sa décision de 2004 en admettant la restitution de l'indemnité de jouissance dans le bail²³³¹. Dans cette hypothèse, puisque l'ancien bailleur doit restituer les loyers versés par son ancien locataire, la question se pose de savoir si celui-ci doit restituer quelque chose, au-delà de la libération du bien. Ainsi, « la seule conséquence de l'anéantissement du contrat réside (...) dans la restitution de la jouissance du bien »²³³². La contrepartie du loyer était en effet constituée par la jouissance du bien, laquelle ne peut être restituée qu'en équivalent. La jurisprudence a toutefois maintenu cette prohibition au contrat de vente, ainsi que, curieusement, en matière de location-gérance²³³³.

Mme Farah Safi le relève, la solution retenue quant à l'admission ou non de la valeur de jouissance au sein de l'assiette de la restitution variera selon la définition retenue de celle-ci : « s'il est possible, en son nom, d'exclure la prise en compte du profit tiré de la jouissance d'un bien (le contrat n'ayant jamais existé, il n'a alors jamais pu produire un profit quelconque), il est tout aussi possible de considérer, toujours en son nom, que l'effacement du passé entraîne l'effacement de tout ce qui a été produit par le contrat, ce qui nécessite de restituer le profit tiré de la jouissance du bien »²³³⁴. La seconde perspective sera finalement adoptée par la réforme de 2016, venant ainsi briser la jurisprudence antérieure, laquelle distinguait selon le type de contrat afin d'accorder la restitution de la valeur de jouissance. L'article 1352-3 n'opère en effet aucune distinction selon la cause de la jouissance, si bien que tant l'annulation du contrat de bail, que le contrat de vente se voit soumise à la restitution de la valeur de la jouissance.

415. Admission généralisée de la restitution des fruits en faveur du rééquilibrage du contrat. – Un mouvement similaire peut être observé en matière de fruits. La question est ici de savoir si l'acquéreur d'une vente annulée doit restituer les fonds tirés de la location du bien, ou si le cessionnaire de droits sociaux doit rembourser les dividendes perçus. Ces fonds auraient

²³³¹ Cass. Ch. mixte 9 nov. 2007, n° 06-19.508 ; *RDC* 2008, p. 243, obs. Y.-M. LAITHIER – Cass. civ. 3^e, 24 juin 2009, n° 08-12.251 ; *Bull. civ.* III, n° 155 ; Cass. civ. 3^e, 8 juill. 2015, n° 14-11.582.

²³³² H. BOUCARD, « Les conséquences de l'anéantissement du contrat : restitutions et enrichissement sans cause », *op. cit.*

²³³³ Cass. com. 3 déc. 2015, n° 14-22.692, *Bull. civ.* IV, 2016, n° 841. Mme Farah Safi tempère toutefois cette solution incohérente de la façon suivante : « c'est peut-être en ce sens qu'a voulu se prononcer la cour d'appel. En évoquant « une indemnité d'exploitation et d'occupation correspondant au montant de la redevance », elle fait sans doute référence à la restitution en valeur de la jouissance du fonds de commerce. Si la cassation est encourue, c'est alors en raison d'une maladresse dans la formulation de la solution : plutôt que d'évoquer la restitution en valeur de la jouissance du bien, la cour d'appel fait l'erreur d'exiger la restitution du « profit tiré de la location-gérance ». Or il est de jurisprudence constante que l'assiette des restitutions ne comprend pas les conséquences de la jouissance, c'est-à-dire le profit tiré de l'occupation ou de l'usage du bien » (F. SAFI, « Les restitutions consécutives à la nullité du contrat : rétablir ou corriger ? », *op. cit.*).

²³³⁴ F. SAFI, « Les restitutions consécutives à la nullité du contrat : rétablir ou corriger ? », *op. cit.*

été perçus par le cédant si le contrat n'avait pas été conclu. Par conséquent, une application stricte de la rétroactivité induite par la nullité conduirait à une restitution de ces sommes indûment perçues. Or, antérieurement à la réforme, la restitution des fruits n'était pas systématique.

Telle n'a pas été la perspective retenue par l'ordonnance de 2016 qui a éliminé toute référence à la bonne foi du détenteur. Désormais, l'article 1352-3 alinéas 1^{er} et 3 du Code civil impose la restitution des fruits, venant ainsi corriger le déséquilibre économique survenu durant l'exécution du contrat anéanti.

L'appréciation de la valeur économique de l'objet du contrat à la date de la restitution et l'admission généralisée de la restitution des fruits et de la valeur de jouissance témoigne du souci du législateur de réparer le déséquilibre économique né postérieurement à l'anéantissement du contrat. Ce souci illustre ainsi donc l'influence de la valeur économique sur le droit.

II. LE DESEQUILIBRE ECONOMIQUE ENGENDRE PAR LA RESTITUTION IGNORE

La restitution généralisée ordonnée à l'article 1352 du Code civil doit toutefois être relativisée, car le rééquilibrage économique du contrat par la restitution n'est pas total. Certaines règles viennent en effet limiter celui-ci, tant du point de vue du champ d'application de la restitution de l'objet du contrat (A.) que de l'étendue de l'obligation de restitution des fruits et de la valeur de jouissance (B.).

A. *L'étendue limitée de la restitution de l'objet du contrat*

Retenir la date de la réalisation d'une prestation de service dans le cadre de sa restitution conduit à restreindre l'influence de l'équilibre économique dans le droit des restitutions.

416. Exception de l'estimation de la prestation de service à la date de sa réalisation. – En toute logique, l'article 1352-8 du Code civil exclut la possibilité d'une restitution de la prestation de service en nature. Celle-ci ne peut donc être restituée qu'en valeur, puisque les anciennes « obligations de faire » ne peuvent faire l'objet d'une exécution forcée. C'est toutefois la valeur de la prestation réalisée, et non celle de l'ouvrage réalisé qu'il faudra prendre en compte²³³⁵.

²³³⁵ Cass. civ. 3^e, 25 juin 2013, n° 09-16.553 : « dans le cas où le contrat sous-traité annulé a été exécuté, l'indemnisation du sous-traitant est faite sur la base du coût réel des travaux réalisés sans que soit prise en compte

Se pose dès lors la question de la date d'évaluation économique de la prestation : à la date de la formation du contrat ou celle de l'exécution du contrat ou à celle de la restitution²³³⁶. Ce questionnement renvoie encore une fois à la définition retenue de la restitution. L'article 1352-8 fixe la date de l'estimation à celle de la réalisation, en conformité avec la jurisprudence antérieure, et adoptant une définition restreinte de la restitution. Cette solution peut sembler incohérente, la réforme ayant retenu par principe la date de la restitution pour les restitutions en valeur (article 1352-2 du Code civil) dont relèvent justement les prestations de service. En réalité, la question de la restitution de la prestation de valeur ne soulève pas les mêmes difficultés que celle d'une vente, car « contrairement à un bien, une prestation de service ne présente pas une utilité susceptible d'être réexploitée par le créancier de la restitution »²³³⁷.

La correction du déséquilibre économique engendré par la nullité du contrat n'est toutefois pas totale, en ce que la valeur des prestations de service donnant lieu à restitution ne sera estimée qu'à la date de sa réalisation, et non de la restitution. La prise de valeur de cette prestation est donc ignorée par le droit. De même, la restriction de l'étendue de restitutions des fruits et de la valeur de jouissance conduit à un constat identique.

B. L'étendue limitée de l'obligation de restitution des fruits et de la valeur de jouissance

L'article 1352-3 du Code civil est tempéré par l'article 1352-7 du même code. Le premier définit le rôle de la bonne foi du possesseur dans la détermination du point de départ de l'obligation de restitution, tandis que le second détermine l'étendue de la restitution des fruits et de la valeur de jouissance. L'existence de ces dispositions limite la mise en œuvre des restitutions et, par conséquent, la correction du déséquilibre économique.

417. Rôle de la bonne foi du possesseur limitée au point de départ de l'obligation de restitution. – Les fruits et la valeur de jouissance ne sont pas systématiquement dus à compter de la formation du paiement, l'ordonnance reprenant des solutions jurisprudentielles bien acquises. La solution aurait été trop sévère pour le possesseur de bonne foi, notamment si la nullité est sollicitée à la fin du délai de prescription. En vertu de l'article 1352-7 du Code civil,

la valeur de l'ouvrage » – Cass. com. 26 juin 2019, n° 18-13. 689 : « la société Altax pouvait prétendre à la restitution en valeur des prestations de service qu'elle avait fournies ».

²³³⁶ Sur ce point, les principes Lando prévoient une solution alternative : le versement d'une somme « raisonnable » (v. PDEC, art. 4 :115).

²³³⁷ Cass. civ. 3^e, 18 nov. 2009, n° 08-19.355, *Bull. civ.* III, n° 252 : « en conséquence de cette nullité, le sous-traitant était en droit de solliciter le paiement de la contre-valeur des travaux qu'il avait réalisés » – Cass. civ. 3^e, 13 sept. 2006, n° 05-11.533, *Bull. civ.* III, n° 175 ; *JCP* 2006. II. 10198, note J. TRAUILLÉ ; *RDI* 2007, p. 420, obs. H. PERINET-MARQUET : « sommes réellement déboursées ».

celui-ci n'est bénéficiaire des fruits indûment perçus qu'à compter du jour de la demande. En revanche, le possesseur de mauvaise foi doit l'intégralité des fruits et de la valeur de jouissance à compter du paiement.

À la différence de la restitution des fruits, la solution innove en matière de valeur de jouissance puisque celle-ci ne faisait l'objet, jusqu'ici, d'aucune restitution. Les règles applicables sont les mêmes qu'en matière de fruits : le possesseur de bonne foi ne doit la valeur de jouissance qu'à compter de la demande, alors que celui-ci de mauvaise est débiteur à compter du paiement.

Par conséquent, l'étendue de l'obligation de restitution des fruits est limitée par la fixation du point de départ de l'obligation de restitution.

418. Calcul du montant de la restitution. – Concernant, d'une part, la restitution des fruits, celle-ci doit théoriquement s'opérer en nature, en vertu de l'article 1352 du Code civil. Si les fruits ne peuvent être restitués en nature, l'article 1352-3 alinéa 3 du Code civil prévoit leur restitution en valeur, celle-ci étant estimée à la date du remboursement²³³⁸. Cette même disposition prévoit toutefois la possibilité d'une stipulation contraire, tant au regard du montant de la méthode de calcul, que de la restitution des fruits.

Concernant, d'autre part, le calcul de la valeur de la jouissance, le rapport au Président de la République indique que celui-ci « apparaît comme un équivalent économique des fruits que la chose aurait pu produire »²³³⁹. *In fine*, si le bien est un immeuble, l'ancien débiteur devra restituer le montant des loyers échus. Aucune réponse n'est apportée quant aux biens non frugifères. Rien ne s'oppose toutefois, textuellement, à ce que la valeur de la jouissance soit évaluée selon une autre méthode de calcul, l'article 1352-3 du Code civil n'étant pas d'ordre public.

²³³⁸ Le législateur est ici venu consacrer une ancienne jurisprudence en vertu de laquelle « si le possesseur doit restituer les fruits au propriétaire, qui revendique la chose, à compter du jour de la demande, le propriétaire ne saurait prétendre qu'aux fruits qu'aurait produits la chose dans l'état où le possesseur en a pris possession » (Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 1967). MM. Gaël Chantepie et Mathias Latina illustrent l'importance de cette nuance par l'exemple suivant : « le possesseur a perçu des loyers provenant d'un bâtiment qu'il avait édifié sur le terrain acquis, il serait contraire au principe selon lequel les restitutions ne doivent procurer aucun enrichissement aux parties de permettre au vendeur de les récupérer. Dans cette hypothèse, les fruits seront donc conservés par celui qui les a reçus » (G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 1069, p. 962).

²³³⁹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25.

Compte tenu des dates retenues et des méthodes de calcul employées, il semblerait que la restitution des fruits et de la valeur de jouissance ne permette pas de corriger efficacement le déséquilibre de l'économie du contrat engendré par la nullité de celui-ci. Les remèdes proposés sont toutefois intéressants et démontrent un intérêt croissant pour l'équilibre économique du contrat et, *a fortiori*, de la valeur.

CONCLUSION DE LA SECTION II

Quel que soit le fondement invoqué, l'anéantissement du contrat permet le rétablissement de l'équilibre économique grâce aux mécanismes des restitutions.

419. La délimitation de la période objet des restitutions nécessite tout d'abord de s'intéresser à l'opportunité de celles-ci, puisque, indépendamment de toute question de rétroactivité. Les restitutions ne seront systématiques qu'en cas d'annulation, puisque la résolution du contrat ne donnera lieu à restitution que pour les contrats dont l'utilité reposait sur leur complète exécution.

Dès lors, dans cette hypothèse, la date du point de départ de la période objet de restitutions devra être fixée, non pas à la date de la libération des parties de leurs engagements contractuels, mais à la date de perte d'utilité du contrat, celle-ci pouvant être antérieure à la date de l'inexécution.

420. L'anéantissement du contrat a pour effet d'entraîner le jeu des restitutions, lesquelles ont pour objet de replacer les parties dans le *statu quo ante*, mais surtout de corriger le déséquilibre économique consécutif à l'anéantissement du contrat. L'impossibilité de réaliser certaines restitutions en nature, bien que cela soit la règle de principe, conduit les parties à effectuer des restitutions en valeur. La question de l'estimation de la valeur économique intervient alors de nouveau, d'autant que, compte tenu des délais parfois longs entre la formation du contrat et son anéantissement, une variation en valeur de l'objet du contrat est susceptible de survenir.

La réforme du droit des contrats de 2016 affirme ainsi sa volonté de corriger le déséquilibre économique potentiellement occasionné par l'anéantissement du contrat. La fixation de la date de l'estimation de l'objet du contrat à la date de la restitution œuvre ainsi en ce sens. De même, l'admission généralisée de la restitution des fruits et la valeur de jouissance contribue également à la correction du déséquilibre économique postérieur à la restitution.

Certaines dispositions de 2016 se révèlent toutefois incohérentes et, au contraire, ignorent, si ce n'est accentuent, le déséquilibre économique engendré par l'annulation du contrat. Ainsi, l'évaluation de la valeur de la prestation de service à la date de sa réalisation, et non de la restitution, ainsi que les modalités particulières affectant l'estimation de la valeur des fruits et de la jouissance ne garantissent pas un rétablissement effectif de l'équilibre économique postérieur.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Le rétablissement de l'équilibre économique est susceptible d'emprunter deux voies alternatives, selon les cas : la révision ou l'anéantissement du contrat.

421. La révision du contrat conduira à une modification formelle de celui-ci. À défaut d'un avenant exprimant la volonté conjointe des parties, le juge se substituera aux parties dans un contrat contingent, ou le créancier révisera seul le contrat dans un acte constitutif de volonté. La modification du contrat revêtira une nature particulière, *sui generis*, ne constituant ni une novation ni une remise de dette.

La modification substantielle du contrat témoignera de l'indifférence du droit à la justice des prix, ce dernier se souciant seulement du rétablissement de l'équilibre économique tel qu'estimé par les parties lors de la formation du contrat. Les mécanismes de rétablissement de l'équilibre économique permettront, selon les cas, l'adaptation du prix estimé à la réalité de l'estimation réalisée ou, inversement, à l'adaptation du prix convenu à la réalité de la contrepartie fournie.

422. L'anéantissement du contrat conduira à la libération des parties de leurs engagements, mais, surtout, à la réalisation de restitutions. Celles-ci seront systématiquement dues en cas d'annulation du contrat, et pourront être dues, en cas de résolution, pour les contrats dont l'utilité reposait sur leur complète exécution. Les restitutions seront dues à compter de l'annulation du contrat ou de la date à laquelle le contrat aura perdu toute utilité économique.

Le jeu des restitutions a pour objectif de corriger l'équilibre engendré par l'anéantissement du contrat. En cas de restitution en valeur, celle-ci devra être estimée au jour

de la restitution, et non au jour de la formation du contrat, et devra être ajoutée une restitution des fruits et de la valeur de la jouissance.

Conclusion du titre II

Le rétablissement de l'équilibre économique, lors de l'application de la sanction appropriée, nécessite de déterminer le titulaire de celle-ci, ainsi que ses modalités de mise en œuvre. La titularité est unique, la primauté étant donnée aux parties sur le juge, tandis que la révision et l'anéantissement du contrat se distinguent nettement l'une de l'autre.

423. La titularité de la sanction permettant le rétablissement de l'équilibre économique du contrat est principalement dévolue aux parties, l'importance de l'office du juge contribuant, paradoxalement, au renforcer la primauté de celles-ci. La réforme est en effet marquée du sceau de la déjudiciarisation et ce sont tout d'abord les solutions consensuelles qui sont encouragées, grâce aux obligations d'entamer des négociations de bonne foi. La faveur du législateur est ensuite aux solutions à l'initiative d'une partie seule, l'unilatéralisme étant compensé par une obligation de motivation.

Le juge ne devrait, finalement, jouer qu'un rôle de contrepoids. L'importance des pouvoirs lui étant conférés contraint les parties à négocier de bonne foi et prévient les risques d'abus des prérogatives unilatérales octroyées au créancier insatisfait. Ainsi, le juge aura les pleins pouvoirs en matière de rectification, pouvant rétablir ou maintenir le contrat qui ne s'avérerait pas déséquilibré ou réviser, lui-même, le contrat. Les pouvoirs du juge seront toutefois limités, en ce que si celui-ci peut adjoindre ou substituer une sanction à une autre lorsqu'il sera directement saisi, il ne pourra, en revanche, pas modifier le fondement de la sanction unilatéralement opérée par le créancier.

424. Les modalités d'application du mécanisme correctif permettant le rétablissement des dommages-intérêts varient selon la nature de la sanction encourue. Quel que soit l'auteur de la révision, celle-ci aboutira à une modification substantielle du contrat, indépendante de toute

recherche du juste prix. Le rétablissement de l'équilibre économique permettra ainsi d'adapter le prix convenu par les parties à la véritable valeur de la contrepartie.

Le rétablissement de l'équilibre économique du contrat par l'anéantissement de celui-ci nécessite la mise en œuvre de restitutions, à compter de l'annulation du contrat ou de la perte d'utilité de celui-ci en cas de résolution. Le jeu des restitutions permettra ainsi de combattre efficacement les variations de valeur apparues au cours de l'exécution du contrat, mais également celles engendrées par sa disparition.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Le traitement des différents cas de déséquilibre économique, dans la formation ou l'exécution du contrat, présentent des différences au regard de la sanction applicable, celle-ci variant selon la date de survenue du déséquilibre économique, mais de grandes similarités, du point de vue de la titularité et de l'exécution de la sanction.

425. L'identification des cas de déséquilibre économique corrigés par le droit révèle le contraste entre les sanctions applicables, selon la date de survenue du déséquilibre.

Le déséquilibre économique dans la formation du contrat est en effet sanctionné lorsqu'il est assimilé à un défaut d'une condition de validité du contrat. La sanction encourue est alors l'annulation du contrat, la révision n'étant envisagée qu'à titre dérogatoire et subsidiaire. À l'inverse, le déséquilibre dans l'exécution du contrat sera, selon les cas, sanctionné par la résolution ou la révision du contrat.

426. Quel que soit le cas de figure, la prérogative de rétablissement de l'équilibre économique repose davantage sur les parties, que sur le juge. Les solutions consensuelles de révision, de résolution ou d'annulation ont la faveur du législateur sur l'immixtion du juge, tout comme les solutions unilatérales, de réduction du prix ou de résolution du contrat. Le juge

n'exerce finalement qu'un rôle coercitif de contrepoids, afin de contraindre la ou les parties de s'acquitter loyalement des prérogatives leur étant confiées.

La mise en œuvre de ces mécanismes conduit à une modification du contrat. Celui-ci peut faire l'objet d'une modification substantielle, le rétablissement de l'équilibre économique intervenant indépendamment de toute recherche du juste prix. La modification peut être plus radicale et conduire à l'anéantissement du contrat déséquilibré, entraînant alors le jeu des restitutions afin de compenser les disparités de valeur engendrées par la disparition de l'acte.

CONCLUSION GENERALE

427. Le prix et la valeur en droit. – L'étude du prix et de la valeur en droit nécessite l'analyse des liens unissant ces deux notions. Celles-ci se distinguent par leur nature : le prix est juridique, la valeur est économique. Le caractère extra-juridique de la valeur conduit à une prétendue indifférence du droit à l'égard de celle-ci. Cette indifférence s'exprimerait à travers une unique règle : l'impossibilité d'obtenir la nullité d'un contrat en cas de discordance entre le prix et la valeur, lorsque cette discordance résulte d'une mise en œuvre erronée du mécanisme estimatoire. Ce postulat de départ s'avère toutefois erroné : quand bien même cette règle doit demeurer à travers l'indifférence de l'erreur sur la valeur et de la lésion, l'appréhension juridique du prix et de la valeur ne saurait se limiter à de telles considérations.

L'appréhension juridique du prix et de la valeur économique revêt deux facettes : l'équilibre et le déséquilibre économique. L'estimation de la valeur économique est susceptible d'aboutir à ces deux résultats. Dans le premier cas, l'évaluation de la valeur est correcte et le

prix correspond à la valeur économique de l'objet du contrat. L'équilibre économique est alors atteint. Dans un second temps, l'évaluation peut, au contraire, s'avérer erronée si bien que le prix ne correspondra pas, ou plus, à la valeur économique. Un déséquilibre économique est alors caractérisé.

Si l'appréhension du déséquilibre économique est souvent opérée par le droit, tel n'est pas le cas de l'équilibre. Au motif qu'il s'agit de la situation idéale, le droit délaisserait ces problématiques au profit des situations plus conflictuelles découlant du déséquilibre économique. Pourtant, et contre toute attente, le droit se révèle soucieux de l'équilibre économique du contrat. De nombreuses règles ont pour objet d'assurer une traduction correcte de la valeur économique en droit, tant sur le plan intellectuel que matériel. L'étude de l'équilibre revêt un intérêt certain, notamment compte tenu des récentes modifications apportées par la réforme de 2016 concernant les règles en matière de détermination du prix ou au regard des évolutions sociétales sur la nature monétaire du prix.

L'étude du déséquilibre économique se révèle plus classique et le droit plus prolifique à ce sujet. Antérieurement à 2016, les quelques cas de correction du déséquilibre économique se révélaient peu nombreux, éclatés à travers différentes sources du droit. La réforme du droit des contrats a contribué à l'évolution des rapports entre le prix et la valeur, en instaurant différents mécanismes de droit commun, ayant pour finalité de corriger le déséquilibre économique, que celui-ci soit né au cours de la formation du contrat ou au cours de l'exécution de celui-ci.

L'appréhension de la valeur à travers le prix, par le droit, s'avère ainsi complète. Sont ainsi encadrées, d'un point de vue statique, l'évaluation de la valeur et, dans une perspective davantage dynamique, les variations de valeur.

428. L'appréhension de la valeur par le droit : la recherche de l'équilibre intellectuel entre le prix et la valeur. – L'expression de la valeur économique en droit nécessite de recourir à un support concret, le prix. Cette traduction d'une notion abstraite en une réalité juridique s'opère par le biais du mécanisme estimatoire, instrument inédit en droit et ne relevant d'aucune catégorie juridique connue, telle que la fiction ou la présomption. Le mécanisme estimatoire aboutit ainsi à un constat de valeur, mais à un constat nécessairement imparfait puisque le prix ne constitue, d'une part, qu'une estimation subjective de la valeur par les parties et que, d'autre part, le droit se révèle incapable d'appréhender les valeurs économiques négatives. Les prix négatifs, rencontrés en matière de prêt à intérêt et de cession de droits sociaux se révèlent inappropriés au cadre juridique établi concernant l'estimation de la valeur économique positive.

Une étude approfondie des liens entre le prix et la valeur relève, par ailleurs, l'étendue de l'appréhension réalisée par le droit. La science juridique ne se contente pas d'exprimer la valeur économique : sont également appréhendées les notions économiques de valeur d'usage et de valeur d'échange. Si la première fait l'objet de références éclatées, reposant sur un régime protecteur et déconnectée de la notion de prix, la valeur d'échange est, en revanche, entièrement régie par les règles relatives au prix. L'analyse de l'appréhension de la valeur d'échange révèle deux subtilités. Dans un premier temps, il apparaît que tous les biens disposent d'une valeur économique susceptible d'être exprimée sous la forme d'un prix. Rien n'est réellement inestimable. L'absence de prix juridique de certains biens dits « hors du commerce » résulte ainsi d'une décision politique et ne constitue pas une impossibilité d'estimer la valeur économique. Dans un second temps, certaines sommes d'argent expriment bien une valeur économique sans pour autant constituer un prix : l'analyse de celles-ci permet d'affiner la définition juridique du prix, celui-ci étant désormais entendu comme l'expression de la valeur économique d'un bien, traduisant le désir ressenti à l'égard de l'intégralité de celui-ci.

429. L'appréhension de la valeur par le droit : la recherche de l'équilibre matériel entre le prix et la valeur. – L'estimation de la valeur réalisée par les parties aboutit à un accord, dont la matérialisation par le prix fait aujourd'hui débat. La nature monétaire du prix doit, en effet, être reconsidérée compte tenu du renouveau du troc, mais également de l'émergence de nouvelles unités de compte telles que les cryptoactifs ou les points de fidélité. La nature monétaire du prix est également remise en question par le recours accru à une fausse gratuité, comme notamment la cession de données personnelles.

Afin de résoudre cette difficulté, une distinction entre les différentes natures de contrat doit être opérée : les contrats *do ut des* ou *do ut praestare* ne nécessitent plus d'être soumis à l'exigence d'un prix monétaire. Une exception doit toutefois être faite dans le cadre des échanges, et non « paiements », réalisés à l'aide de cryptoactifs. Aucun obstacle juridique ne s'élève à l'encontre de leur admission au rang de véritables instruments de paiement, mais d'importantes motivations politiques s'y opposent. L'ensemble des contrats comportant ce qui était antérieurement qualifié d'« obligation de faire » doivent également demeurer soumis à l'exigence d'un prix monétaire, compte tenu de l'impossibilité d'estimer, à l'avance, la valeur économique de la prestation qui sera réalisée.

430. L'appréhension de la valeur par le droit : la recherche bilatérale ou unilatérale de l'équilibre entre le prix et la valeur. – Si le prix exprime bien la valeur, tant intellectuellement que matériellement, cette expression n'en demeure pas moins conventionnelle. La mise en

œuvre du mécanisme estimatoire est réalisée par les deux parties lors d'une fixation bilatérale du prix ou par une partie seule en cas de fixation unilatérale de celui-ci.

Aucune règle de droit commun des contrats ne subordonne la validité de la convention à un accord des parties sur le prix. Cette exigence relève entièrement du droit des contrats spéciaux. Il n'y a, en effet, pas lieu de formuler une telle règle en droit commun : tant la généralisation de la détermination, que de l'indétermination générale du prix s'avèrent trop rigide, par opposition à la richesse et à la souplesse des règles afférentes à chaque catégorie de contrat. L'établissement d'une règle générale en matière de détermination du prix s'avère ainsi inefficace. La logique ne relève donc pas du principe et de l'exception, mais plutôt de l'impérativité et de la supplétivité. Les deux nouvelles règles instituées aux articles 1164 et 1165 du Code civil, bien que soulevant quelques difficultés d'interprétation, ne constituent finalement que des règles spéciales. Celles-ci consacrent deux cas particuliers de fixation unilatérale du prix *a posteriori* : au sein des contrats cadres et au sein des contrats d'entreprise, une définition restreinte de ceux-ci limitée aux contrats d'entreprise et de mandat devant être retenue. Il convient d'appliquer les règles issues du droit des contrats spéciaux à titre impératif. À défaut de prévision des parties, la supplétivité permettra la validité du contrat dépourvu du prix, évitant à l'avenir les blocages tels que ceux rencontrés jusqu'en 1995.

431. L'appréhension de la valeur par le droit : la recherche d'un équilibre conventionnel entre le prix et la valeur. – Le droit s'inscrit dans une démarche d'encadrement de l'estimation de la valeur, que celle-ci soit unilatérale ou bilatérale, dans le but d'éviter la survenue de cas de déséquilibre économique. De nombreuses règles inhérentes à la formation du contrat poursuivent cet objectif commun, témoignant du souci du droit de rechercher un équilibre économique contractuel. Dès lors, le maintien des règles de la prohibition de la lésion et de l'indifférence se justifie : la mise en œuvre du mécanisme est suffisamment encadrée pour que la majorité des cas de déséquilibre économique dans la formation du contrat ne soit pas sanctionné par le droit.

Le droit veille tout autant sur l'équilibre économique du contrat lorsque la mise en œuvre du mécanisme estimatoire est unilatérale. Plus précisément, l'abus dans la fixation unilatérale du prix sera sanctionné, c'est-à-dire que le débiteur investi du pouvoir de fixer seul le prix ne pourra en profiter pour imposer un prix intenable à son débiteur placé dans une situation de dépendance. Par ce contrôle de l'exercice des pouvoirs du débiteur, le législateur le contraint indirectement à pratiquer un prix correspondant à celui du marché, conduisant à un certain équilibre économique du contrat. Il convient toutefois de préciser que la recherche de l'équilibre

conventionnel par le biais de la sanction de l'abus est d'une efficacité limitée pour deux raisons. Le mécanisme n'est, tout d'abord, que peu adapté au cas de la fixation unilatérale du prix d'un contrat de prestation de services, dans lesquels l'identification de l'abus s'avère délicate. Par ailleurs, le choix des dommages-intérêts comme sanction principale de l'abus demeure contestable, la résolution présentant davantage d'intérêts et le contrôle judiciaire des honoraires constituant une sanction plus adaptée dans le cas des contrats donnant lieu à des honoraires.

432. L'appréhension des variations de valeur par le droit : le choix du traitement du déséquilibre économique. – Le droit ne se contente pas de rechercher l'équilibre économique du contrat mais appréhende également le déséquilibre entre le prix et la valeur en encadrant le traitement du déséquilibre économique. Si cette appréhension se révèle large, une distinction doit toutefois être opérée entre le déséquilibre survenu dans la formation du contrat, et celui survenu au cours de l'exécution de celui-ci. Le choix de la sanction applicable diffère, en effet, selon la date de survenue du déséquilibre économique. L'annulation du contrat constitue, en effet, une sanction unique adaptée aux rares cas de déséquilibre économique dans la formation du contrat pris en compte par le droit des contrats. La révision du contrat ne constitue qu'une sanction subsidiaire, réservée à des hypothèses particulières telles que la garantie des vices cachés et la lésion immobilière.

Lorsque le déséquilibre économique est survenu en cours d'exécution du contrat, peu importe que celui-ci découle d'une hypothèse de force majeure, d'imprévision ou d'inexécution : le choix de la sanction, entre la résolution et la révision, sera fonction de la perte d'intérêt du contrat et non de la nature de la cause du déséquilibre. Le contrat auquel le déséquilibre économique ferait, selon les parties, perdre toute utilité à la poursuite de l'exécution contractuelle se verra sanctionner par sa résolution. À l'inverse, le contrat jugé, par les parties, comme faisant encore preuve d'une certaine utilité pourra être maintenu, moyennant une révision du prix.

433. L'appréhension des variations de valeur par le droit : le traitement du déséquilibre économique par les parties. – L'ensemble des dispositions afférentes au rétablissement de l'équilibre économique, dont la majorité a été introduite par la réforme de 2016, se révèle contradictoire du point de vue de l'identité de celui qui rétablira l'équilibre économique du contrat. Il semblerait que tant le juge, que les parties soient sollicités et accrédités à cette fin. En réalité, et comme annoncé, il appartiendra aux parties de procéder au rétablissement de l'équilibre économique du contrat. La collaboration des parties est ainsi expressément encouragée par le législateur, qu'il s'agisse de renégocier le contrat ou de

l'annuler ou le résoudre, indépendamment de toute action en justice. La faveur du législateur pour les solutions extra-judiciaires s'illustre également à travers le choix opéré de privilégier le rétablissement unilatéral de l'équilibre économique, plutôt que d'envisager une immixtion judiciaire. Le rôle joué par l'obligation de motivation doit toutefois faire l'objet d'une revalorisation, celle-ci jouant le premier contrepoids face aux éventuels excès de l'unilatéralisme.

Le juge ne joue, finalement, qu'un rôle purement coercitif, incarnant le principal contrepoids mis en place par le législateur. Celui-ci contribue, *de facto*, à contraindre les parties à négocier de bonne foi, mais également à inciter la partie agissant seule à faire preuve de loyauté. Afin d'assurer l'efficacité de ce contrepoids, il convient d'accorder à celui-ci d'importants pouvoirs lui permettant de rétablir ou de maintenir le contrat équilibré ou, au contraire, de modifier la révision opérée par une ou les parties si celle-ci s'avère incorrecte. Si large que puisse paraître l'office du juge, son pouvoir d'initiative doit toutefois être limité à la possibilité de substituer une sanction à une autre, dans le cadre d'une demande subsidiaire ou reconventionnelle.

434. L'appréhension des variations de valeur par le droit : le rétablissement de l'équilibre économique. – Le rétablissement de l'équilibre économique intervient par la révision du contrat ou l'anéantissement de celui-ci. Dans le cas de la révision, le contrat sera modifié et empruntera la forme d'un contrat contingent, lorsque la révision sera judiciaire, ou d'un acte constitutif de volonté, lorsqu'elle sera extra-judiciaire. La révision du contrat conduira à une résolution partielle de celui-ci, venant assimiler la réduction du prix à une restitution, distincte d'une réparation par le biais de l'allocation de dommages-intérêts. La modification substantielle du contrat se caractérise par une indifférence à la justice des prix, la révision ayant pour objectif de corriger le déséquilibre économique résultant d'une différence entre la valeur convenue lors de la formation du contrat et la valeur véritable de l'objet du contrat à cette date, ou d'une différence entre la valeur convenue et la valeur obtenue au jour de l'action en justice.

Le rétablissement de l'équilibre économique intervient également par l'anéantissement du contrat. Les restitutions en valeur s'avèrent inévitables en pratique et soulèvent de nouveau la question de la date de l'estimation de la valeur économique, laquelle devra être fixée à la date de la perte d'utilité du contrat, celle-ci pouvant être antérieure à la date de l'inexécution. Les restitutions ont pour rôle de rétablir l'équilibre économique résultant du statu quo ante, mais également, depuis la réforme, de réparer le déséquilibre engendré par l'anéantissement du contrat en lui-même.

435. Conclusion et ouverture. – Le prix ne saurait être appréhendé en droit sans tenir compte de ces liens étroits entretenus avec la valeur et l'équilibre économique du contrat. Tant la notion de prix, expression intellectuelle, matérielle et conventionnelle de la valeur que son régime, sont marqués par l'importance et l'étroitesse de ces liens. Recourir au prix en tant que concept statique, indépendamment de toute considération économique relève de la fausse route.

L'ensemble de ces constats présentent toutefois plusieurs zones d'ombres. Une intervention législative s'avère, dans un premier temps, nécessaire afin de clarifier l'appréhension juridique des valeurs négatives, mais également des cryptoactifs. La jurisprudence, dans un deuxième temps, sera chargée d'apporter une réponse à l'interprétation de la réforme et la coordination de l'ensemble de dispositions présentées, introduites par la réforme. Ce travail interprétatif se révélera conséquent, compte tenu de l'imminence de la réforme du droit des contrats spéciaux à venir, notamment eu égard à la problématique de l'indétermination du prix dans les contrats de prestation de services. Dans un troisième temps, il ne saurait être fait l'économie d'une réflexion doctrinale quant aux restitutions, et particulièrement dans le cas où l'allocation de dommages-intérêts constitue une solution plus intéressante que l'annulation ou la résolution du contrat, suivie d'une restitution en nature.

Bibliographie

TRAITES, OUVRAGES GENERAUX, MANUELS ET COURS

ANDREU (L.) et THOMASSIN (N.), *Cours de droit des obligations*, 3^e éd., Gualino, 2018.

AUBRY (C.) et RAU (C.-F.), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, V, Marchal et Billard, 1907.

AUZERO (G.), BAUGARD (D.) et DOCKES (E.), *Droit du travail*, 32^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2018.

BARTHEZ (A.-S.) et HOUTCIEFF (D.), *Les sûretés personnelles*, Traité de droit civil, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, 2010.

BENABENT (A.), *Droit des obligations*, 16^e éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2017.

BENABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 12^e éd., LGDJ, coll. Précis Domat, 2017.

BIHR (Ph.) et GROSS (B.), *Contrats. Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, I, PUF, coll. Thémis droit privé, 2002.

BRUN (Ph.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, coll. Manuel, 2016.

BUFFELAN-LANORE (Y.) et LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil : les obligations*, Sirey, 2018.

CABRILLAC (R.), *Introduction au droit*, Dalloz, 7^e éd., 2009.

CABRILLAC (R.), *Droit des obligations*, 13^e éd., Dalloz, 2018.

CALAIS-AULOY (J.) et TEMPLE (H.), *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. Précis, 2015.

CARBONNIER (J.), *Droit civil. Les biens. Les obligations*, II, PUF, coll. Quadrige, 2004.

CARBONNIER (J.), *Les biens : monnaie, immeubles, meubles*, PUF, coll. Thémis droit, 2000.

CHAGNY (M.), *Le Lamy droit économique*, Wolters Kluwer, 2019.

COLLART DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, 11^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2019.

DELEBECQUE (Ph.), *Le contrat d'entreprise*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1993.

DEMANGEAT (C.), *Manuel élémentaire de droit romain*, 2, 3^e éd., A. Marescq aîné, 1876.

DEMOGUE (R.), *Les notions fondamentales de droit privé. Essai critique*, Arthur Rousseau, 1911.

DEMOLOMBE (C.), *Cours de code Napoléon, Traité du mariage et de la séparation de corps*, I, 1^{ère} éd., 1846.

DROSS (W.), *Droit des biens*, Dalloz, coll. Précis, 2017.

ESMEIN (A.), *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, Larose et Forcel, 1883.

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral*, 1, 4^e éd., PUF, coll. Thémis droit, 2016.

FAGES (B.), *Droit des obligations*, 8^e éd., LGDJ, 2018.

FAVENNEC-HERY (F.) et VERKINDT (P.Y.), *Droit du travail*, LGDJ, 2018.

FERRIER (D. et N.), *Droit de la distribution*, 7^e éd., 2014, Litec.

GAUDEMET (J.), *Droit privé romain*, 3^e éd., Lextenso, 2009.

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 1 : Le contrat - le consentement*, I, 4^e éd., LGDJ, Lextenso, 2014.

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, II, 4^e éd., LGDJ, Lextenso, 2013.

GHESTIN (J.), *Traité de droit civil. La formation du contrat. Tome 2 : L'objet et la cause – Les nullités*, II, 4^e éd., LGDJ, 2013.

GHESTIN (J.) et DESCHE (B.), *La vente*, LGDJ, coll. Traité des contrats, 1990.

GOFFAUT-CALLEBAUX (G.), « Apport », in *Répertoire Dalloz Sociétés*, juin 2011, p. 53.

GRIMALDI (C.) *Droit des biens*, 2^e éd., LGDJ, 2016.

HOUTCIEFF (D.), *Droit des contrats*, 3^e éd., Paradigme, Bruylant, 2017.

HUET (J.), MOREL-MAROGER (J.) et GHESTIN (J.), *Les principaux contrats spéciaux*, Traité de droit civil, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, 2012.

KENFACK (H.) et RINGLER (S.), *Droit des contrats spéciaux*, Lextenso, coll. Cours, 2017.

LABARTHE (F.) et NOBLOT (C.), *Le contrat d'entreprise*, LGDJ, 2008.

LAROMBIERE (L.), *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des Titres III et IV, Livre III du Code civil*, t. I, 1885.

LARROUMET (CH.), *Les biens droits réels principaux*, t. 2, Economica, coll. Droit civil, 2006.

LARROUMET (CH.) et BROS (S.), *Les obligations. Le contrat*, III, 5^e éd., Economica, coll. Droit civil, 2018.

LAMBERT-FAIVRE (Y.) et LEVENEUR (L.), *Droit des assurances*, Dalloz, coll. Précis, 2017.

LE TOURNEAU (Ph.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz actions, 2021-2022.

LECLERC (F.), *Droit des contrats spéciaux*, 2^e éd., LGDJ, coll. Manuel, 2012.

LEVY (J.-Ph.) et CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. Précis, 2010.

MAINGUY (D.), *Contrats spéciaux*, 11^e éd., Dalloz, 2018.

MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), *Les biens*, 6^e éd., LGDJ, Coll. Droit civil, 2015.

MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et GAUTIER (P.-Y.), *Droit des contrats spéciaux*, Lextenso, 2018.

MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit des obligations*, 10^e éd., LGDJ, 2018.

MALAURIE-VIGNAL (M.), *Droit de la concurrence interne et européen*, 8^e éd., Dalloz, 2019.

MALINVAUD (Ph.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.), *Droit des obligations*, 14^e éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2017.

MAZEAUD (D.) et CHABAS (D.), *Leçons de droit civil. Obligations*, t. 2, 9^e éd., 1998, Montchrestien.

MONIER (R.), *Manuel de droit romain*, Domat Montchrestien, 1954.

NICOLAS (V.), *Droit des contrats d'assurance*, Economica, coll. Corpus droit privé, 2012.

OURLIAC (P.) et DE MALAFOSSE (J.), *Histoire du droit privé. Les obligations*, 1, 3^e éd., PUF, 1969.

DE PAGE (H.), *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 3^e éd., 1972.

PESKINE (E.) et WOLMARK (C.), *Droit du travail 2020*, Dalloz, coll. Hypercours, 2019.

PIEDELIEVRE (S.), *Les régimes matrimoniaux*, Bruylant, Paradigme, 2018.

PORCHY-SIMON (S.), *Droit civil 2e année : les obligations 2019*, 11^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2018.

POTHIER (R.-J.), *Traité des obligations*, 1, Siffrein Chanson, 1821.

POTHIER (R.-J.), *Œuvres de Pothier. Traité du contrat de constitution de rente, de change, de louage, de société, de cheptels*, 3, Béchét aîné, 1825.

PUIG (P.), *Contrats spéciaux*, 7^e éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2017.

RAYNARD (J.) et SEUBE (J.-B.), *Droit des contrats spéciaux*, 9^e éd., LexisNexis, coll. Manuel, 2017.

RAYNAUD (P.), *Les successions et les libéralités*, Sirey, 1983.

SIMLER (Ph.), *Les biens*, PU Grenoble, 3^e éd., 2006.

SIMLER (Ph.), *Cautionnement et garanties autonomes*, 5^e éd., LexisNexis, 2015.

M. STORCK (M.), KOVAR (J.-Ph.), ERESEO (N.), MIGNOT (M.) et LASSERRE CAPDEVILLE (J.), *Droit bancaire*, 2^e éd., Dalloz, 2019.

TERRE (F.), GOLDIE-GENICON (C.) et LASZLO-FENOUILLET (D.), *Droit civil : la famille*, 2018.

TERRE (F.) et SIMLER (Ph.), *Les Biens*, 10^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2018.

TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et WEILL (A.), *Droit civil : les biens*, 6^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2002.

TERRE (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.) et CHENEDE (F.), *Droit civil : les obligations*, 12^e éd., Dalloz, coll. Précis, 2019.

ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th.), *Les biens*, 3^e éd., PUF, coll. Droit fondamental Classiques, 2008.

OUVRAGES SPECIAUX, OUVRAGES COLLECTIFS ET MONOGRAPHIES

ANCEL (F.), FAUVARQUE-COSSON (B.) et GEST (J.), *Aux sources de la réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2017.

ARNAUD (C.), *Axiologie 4.0 : proposition pour une nouvelle axiologie*, C. Arnaud, 2012.

BERGEL (J.-L.), *Méthodologie juridique : fondamentale et appliquée*, PUF, coll. Thémis droit privé, 2018.

BLAIS (M.), *L'échelle des valeurs humaines*, Fides, coll. Les classiques des sciences sociales, 1980.

BOLTANSKI (L.) et THEVENOT (L.), *Les économies de la grandeur*, PUF, coll. Cahiers du Centre d'Etudes de l'Emploi, n° 31, 1987.

BONCEUR (J.) et THOUEMENT (H.), *Histoire des idées économiques. Tome 1 : De Platon à Marx*, Armand Colin, coll. Cursus, 2017.

BONNOT DE CONDILLAC (E.), *Le commerce et le gouvernement considérés relativement l'un à l'autre*, Edizione Bizzarri, coll. Ristampe Anastatiche di opere antiche e rare, 1968 [1776].

BOULAT (P.-A.) et CHABERT (P.-Y.), *Les Swaps*, Masson, 1991.

BOURDIEU (P.), *Le sens pratique*, Éditions de Minuit, coll. Le sens commun, 2008.

CAPITANT (H.), TERRE (F.) et LEQUETTE (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, 13^e éd. Dalloz, 2015.

CHATELAIN (J. et FR.), *Œuvres d'art et objets de collection en droit français*, Berger-Levrault, 1990.

CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018.

CHENEDE (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – innovations – perspectives*, Dalloz, 2016.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, 12^e éd., PUF, coll. Quadriga, 2017.

CORNU (M.), *Le droit culturel des biens. L'intérêt culturel juridiquement protégé*, Bruylant, Bruxelles, 1996.

CROISSET (M.), *La République de Platon. Etude et analyse*, Les chefs d'œuvres de la littérature expliqués, Mellottée, 1946.

DABIN (J.), *La technique de l'élaboration du droit positif*, Sirey, 1935.

DAGET (S.), *La traite des noirs : Bastilles négrières et velléités abolitionnistes*, Editions Ouest-France, coll. De mémoire d'homme. Histoire, 1990.

DANIEL (J.-M.), *Histoire vivante de la pensée économique : des crises et des hommes*, Pearson, 2010.

DENIS (H.), *Histoire de la pensée économique*, PUF, 2008.

DESHAYES (O.), GENICON (TH.) et LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : commentaire article par article*, LexisNexis, 2018.

DISSAUX (N.) et JAMIN (CH.), *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : rendu public le 25 février 2015 : commentaire article par article*, Dalloz, 2015.

DOUVILLE (T.), ALLEAUME (CH.), CHONE-GRIMALDI (A.-S.), EPSTEIN (A.-S.), LE BARS (T.) et MAUGER-VIELPEAU (L.), *La réforme du droit des contrats : commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., Gualino, 2018.

FOURQUET (F.), *Richesse et puissance : une généalogie de la valeur (XVI. - XVIII. siècle)*, Éd. de la Découverte, coll. Armillaire, 1989.

GAILLARD (Y.), *Le marché de l'art français aux enchères*, Economica, 2000.

GAIRAL (E.), *Les œuvres d'art et le droit*, Paul Legendre, 1900.

GAUDU (F.) et VATINET (R.), *Les contrats du travail. Contrats individuels, conventions collectives et actes unilatéraux*, LGDJ, coll. Traité des contrats, 2001.

GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.

GHESTIN (J.) et BILLIAU (M.), *Le prix dans les contrats de longue durée*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 1990.

GRZEGORCZYK (CH.), *La théorie générale des valeurs et le droit : Essai sur les prémisses axiologiques de la pensée juridique*, LGDJ, 2016.

GRZEGORCZYK (CH.), *La théorie générale des valeurs et le droit*, LGDJ, 2016.

GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2018.

GUITTON (H.) et BRAMOULLE (G.), *La monnaie*, 6^e éd., Dalloz, 1987.

HEINICH (N.), *Des valeurs : une approche sociologique*, Gallimard, coll. Bibliothèque des sciences humaines, 2017.

HERITIER (A.), *Genèse de la notion juridique de patrimoine culturel. 1750-1816*, L'Harmattan, coll. Droit du patrimoine culturel et naturel, 2003.

IBANES (J.), *La doctrine de l'Eglise et les réalités économiques au XIII^e siècle. L'intérêt, les prix et la monnaie*, PUF, 1967.

LAVELLE (L.), *Traité des valeurs. Théorie générale de la valeur*, 2^e éd., PUF, 1991.

LINDON (D.), *Les droits de la personnalité*, Dalloz, 1974.

JEVONS (W.), *La monnaie et le mécanisme de l'échange*, Félix Alcan, 1891.

JEVONS (W.), *La Théorie de l'économie politique*, V. Giard & E. Brière, 1909.

JOURDAIN (L.), LECLERC (M.) et MILLERAND (A.), *Économie collaborative & droit : les clés pour comprendre*, 2016.

KAHN (Ph.) et ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT ECONOMIQUE, *Droit et monnaie : états et espace monétaire transnational*, Travaux du Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux, n° 14, Litec, 1988.

KRIEF-SEMITKO (C.), *La valeur en droit civil français*, L'Harmattan, 2009.

LAPIDUS (A.), *Le détour de valeur*, Economica, 1986.

DE LASTIC, (A.) *Que valent les valeurs ?*, Ad valorem, Paris, Harmattan, 2014.

LECAILLON (J.-D.) et LE PAG (J.-M.), *Économie politique contemporaine*, 2018.

MACKAAY (E.) et ROUSSEAU (S.), *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2008.

MARX (K.), *Le capital*, t. III, Editions sociales, 1960.

MATTEI (J.-F.) *L'homme indigné*, Les Editions du Cerf 2012.

MAUSS (M.), *Essai sur le don : forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, PUF, coll. Quadrige, 2012.

MERCADAL (B.), *Réforme du droit des contrats*, Francis Lefebvre, 2016.

MOULIN (R.), *De la valeur de l'art : recueil d'articles*, Flammarion, Série Art, histoire, société, 1995.

MOUREAU (N.), *Analyse économique de la valeur des biens d'art. La peinture contemporaine*, Economica, coll. Approfondissement de la Connaissance Economique, 2000.

MOURY (J.) et FRANÇOIS (B.), *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, Dalloz, Dalloz référence, 2021.

PIKETTY (TH.), *Le capital au XXIe siècle*, Éd. du Seuil, coll. Les livres du nouveau monde, 2013.

DU PONTAVICE (E.), *Les épaves maritimes, aériennes et spatiales en droit français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit maritime, fluvial, aérien et spatial, 1961.

PORTALIS, (J.-É.-M.), *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil*, Firmin Didot Frères, 1838.

POTHIER (R.-J.) et BUGNET (J.-J.), *Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle. Traités du contrat de vente et des retraits.*, 3, Videcoq, père et fils, Cosse et N. Delamotte, 1847.

PERROUX (F.), *La valeur*, PUF, coll. Theoria, 1943.

RIBOT (T.), *La logique des sentiments*, Felix Alcan, 1905.

RICARDO (D.), *Des principes de l'économie politique et de l'impôt*, Calmann-Lévy, coll. Perspectives de l'économique. Les Fondateurs de l'économie, 1970.

REISS-SCHIMMEL (I.), *La psychanalyse de l'argent*, O. Jacob, 1993

ROUGET (B.), SAGOT-DUVAUROUX (D.) et PFLIEGER (S.), *Le marché de l'art contemporain en France : prix et stratégies*, Documentation Française, Collection du Département des Etudes et de la Prospective du Ministère de la Culture et de la Communication, 1992.

SALAMA (P.), *Sur la valeur*, F. Maspero, coll. Petite collection Maspéro, 1975.

SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 2^e série, Dalloz, 1950.

SAY (J.-B.), *Cours complet d'économie pratique*, 3^e éd., H. Dumont, 1837.

SCHUMPETER (J.A.), CASANOVA (J.-C.) et BARRE (R.), *Histoire de l'analyse économique*, Gallimard, 2004.

SIMMEL (G.), *Philosophie de l'argent*, 3^e éd., PUF, coll. Quadrige, 1987.

SMITH (A.), *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, 1, Economica, 2000.

STIGLITZ (J.E.), LAFAY (J.-D.) et WALSH (C.E.), *Principes d'économie moderne*, 4^e éd., De Boeck supérieur, 2016.

STUART MILL (J.), *Principes d'économie politique avec quelques unes de leurs applications à l'économie sociale*, t. I, Dalloz, 1953.

TALLON (D.), *La détermination du prix dans les contrats : étude de droit comparé*, Pedone, coll. Harmonisation du droit des affaires Nouvelle série, 1989.

TESTART (A.), *Aux origines de la monnaie*, Errance, 2001.

TERRE (F.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008.

THOMPSON (M.), *Rubbish Theory. The creation and destruction of Value*, Oxford University Press, 1979.

TURGOT (A.-R.-J.), *Ecrits économiques*, Calmann-Lévy, coll. Perspectives de l'économie. Les Fondateurs de l'économie, 1970.

RAPPORTS

BOFIP-Impôts, « ENR - Mutations à titre gratuit de meubles ou d'immeubles - Donations - Conditions d'exigibilité du droit de donation – Principe », du 2 février 2019, n° 80.

La négociabilité des tarifs et des conditions générales de vente, rapport pour le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Emploi, M.-D. HAGELSTEEN, 2008.

Position de l'ACPR relative aux opérations sur Bitcoins en France, Position 2014-P-01, 29 janv. 2014.

Rapport d'activité de 2011 de Tracfin sur le traitement du renseignement et l'action contre les circuits financiers clandestins, Tracfin, 2011.

Rapport d'activité de 2012 du Conseil des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, Conseil des ventes volontaires, 2012.

Rapport du Sénat, n° 767, sur les enjeux liés au développement du Bitcoin et des autres monnaies virtuelles, dirigé par P. MARINI et F. MARC, 2013.

Rapport d'activité de Tracfin sur l'encadrement des monnaies virtuelles, Tracfin, Groupe de travail « monnaies virtuelles », juin 2014.

Proposition de loi tendant à sanctionner la vente d'objets liés au nazisme ou à d'autres auteurs de crimes contre l'humanité, déposée au Sénat le 5 novembre 2014 par M. J. Legendre.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25.

Rapport de l'Assemblée nationale, n° 1092 et du Sénat, n° 584, sur les enjeux technologiques des blockchains (chaînes de blocs), V. FAURE-MUNTIAN, C. DE GANAY et R. LE GLEUT, 2018.

Rapport de France Stratégie sur les enjeux des blockchains, présidé J. TOLEDANO, juin 2018.

Réponse à la question écrite n° 05247 du Ministère de l'équipement, des transports, du logement, du tourisme et de la mer, JO du Sénat, 13 mars 2003.

THESES

ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, Recherches juridiques, n° 2, Paris, Économica, 2002.

AUDIER (J.), *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 263, 1996.

ANTONMATTEI (P.-H.), *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 220, 1992.

BARDET-BLANVILLAIN (A.), *L'échange*, thèse Paris II, 2002.

BAKOUCHE (D.), *L'excès en droit civil*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 432, 2005.

BENABENT (A.), *La chance et le droit*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 128, 1973.

BICHERON (F.), *La dation en paiement*, Ed. Panthéon-Assas, 2006.

BOULAY (J.-CH.), *La conformité des biens dans la vente de meubles corporels. Etude comparative*, th. Paris II, 1979

BRADBURN (S.), *Les systèmes d'échanges locaux. Contribution à l'étude juridique de l'économie collaborative*, Dalloz, coll. Nouvelle bibl. de thèses, 2017.

BUFFELAN-LANORE (Y.), *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*, LGDJ, 1963.

CATALA (P.), *Les règlements successoraux depuis les réformes de 1938 et l'instabilité économique*, thèse Montpellier, 1954.

CHAABAN (R.), *La caducité des actes juridiques*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 445, 2006.

CHARDEAUX (M.-A.), *Les choses communes*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 464, 2006.

DELEBECQUE (Ph.), *Les clauses allégeant les obligations*, thèse Aix, 1981.

EL BASSOUNI (O. F.), *La lésion en droit comparé*, thèse Strasbourg, 1943.

FARJAT (G.), *L'ordre public économique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 34, 1963.

FRICERO-GOUJON (N.), *La caducité en droit judiciaire privé*, thèse Nice, 1979.

GAUDEFROY (P.), *L'erreur obstacle*, thèse Paris, 1924.

GARRON (F.), *La caducité du contrat – étude de droit privé*, PUAM, 2000.

GENICON (Th.), *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2007.

GHESTIN (J.), *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, LGDJ, 1962.

GOUBEAUX (G.), *La règle de l'accessoire en droit privé : étude sur la maxime « Accessorium sequitur principale »*, LGDJ, 1969.

GROSSER (P.), *Les remèdes à l'inexécution : essai de clarification*, Paris I, 2000.

GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 218, 1992.

GUINCHARD (S.), *L'affectation des biens en droit privé français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 145, 1976.

GREVAIN-LEMERCIER (K.), *Le devoir de loyauté en droit des sociétés*, thèse Rennes 1, 2011.

GRYNBAUM (L.), *Le contrat contingent*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 389, 2004.

JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, thèse Dijon, 1909.

JOUARY (Ph.), *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*, thèse Paris II, 2002.

DE LA ASUNCION PLANES (K.), *La réfaction du contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 476, 2006.

LAUDE (A.), *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, thèse Aix, 1992.

LE GUEUT (Th.), *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 572, 2016.

LEMERCIER, (M.), *De l'échange en droit romain et en droit français*, A. Chaix et Cie, 1879.

LEQUETTE (S.), *Le contrat coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, Economica, 2012, coll. Recherches juridiques.

LEQUETTE-DE KERVENOAËL (S.), *L'authenticité des œuvres d'art*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 451, 2006.

LEROYER (A.-M.), *Les fictions juridiques*, thèse Paris II, 1995.

LIBCHABER (R.), *Recherches sur la monnaie en droit privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 225, 1992.

LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits. Contribution à l'étude des sanctions civiles*, Ed. Panthéon-Assas, coll. Thèses, 2008.

MALAURIE-VIGNAL (M.), *Les restitutions en droit civil*, Cujas, 1991.

MAURY (J.), *Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en droit civil français*, Jouve et cie, 1920.

MAYOUX (S.), *Les conventions d'abandon amiable du contrat*, LGDJ, 2012, n° 73.

MOINE (I.), *Les choses hors commerce : une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 271, 1997.

MOLFESSIS (N.), *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 287, 1997.

MORIN (A.), *Contribution à l'étude des contrats aléatoires*, LGDJ, coll. des thèses de l'École doctorale de Clermont-Ferrand, 1998.

OVERSTAKE (J.-F.), *Essai de classification des contrats spéciaux*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 91, 1963.

PAUL (F.), *Les choses qui sont dans le commerce au sens de l'article 1128 du Code civil*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 377, 2002.

PELLETIER (C.), *La caducité des actes juridiques en droit privé*, L'Harmattan, coll. « logiques juridiques », 2004.

PIERRE-FRANÇOIS (G.-L.), *La notion de dette de valeur en droit civil. Essai d'une théorie*, LDGJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 138, 1975.

PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 208, 1989.

PIGNARRE (L.-F.), *Les obligations en nature et de somme d'argent. Essai de théorisation à partir d'une distinction*, LGDJ, 2010.

PIMONT (S.), *L'économie du contrat*, PUAM, 2004.

PINNA (A.), *La mesure du préjudice contractuel*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 491, 2007.

POUGHON, (J.-M.), *Histoire doctrinale de l'échange*, LGDJ, 1987.

PUIG (P.), *La qualification du contrat d'entreprise*, éd. Panthéon-Assas, 2002.

JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, thèse Dijon, 1909.

RIPERT (G.), *La règle morale et les obligations civiles*, LGDJ, coll. Anthologies du droit, 2013.

REIGNE (Ph.), *La notion de cause efficiente du contrat en droit privé français*, thèse Paris 2, 1993.

RENOUF (M.), *Contribution à l'analyse juridique de la notion de valeur. Essai sur les biens à valeur négative*, thèse Caen, 2012.

SABATIE (E.), *La chose en droit civil*, thèse Paris II, 2004.

- SADI (D.), *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, Mare & Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2015.
- SIGOGNE (M.-P.), *La théorie juridique de la petite monnaie*, thèse Paris, 1942.
- STOCLET (M.), *Le prix dans les cessions de droits sociaux*, thèse Paris II, 2008.
- STOFFEL-MUNCK (Ph.), *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 337, 2000.
- DE TARDE (A.), *L'idée de juste prix*, Sarlat, 1907.
- TERRE (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2014.
- THIBIERGE (L.), *Le contrat face à l'imprévu*, Economica, 2011.
- THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 218, 1992.
- THIOYE (M.), *Recherches sur la conception du prix dans les contrats*, PUAM, 2004.
- TRICOIRE (E.), *L'extracommercialité*, thèse Toulouse 1, 2001.
- SADI (D.), *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, Mare et Martin, coll. Bibliothèque des thèses, 2015.
- WICKER (G.), *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, n° t. 253, 1997.

ÉTUDES, ARTICLES

- ALBIGES (CH.), « Le développement discret de la réfaction du contrat », in *Mélanges Cabrillac*, Litec, 1999, p. 3.
- ALBIGES (CH.), « L'inexécution du contrat », in *La réforme du droit des contrats : actes de colloque, 1ère journée Cambacérès*, Université de Montpellier, 2015, p. 181.
- ALMASEANU (S.), « Le traitement pénal du Bitcoin et des autres monnaies virtuelles », *Gaz. Pal.* 2014, n° 242, p. 11.
- AMARO (R.), « Les prix imposés en droit de la concurrence : un "péché majeur" ? », *AJCA* 2015, p. 296.
- ANCEL (P.), « Article 1142 : violence économique », *RDC* 2015, p. 747.
- ANCEL (P.), « Clause pénale », *Rep. dr. civ.*, 2019.
- ANCEL (P.), « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *JCP E, Cah. et dr. Entr.*, 1998, n° 6, p. 30.
- ANCEL (P.), « Imprévision », *Rep. dr. civ.*, 2018.
- ANCEL (P.), « La monnaie électronique, régime juridique », in *Droit et monnaie*, Litec, 1988, p. 303.

ANSAULT (J.-J.), « Erreur sur la substance ou erreur sur la valeur des droits d'associés ? », *Rev. sociétés* 2016, p. 362

AREEDA (P.) et TURNER (D.), « *Predatory pricing and related practices under section II of the Sherman Act* », *Harvard Law Review*, 1975, pp. 697-733.

AUBERT DE VINCELLES (C.), « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », *D.*, 2006, p. 2629.

AUBERT DE VINCELLES (C.), « Article 1163 : la fixation unilatérale du prix », *RDC* 2015, n° 3, p. 752.

AUCKENTHALER (F.), « Taux d'intérêt négatif : le monde à l'envers ? », *RD. banc. fin.* 2016, n° 6.

AUDIT (B.), « Rapport français », in *La protection des biens culturels*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XL, Economica, 1989, p. 203.

AUQUE (F.), « Retour du juge par la loi ? », *AJDI* 2016, p. 184.

AYNES (A.), « Accroissement unilatéral du pouvoir de la volonté individuelle », *Dr. et patr.*, 2016, n° 259, p. 49.

AYNES (A.), « Les remèdes unilatéraux (résolution unilatérale, réduction du prix) », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires* (dir. Ph. STOFFEL-MUNCK), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p. 113.

AYNES (L.) et BENABENT (A.), « Force majeure et révision pour imprévision », *RDC* 2021, n° 1, p. 157.

AYNES (L.), « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? », 1993, p. 25.

AYNES (L.), « Indétermination du prix dans les contrats de longue durée : de la nullité à la responsabilité contractuelle (un revirement radical de la Cour de cassation) », *D.*, 1996, p. 13.

AYNES (L.), « La cause, inutile et dangereuse », *Dr. et patr.*, 2014, n° 240.

AYNES (L.), KAMARA (F.) et DE FONTBRESSIN (P.), « La question de la détermination du prix », in Paris, CREDA, 11 décembre 1996.

BANQUE DE FRANCE, « L'émergence du *bitcoin* et autres crypto-actifs : enjeux, risques et perspectives », *Focus*, 2018, n° 16, [en ligne], consulté le 24/10/2019 sur <https://publications.banque-france.fr/lemergence-du-bitcoin-et-autres-crypto-actifs-enjeux-risques-et-perspectives>.

BANQUE DE FRANCE, « Le *Bitcoin* », *ABC de l'économie*, 2018, [en ligne], consulté le 16/12/19 sur <https://abc-economie.banque-france.fr/leco-en-bref/le-bitcoin>.

BAUDOIN (J.-L.), « Rapport général sur le thème : La vérité dans le droit des personnes - Aspects nouveaux », in *La vérité et le droit*, Travaux de l'Association Henri Capitant, 1987, t. 38, Economica, 1989, p. 22.

BARBIER (H.), « L'exécution et la sortie du contrat », *RDC* 2018, p. 40.

BARBIER (H.), « Le prix dérisoire et le défaut de consentement ramenés dans le giron de la nullité relative : la prise des derniers bastions de la théorie classique par la théorie moderne des nullités », *RTD civ.* 2016, p. 343.

BARBIER (H.), « Les avancées du contrôle de l'adéquation du prix à la prestation du contrat via la sanction des clauses abusives », *RTD civ.* 2017, p. 383.

BARBIER (H.), « Le secret des négociations parallèles à l'épreuve de la réforme du droit des contrats », *RTD civ.* 2019, p. 845.

BARBIER (H.), « Le vice du consentement pour cause de violence économique », *Dr. et patr.* 2014, n° 240, p. 50.

BARBIERI (J.-F.), « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », *RDC* 2006, p. 621.

BARBIERI (J.-J.), « Les souvenirs de famille, mythe ou réalité », *JCP* 1984.I.3156.

BEHAR-TOUCHAIS (M.), « L'impact d'une crise sanitaire sur les contrats en droit commercial - À l'occasion de la pandémie de Covid-19 », *JCP E*, 2020, n° 15-16, p. 1162.

BENZONI (L.), « Le contrôle du niveau des prix : aspects économiques », *AJ Contrat* 2015, p. 310.

BERGEL (J.-L.), « Le rôle des fictions dans le système juridique », *McGill Law School Journal*, 1988, n° 33-2, p. 357.

BERLIOZ (P.), « La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du règlement "Bruxelles I" », *Journal du droit international*, 2008, n° 3, p. doctr. 6.

BERNARD (A.), « L'estimation », in *Colloque du 7 mars 1997, Exigences en matière de prix*, F. FERRIER (dir), n° 4/5, *JCP E, Cah. dr. Entr.*, 1997, p. 30.

BERNHEIM (Y.), « Un instrument financier particulier : le swap différentiel », *Option finance*, 2000, n° 615, p. 42.

BIGLIONE (F.), « Domanialité publique et protection des biens culturels », *LEGICOM*, vol. 36, n° 2, 2006, pp. 65-74.

BILLIAU (M.) et GHESTIN (J.), « Contre la requalification des contrats d'assurance en contrats de capitalisation », *JCP N*, 2001, n° 28, p. 1194.

BINET (J.-R.), « De la fausse cause », *RTD civ.*, 2004, p. 655.

BIQUET (C.), « Les fictions en droit », *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, 2013, n° 1, pp. 25-51.

BLANLUET (G.), « Définir la monnaie électronique », *RD. banq. fin.* 2001, n° 2, doss. 100017.

BOFFA (R.), « Juste cause (et injuste clause) », *D.* 2015, p. 335.

BOFFA (R.), « La validité du contrat », *Gaz. Pal.* 2015, n° 120, p. 18.

BONNEAU (Th.), « Clause de révision du prix », *Dr. sociétés*, 2001, n° 5, comm. 75.

BONNEAU (Th.), « Les clauses indexant le montant du prêt sur le Franc suisse sont-elles abusives et doivent-elles faire l'objet d'une mise en garde ? », *JCP G* 2017, n° 19-20, p. 532.

BOLTANSKI (L.) et ESQUERRE (A.), « La "collection", une forme neuve du capitalisme », *Les temps modernes*, 2013, n° 679, p. 5-72.

BORGHETTI (J.-S.), « A la recherche d'une sanction méconnue de l'inexécution contractuelle : la correction de la mauvaise exécution », in *Mélanges Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 131.

BORGHETTI (J.-S.), « Fixation et révision du prix », *RDC* 2018, n° hors série, p. 25.

BORGHETTI (J.-S.), « La force obligatoire des contrats », *Dr. et patr.*, 2016, n° 258.

BOUCARD (H.), « Article 1218 : la force majeure contractuelle », *RDC* 2015, n° 3, p. 779.

BOUCARD (H.), « Les conséquences de l'anéantissement du contrat : restitutions et enrichissement sans cause », *RDC* 2013, p. 1660.

BOUCHAT (G.), « Le soubassement esthétique de l'art dans les discours esthétiques du XVIIIe siècle », in *L'art en valeurs*, R. DEKONINCK et D. LORIES (dir.), L'Harmattan, 2011, p. 105.

BOUCOBZA (X.) et SERINET (Y.-M.), « À propos de l'erreur sur la rentabilité », in *Mélanges D. R. Martin*, 2015, LGDJ-Lextenso, p. 85.

BUFFLIER (I.), « Les biens mutualisés de l'économie collaborative : de la propriété à l'accès », *JCP E, Cah. dr. Entr.* 2017, n° 3, p. doss. 18.

BROS (S.), « La force majeure », *Dr. et patr.*, 2016, n° 259.

DE LA BROSSE (J.), « Les algorithmes font varier les prix, pour optimiser les profits », *Le Monde*, février 2020.

BRUGUIERE (J.-M.), « Qu'est-ce que la monnaie ? », *JCP E*, 2001, n° 48, p. 1905.

BRUNET (A.) et GHOZI (A.), « La jurisprudence de l'Assemblée plénière sur le prix du point de vue de la théorie du contrat », *D.*, 1998, p. 1.

BRUNET (A.) et GHOZI (A.), « La fonction du prix en droit de la concurrence », in *Mélanges Christian Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 27.

BUCHER (C.-E.), « La clause de force majeure », *CCC* 2019, n° 10, form. 9.

BUCHER (C.-E.), « Le traitement des situations d'imprévision dans l'ordonnance : il manque la notice », *CCC*, 2016, n° 5, doss. 6.

BUREAU (D.) et MOLFESSIS (N.), « Les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en matière de détermination du prix dans les contrats », *LPA* 1995, n° 155, p. 11.

BUY (F.), « La Cour de cassation autorise un contrôle judiciaire du prix en application de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce », *D.* 2017, p. 481.

CABRILLAC (R.), « L'article 1196 : la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision », *RDC* 2015, n° 3, p. 771.

CASSON (Ph.), « Suicide et assurance-vie », in *L'aléa* (dir. Association Henri Capitant), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, n° XIV, 2011, p. 34.

CAUSSAIN (J.-J.), « À propos du devoir de loyauté des dirigeants de société », in *Mélanges Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 303.

CAUSSE (H.), « La monnaie, discret mais pressant sujet de droit bancaire et financier », *Lexbase Hebdo édition affaires*, 2014, n° 394.

CAYLA (O.), « Le jeu de la fiction entre “comme si” et “comme ça” », in *La fiction, Droits-Revue française de théorie juridique*, n° 21, PUF, 1995, p. 11.

DE CHARENTENAY (S.), « Blockchain et Droit : Code is deeply Law », *Gaz. Pal.* 2017, n° 39, p. 15.

CHAGNY (M.), « Le domaine d’application de la règle sur le déséquilibre significatif : le flux et le reflux », *RTD com.* 2017, p. 593.

CHAGNY (M.), « Les contrats d’affaires à l’épreuve des nouvelles règles sur l’abus de l’état de dépendance et le déséquilibre significatif », *AJCA*, 2016, p. 115.

CHANTEPIE (G.), « Contrats : effets », *Rep. dr. civ.*, 2018.

CHANTEPIE (G.), « Réduction du prix et résolution par notification », in *La réforme du droit des contrats en pratique* (dir. M. LATINA), Dalloz, 2017, p. 83.

CHANTEPIE (G.), « Exécution du contrat », *Rep. dr. civ.*, 2020.

CHANTEPIE (G.) et LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l’ordre du Code civil*, 2^e éd., Dalloz, 2018.

CHASSAGNARD-PINET (S.), « À la recherche d’une définition de l’“économie collaborative” », *JCP E, Cah. dr. Entr.* 2017, n° 3, p. doss. 11.

CHATELAIN (J.), « Conclusion des journées Henri Capitant », in *La protection des biens culturels*, Travaux de l’association Henri Capitant. t. XL, Economica, 1989, p. 2.

CHAUVEL (P.), « Dol », *Rep. dr. civ.* 2019, n° 27.

CHAUVIRE (Ph.), « Les effets du contrat dans le projet d’ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 2015, n° 120, p. 29.

CHAZAL (J.-P.), « La violence économique : violence économique ou abus de faiblesse », *Dr. et patr.* 2014, n° 240, p. 47

CHAZAL (J.-P.), « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2003, p. 280.

CHENEDE (F.), « La cause est morte ... Vive la cause ? », *CCC* 2016, n° 5, p. doss. 16.

CHILSTEIN, D., « Les biens à valeur vénale négative », *RTD civ.* 2006, p. 663.

CHONE-GRIMALDI (A.-S.), « Les contraintes du droit des obligations sur les opérations d’ICO », *D.* 2018, p. 1171.

COEURET (A.), « Indétermination du prix : une nouvelle jurisprudence », *Dr. et patr.* 1996, p. 59.

COLLART DUTILLEUL (F.), « La théorisation des contrats spéciaux : du droit des contrats au droit des biens », *RDC* 2006, n° 2, p. 604.

CORBISIER (I.), « La détermination du prix dans les contrats commerciaux portant vente de marchandises. Réflexions comparatives », *RIDE*, 1988, n° 4, p. 767.

CORBISIER (I.), « La validité de la clause de révision unilatérale des taux d'intérêts en Europe, droits belge, luxembourgeois, néerlandais et allemand », *Rev. Aff. Eur.* 1993, n° 3, p. 35.

CORDIER-VASSEUR (C.) et DECOUX-LAROUDIE (C.), « Le devoir de loyauté du dirigeant », *JCP G*, 2013, n° 24, p. 693.

COURBIS (B.), « Comment l'Etat confère la qualité monétaire à un avoir ? De la notion de pouvoir libératoire légal », in *Histoire de la monnaie. États et espace monétaire transnational*, P. KAHN (dir.), Litec, 1998, p. 33.

CLEMENT (S.) et LELIEUR (J.) « La conformité anti-blanchiment face aux crypto-actifs », *RCS* 2021, p. 15.

CRAS (S.), « De la valeur de l'œuvre au prix du marché : Yves Klein à l'épreuve de la pensée économique », *Marges*, octobre 2010, n° 11, pp. 29-44.

DAGOT (M.), « La cession de terrain moyennant la remise de locaux à construire », *JCP N* 1976.I.2749.

DAILLE-DUCLOS (B.) « Le devoir de loyauté du dirigeant », *JCP E* 1998, p. 1486.

DELPECH (X.), « Prêt avec clause d'indexation en monnaie étrangère : licéité de l'indice choisi », *D. actualité*, 29 avr. 2017.

DENIS (G.), « Quelques "anomalies" en matière de prix », in *Colloque du 7 mars 1997, Exigences en matière de prix*, F. FERRIER (dir), n° 4/5, *JCP E, Cah. dr. Entr.*, 1997, p. 23.

DEPREZ (J.) « Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XVII, Dalloz, 1964, p. 28.

DISSAUX (N.), « Les nouvelles sanctions en matière contractuelle », *AJ Contrat* 2017, p. 10.

DONDERO (B.), « Vers une conception extensive de l'erreur dans les cessions de droits sociaux ? », *Gaz. Pal.* 2016, n° 38, p. 73.

DORAT DES MONTS (R.), « Un titre intermédiaire entre l'action et l'obligation : l'obligation échangeable », *JCP* 1965.I.1920.

DOURNAUX (F.), « L'appréciation du bien-fondé de la résolution unilatérale », *RDC* 2021, n° 2, p. 8.

DREIFUSS- NETTER (F.), « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTD civ.* 1990, p. 369.

DROSS (W.), « La déception contractuelle », *RTD civ.*, 2018, p. 787.

DROUIN-HANS (A.-M.), « Valeurs et culture(s) : Peut-on encore penser l'universel ? », *Tréma*, mai 2004, n° 23, pp. 99-107.

DUBOUT (H.) « La distinction des clauses d'ajustement de prix et des clauses de garantie dans les contrats d'acquisition d'entreprises », *Bulletin Joly Sociétés*, 2004, n° 183, p. 891.

DUPICHOT (Ph.), « La nouvelle résiliation judiciaire pour imprévision », in *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires* (dir. Ph. STOFFEL-MUNCK), Dalloz, 2015, p. 73.

DUPUY (F.), « Les “monnaies primitives” : Nouvelles considérations », *L Homme*, janvier 2009, n° 190, pp. 129-151.

DURAND (F.), « La nullité pour erreur obstacle », *LPA* 2010, n° 60, p. 3.

DURAND-BARTHEZ (P.), « Le troc dans le commerce international et les opérations de switch », *Dr. Patr. Com. int.* 1982, p. 195.

EDELMAN (B.), « De la liberté et de la violence économique », *D.* 2001, p. 2315.

ESPAGNON (M.), « Le paiement d’une somme d’argent sur Internet : évolution ou révolution du droit des moyens de paiement ? », *JCP G*, 1999.I.131.

EZRACHI (A.) et STUCKE (M. E), *Virtual Competition : The Promise and Perils of the Algorithm Driven Economy*, Harvard University Press, 2016.

FABRY (N.), « Les particuliers, nouveaux acteurs du tourisme », *Juris tourisme*, 2016, n° 189, p. 35.

FARJAT (G.), « La notion de droit économique », *Arch. phil. droit*, 1992, p. 27.

FARJAT (G.), « Nature de la monnaie : approche juridique », in *Histoire de la monnaie. États et espace monétaire transnational*, P. KAHN (dir.), Litec, 1998, p. 101.

FENOUILLET (D.), « Les effets du contrat entre les parties. Les effets », in *Pour une réforme du droit des contrats* (dir. F. TERRE), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2008, p. 243.

FERRIER (D.), « La détermination du prix : les apports au droit commun des obligations », *RTD com.*, 1997, p. 49.

FERRIER (D.), « Une obligation de motiver ? », *RDC* 2004, n° 2, p. 558.

DE FONTBRESSIN (P.), « De l’influence de l’acceptation du concept de prix sur l’évolution du droit des contrats », *RTD civ.* 1986, p. 655.

FORIERS (P.), « Présomptions et fictions », in *Les présomptions et les fictions en droit*, études publiées par C. PERELMAN et P. FORIERS, Bruylant, n° 2, 1974, p. 7 et s.

FORTUNATO (A.), « Les circonstances de la révision du contrat », *LPA* 2018, n° 9, p. 6.

FORTI (V.), « L’absorption de l’objet par le contenu du contrat », *LPA* 2014, n° 218, p. 6.

FOURGOUX (J.-L.), « Le nouveau droit des obligations à l’épreuve de la pratique - Le prix dans le contrat : une remise en cause de la liberté contractuelle par le droit commun des contrats et le droit du marché ? », *Revue des Juristes de Sciences Po*, 2017, n° 13, p. 3.

FOYER (J.), « Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *JDI*, 1991, p. 601.

FREYRIA (C.), « Le prix de vente symbolique », *D.* 1997, p. 51.

FREYRIA (C.), « Réflexions sur la garantie conventionnelle dans les actes de cession de droits sociaux », *JCP* 1992, n° 16, p. 328.

FRISON-ROCHE (M.-A.), « De l’abandon du carcan de l’indétermination à l’abus dans la fixation du prix », *RJDA*, 1996, p. 3.

- FRISON-ROCHE (M.-A.), « La recherche juridique en matière économique », in *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?* (dir. Y. Aguila), PUF, coll. Droit et justice, 2007, p. 93.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), « Les différentes natures de l'ordre public économique », in *L'ordre public*, Dalloz, coll. Arch. phil. droit, n° 58, p. 122.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), « Unilatéralisme et consentement », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Economica, 1999, p. 21.
- FRISON-ROCHE (M.-A.), « Va-t-on vers une acception unitaire de l'abus dans la fixation du prix ? », Atelier de la concurrence du 10 avril 1996, *L'abus dans la fixation du prix : les acceptions concevables*, *Revue de la concurrence et de la consommation*, supplément juillet-août 1996, n° 92, p. 13.
- GABUTHY (Y.), « Analyse économique du droit : présentation générale », *Economie prevision*, 2013, n° 1, p. I-VIII.
- GALLOUX (J.-CH.), « Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce : l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français », *Les Cahiers de droit*, 1989, vol. 30, n° 4, p. 1011.
- GALLOUX (J.-CH.), « L'indemnisation du donneur vivant de matériels biologiques », *RDSS* 1998, p. 1.
- GARELLO (P.), « Les économistes et le contrat », in *Mélanges Ch. Mouly*, t. I, Litec, 1998, p. 37.
- GARRIGUES (B.), « La contre-prestation du franc symbolique », *RTD civ.* 1991, p. 459.
- GAUTIER (P.-Y.), « La cause du transfert de propriété, dans les ventes d'entreprises en difficulté (suite) », *RTD civ.* 1994, p. 124.
- GAUTIER (P.-Y.), « Vente à un euro : les autres contreparties du transfert de propriété doivent être dûment établies », *RTD civ.* 2005, p. 157.
- GAUTIER (P.-Y.), « Une superbe combinaison du retrait litigieux avec la vente à 1 F », *RTD civ.* 1998, p. 694.
- GAUTIER (P.-Y.), « Vive les mathématiques : le faux aléa chasse la lésion », *RTD civ.*, 1992, p. 578.
- GENEVOIS (B.), « Remarques sur l'ordre public », in *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics. Ordre public et droits fondamentaux* (dir. M.-J. REDOR), Bruylant, coll. Droit et justice, 2001, p. 407.
- GENICON (TH.), « Défense et illustration de la cause en droit des contrats », *D.* 2015, p. 1551.
- GENICON (TH.), « Erreur sur la rentabilité économique : erreur indifférente sur la valeur ou erreur substantielle », *RDC* 2012, n° 1, p. 64.
- GENICON (TH.), « La réfaction pour dol existe-t-elle ? », *RDC* 2012, n° 4, p. 1080.
- GHESTIN, J. et SERINET, Y.-M., « L'erreur », *Rep. dr. civ.*, 2018.
- GHESTIN (J.), « L'erreur substantielle du franchisé sur la rentabilité de l'activité à entreprendre », *JCP G*, 2012, n° 6, p. 135.
- GHESTIN (J.), « L'indétermination du prix de vente et la condition potestative », *D.* 1973, chron. 273.
- GHESTIN (J.), « L'indétermination du prix entre passé et avenir », *LPA* 1996, n° 29, p. 19.

GHESTIN (J.), « *La confirmation de l'exception à la jurisprudence Baldus : la jurisprudence Vilgrain relative au dirigeant de société* », JCP G, 2010, p. 921, note ss. Civ. 1^{ère}, 25 mars 2010, n° 08-13.060.

GHESTIN (J.), « Observations », *LPA* 2009, n° 31, p. 5.

GHESTIN (J.) et LABARTHE (F.), « Observations générales », *LPA* 2015, n° 177, p. 17.

GIJSBERG (C.), « La révision du prix », *RDC* 2017, n° 3, p. 564.

GOFFAUT-CALLEBAUX (G.), « Apport », in *Répertoire Dalloz Sociétés*, juin 2011, p. 53.

GOUBEAUX (G.), « A propos de l'erreur sur la valeur », in *Etudes offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 389.

GOSSA (J.), « Les blockchains et *smart contracts* pour les juristes », *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 393.

GRANIER (T.), « Prix imposés, prix conseillés : le contrat de franchise à l'épreuve du droit de la concurrence », *RTD com.* 1991, p. 357.

GREAU (F.), « Force majeure », *Rep. dr. civ.* 2017.

GRIMALDI (C.), « La fixation du prix », in *Le prix dans les contrats après la réforme*, *RDC* 2017, n° 3, p. 558.

GRIMALDI (C.), « Les maux de la cause ne sont pas qu'une affaire de mots », *D.* 2015, p. 814.

GRIMALDI (C.), « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon », *D.* 2016, p. 1009.

GRIMALDI (M.), « Le contrat d'assurance vie et le droit des successions », *Deffrénois*, 2001, n° 1, p. 3.

GRIMALDI (C.) et LUCHE (M.), « Cession de terrain contre remise de locaux à construire », *Deffrénois* 2017, p. 175.

GROSSER (P.), « L'exécution forcée en nature », *AJCA* 2016, p. 119.

GRUA (F.), « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RTD civ.*, 1983, p. 263.

GRUA (F.), « Paiement des obligations de sommes d'argent », *J.-Cl. civ.*, art. 1343 à 1343-5, fasc. 30.

GUIGUET-SCHIELE (Q.), « Repenser l'échange », *RTD civ.* 2013, p. 539.

GUYON (Y.), « Les sociétés - Aménagements statutaires et conventions entre associés », in *Traité des contrats*, J. GHESTIN (dir.), LGDJ, 5^e éd. 2002, n° 215, p. 328.

HARRIBEY (J.-M.), « La richesse au-delà de la valeur », *Revue du Mauss*, février 2005, n° 26, pp. 349-365.

HEINICH (J.), « L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision », *D.* 2020, p. 611.

HEINZER (W.), « Trocmaison.com et la consommation collaborative : ça change tout ! », *Juris tourisme* 2011, n° 130, p. 17.

- HENRY (X.), « Clauses abusives dans les contrats commerciaux : état des lieux dix ans après », *AJ Contrat* 2018, p. 370.
- HERRENSCHMID (J.-L.), « Histoire de la monnaie », in *Histoire de la monnaie. États et espace monétaire transnational*, P. KAHN (dir.), Litec, 1998, p. 15.
- HILGER (G.), « La fixation unilatérale du prix dans la réforme du droit des contrats : une évolution en demi-teinte », *LPA* 2018, n° 143, p. 5.
- HOCQUET-BERG (S.), « Echange ou vente lésionnaire ? », *JCP G*, 2001, n° 18, p. 10520.
- HOURSON (S.), « L'ordre public économique en matière contractuelle », in *L'ordre public économique (dir. A. LAGET-ANNAMAYER)*, Droit & économie, LGDJ, 2018, p. 281.
- HOUSSARD (E.), « L'économie du contrat », *Revue juridique de l'Ouest*, 2002, vol. 15, n° 1, pp. 7-65.
- HOUTCIEFF (D.), « La rupture non fautive des négociations ou l'accord sur le désaccord », *Gaz. Pal.* 2016, n° 16, p. 21.
- HOUTCIEFF (D.), « Le contenu du contrat », in *Pour une réforme du droit des contrats*, F. TERRE (dir.), Dalloz, 2009, p. 183.
- HOUTCIEFF (D.), « Les sanctions des règles de formation des contrats », in *Pour une réforme du droit des contrats*, F. TERRE (dir.), Dalloz, 2009, p. 223.
- HOUTCIEFF (D.), « Qui dit honoraires versés dit honoraires justes ! », *Gaz. Pal.*, 2014, n° 184, p. 17.
- HUET (J.), « Critique de la jurisprudence de l'Assemblée plénière sur l'indétermination du prix », in *Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain Sayag*, s.l., Litec, 1997, p. 311.
- HUET (J.) et CABRILLAC (R.), « Validité - Objet (art. 1121 à 1123) », in *Avant-projet Catala*, 2005.
- INSERGUET-BRISSET (V.), « La protection du patrimoine culturel par les règles d'urbanisme », *Revue juridique de l'Ouest*, 2012, n° 1, pp. 117-132.
- JACOMINO (F.), « Erreur sur la valorisation des parts sociales : erreur substantielle à l'origine de l'erreur sur la valeur », *LPA* 2016, n° 114, p. 16.
- JAMIN (CH.), « De l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP G*, 1996, n° 38, p. doct. 3959.
- JAMIN (CH.), « La détermination du prix : les apports au droit des contrat-cadre », *RTD com.* 1997, p. 19.
- JAMIN (CH.), « La réticence dolosive, l'obligation d'information et la bonne foi dans la formation du contrat », *JCP E*, 2001, n° 27, p. 1139.
- JAMIN (CH.), « Pour en finir avec la formation du contrat ! », *LPA* 1998, n° 54, p. 25.
- JARROSSON (CH.), « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, PUAM, 1990, p. 141.
- JENNY (F.), « Pratiques restrictives, concurrence et efficience » *JCP, Cah. dr. entr.* 1989, n° 4, p. 5.
- JEOL (M.), « Le contenu juridique des décisions du 1er décembre 1995 », *RTD com.*, 1997, p. 1.

JEOL (M.) et GHESTIN (J.), « Revirement de jurisprudence en matière de nullité pour indétermination du prix », *JCP G*, 1996, n° 22565.

JORION (P.), « Le rapport entre la valeur et le prix », *Revue du Mauss permanente*, 2007, [en ligne] consulté le 16/12/19 sur <http://www.journaldumauss.net/?Le-rapport-entre-la-valeur-et-le>.

JOSSERAND (L.), « Le déclin du titre gratuit et sa transformation », in *Evolutions et actualités. Conférences de droit civil*, Librairie du Recueil Sirey, 1963, p. 133.

JOURDAIN (Ph.), « À la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 449.

JULIENNE (M.), « Les crypto-monnaies : régulation et usages », *RD. banc. fin.* 2019, n° 6, p. étude 19.

KLEIN (G.), « Aléa et équilibre contractuel dans la formation du contrat de vente d'immeuble en viager », *RTD civ.*, 1979, p. 13.

KLEIN (K.), « L'Aventure monochrome » (1959) in *Le Dépassement de la problématique de l'art et autres écrits*, ENSBA, 2003, p. 235.

KLEINER (C.), « Les prêts libellés en devises octroyés aux particuliers : l'inutile réforme ? », *RD banc. fin.* 2017. doss. 20.

KRIEF-VERBAERE (C.), « Essai d'une théorie générale de la valeur, application au droit de rétention », *RRJ* 1999, n° 3, p. 685.

KRIEF-SEMITKO (C.), « De l'action paulienne ou de la propriété des créances, droit de propriété sur une valeur (essai d'une théorie de la valeur en droit civil français) », *RRJ* 2004, n° 2, p. 789.

KULLMANN (J.), « L'aléa, condition de l'assurance ? », *RCA*, 2014, n° 3, p. doss. 4.

LACAZE (X.) et LUCAS DE LEYSSAC (C.), « Le paiement en ligne », *JCP G*, 2001, n° 10, doct. 302.

LABARTHE (F.), « Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion », in *Études offertes à J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 489.

LABARTHE (F.), « La fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et prestations de service. Regards interrogatifs sur les articles 1164 et 1165 du code civil », *JCP G*, 2016, n° 23, p. 642.

LABARTHE (F.), « La valeur contractuelle du catalogue des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques », *D.* 2011, n° 26, p. 1779.

LABARTHE (F.), « Observations de Françoise Labarthe », *LPA* 2009, n° 31, p. 63.

LAGARDE (P.), « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *RCDIP*, 1991, p. 287.

LAGARDE (P.), « Rapport général », in *La protection des biens culturels*, Travaux de l'association Henri Capitant. t. XL, Economica, 1989, p. 95.

LAGARDE (X.), « Retour sur les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat », *JCP* 2012. doct. 504.

- LAITHIER (Y.-M.), « Aléa et théorie générale du contrat », in *L'aléa (dir. Association Henri Capitant)*, Thèmes et commentaires, n° XIV, Dalloz, 2011, p. 7.
- LAITHIER (Y.-M.), « Erreur ou abus ? (Ou le vice du consentement qui n'ose pas dire son nom) », *RDC* 2008, n° 3, p. 730.
- LAITHIER (Y.-M.), « La fausseté partielle de la cause : entre confirmation et innovation », *RDC* 2007, n° 4, p. 1103.
- LAITHIER (Y.-M.), « Les sanctions de l'inexécution du contrat », *RDC* 2016, p. 39.
- LAMBERT (Th.), « L'exigence d'un prix sérieux dans les cessions de droits sociaux », *Rev. sociétés*, 1993, p. 11.
- LANGLOIS (J.), « Aperçu sur "la philosophie des valeurs" », *Laval théologique et philosophique*, 1954, vol. 10, n° 1, pp. 79-95.
- LARDEUX (G.), « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil », *D.* 2016, p. 1659.
- LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « L'exigence d'une notion de prix (problématique) », in *Colloque du 7 mars 1997, Exigences en matière de prix*, F. FERRIER (dir), n° 4/5, *JCP E, Cah. dr. Entr.*, 1997, p. 25.
- LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Les pérégrinations d'une bague de fiançailles », *Droit de la famille* n° 2, 2008, comm. 23.
- LASSERRE CAPDEVILLE (J.), « La réforme de la monnaie électronique en droit français - Un nouveau droit pour un réel essor ? », *JCP G*, 2013, n° 10, p. doct. 278.
- LAUDE (A.), « La détermination du prix dans les contrats de distribution », *Dalloz Affaires*, 1996, p. 3.
- LAUER (S.), « Taux bas : Mettre de l'argent de côté est sur le point de devenir un vice passible de sanction », *Le Monde*, 23 septembre 2019, [en ligne] consulté le 16/12/19 sur https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/09/23/taux-bas-mettre-de-l-argent-de-cote-est-sur-le-point-de-devenir-un-vice-passible-de-sanction_6012647_3232.html.
- LE NABASQUE (H.), « Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés », *RTD com.* 1999, p. 273.
- LEBOIS (A.), « Erreur d'étiquetage et erreur sur le prix », *CCC*, 2002, n° 10, p. chron. 19.
- LECUYER (H.), « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à F. Terré*, PUF, 1999, p. 643.
- LEDUC (F.), « La détermination du prix, une exigence exceptionnelle ? », *JCP G* 1992, n° 3631, p. 536.
- LEDUC (F.), « L'existence de l'aléa : sa représentation par l'assuré », *RCA*, 2014, n° 3, doss. 5.
- LEGEAIS (D.), « Prêts libellés en monnaie étrangère », *RTD com.* 2017, p. 409.
- LEGEAIS (D.), « Emprunts toxiques », *RTD com.* 2018, p. 999.
- LEGEAIS (D.), « Regards sur une opération juridique non identifiée : les ICOs », *D.* 2018, p. 113.

LEQUETTE (S.), « Le champ contractuel. Réflexions à partir de la rentabilité économique », *RDC* 2016, p. 135.

LEQUETTE (Y.), « Responsabilité civile versus vices du consentement », in *Au-delà des codes : mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2012, p. 369.

LEVENEUR (L.), « L'acheteur a payé trop cher : la vente peut-elle être annulée ? », *Contrats Concurrence Consommation*, 2019, n° 5, p. 24.

LEVENEUR (L.), « La détermination du prix dans les contrats », in *Mélanges Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 1057.

LEVENEUR (L.), « Où la gratuité s'efface pour une présomption d'onérosité... », *CCC*, 2005, n° 8-9, comm. 148.

LEVENEUR (L.), « Revirement de jurisprudence sur le prix : l'intangibilité du contrat progresse », *CCC*, 2005, n° 4, comm. 60.

LIBCHABER (R.), « Actualité du non-droit : les systèmes d'échanges locaux », *RTD civ.* 1998, p. 800.

LIBCHABER (R.), « Biens » *Rep. dr. civ.*, 2016.

LIBCHABER (R.), « La recodification du droit des biens », in *Le Code civil : 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2004, p. 297.

LIBCHABER (R.), « Le travail du négatif en droit : la question de l'intérêt dans le prêt », *RDC* 2017, n° 3, p. 446.

LIBCHABER (R.), « Regards rétrospectifs sur une prétendue monnaie », *D.* 2000, p. 365.

LUC (I.), « La discrimination tarifaire : approche juridique », *AJCA* 2015, p. 299.

LOISEAU (G.), « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.* 2000, p. 47.

LYNCH (D.J.), « Policing the digital cartels », *Financial Times*, 9 janvier 2017, [en ligne], consulté le 17 avril 2020.

MALAUURIE (Ph.), « Les obligations libellées en monnaies étrangères », in *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 1979, vol. 1, n° 1975, pp. 17-49.

MALAUURIE-VIGNAL (M.), « Le nouvel article L. 442-6 du code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ? », *CCC* 2008, dossier 5.

MAINGUY (D.), « Pour une théorie générale des contrats spéciaux ? », *RDC* 2006, n° 2, p. 615.

MARAIN (G.), « Le bitcoin à l'épreuve de la monnaie », *AJ Contrat* 2017, p. 522.

MARTIN (R.), « La réduction des honoraires de l'avocat par le pouvoir judiciaire. Recherche archéologique », *JCP G*, 1999, n° 6, doct. 110.

MATHEY (N.), « Clause abusive dans un crédit souscrit en franc suisse », *LEDB* 2017, n° 5, p. 1.

MAYAUX (L.), « Les incidences de la disparition de l'aléa », *RCA*, 2014, n° 3, doss. 10.

MAZEAUD (D.), « La cause : pour que survive la cause en dépit de la réforme ! », *Dr. et patr.* 2014, n° 240.

MAZEAUD (D.), « Lésion », *Rep. dr. civ.*, 2018.

MAZEAUD (D.), « Plaidoyer en faveur d'une règle générale sanctionnant l'abus de dépendance économique » in *Mélanges Paul Didier*, 2008, p. 324.

MAZEAUD (D.), « Propos conclusifs », in *Le juge et le prix après la réforme*, *RDC* 2017, n° 3, p. 577.

MAZEAUD (D.), « Réforme du droit des contrats : que vont les règles jurisprudentielles non codifiées, devenir ? », in *Mélanges Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, p. 529.

MEAU-LAUTOUR (H.), « Aléa, lésion et vileté du prix », *JCP N*, 1990, p. 301.

MENARD (B.), « La fixation du prix dans les contrats de prestation de service à la lumière de l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux », *RTD civ.* 2019, p. 263.

MEKKI (M.), « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 2015, n° 120, p. 37.

MEKKI (M.), « De l'urgence à l'imprévu du Covid-19 : quelle boîte à outils contractuels ? », *AJ Contrat* 2020, p. 164.

MESTRE (J.) et FAGES (B.), « Evitement de l'annulation : "la fausseté partielle de la cause n'entraîne pas l'annulation de l'obligation, mais sa réduction à la mesure de la fraction subsistante" », *RTD civ.*, 2003, p. 287.

MESTRE (J.), « Feu l'article 1129 sur le terrain du prix », *RTD civ.* 1996, p. 153.

MESTRE (J.) et FAGES (B.), « L'abus dans la fixation du prix », *RTD civ.* 2000, p. 570.

MESTRE (J.) et FAGES (B.), « Variations jurisprudentielles autour de l'indétermination du prix », *RTD civ.* 2000, p. 318.

MIGNOT (M.), « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI) », *LPA* 2016, n° 96.

MIGNOT (M.), « La notion de bien. Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie », *RRJ* 2006, n° 4, p. 1805.

MEKKI (M.), « Absence de rupture abusive des pourparlers en présence de... simples pourparlers ! », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 34, p. 21.

MEKKI (M.), « Les mystères de la blockchain », *D.* 2017, p. 2160.

MESTRE (J.), « Petit abécédaire de la réforme des contrats et des obligations (suite) », *RLDC*, mai 2016, p. 137.

MOLFESSIS (N.), « Le rôle du juge en cas d'imprévision dans la réforme du droit des contrats », 2015, n° 52, p. 1415.

MOLFESSIS (N.), « Les exigences relatives au prix en droit des contrats », *LPA* 2000, n° 90, p. 41.

MOORE (B.), « Libres propos d'un juriste québécois concernant le projet de la réforme des contrats », *RDC* 2015, p. 728.

MONAMY (F.), « Les souvenirs de famille. Des biens au service de la mémoire », *VMF* septembre 2009, n° 229.

MOREIL (S.), « Économie collaborative : alternative au capitalisme ou ubérisation de l'économie ? », *JCP E, Cah. dr. Entr.*, 2017, n° 3, p. doss. 10.

MOUSSERON (J.-M.), « La durée dans la formation du contrat », *in Mélanges Jauffret*, Dalloz, 1974, p. 509.

MOUSSERON, J.-M., « Responsable mais pas coupable : la gestion des risques d'inexécution du contrat », *in Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 141.

MOURY (J.), « Du nouveau sur la nature juridique de la contrepartie financière des clauses de non-concurrence ? », *Dr. soc.* 2014, p. 288.

MOURY (J.), « Du prix symbolique au prix négatif, ou la divagation des qualifications en matière de vente », *D.* 2014, p. 1950.

MOURY (J.), « Force majeure : éloge de la sobriété », *RTD civ.* 2004, p. 471.

MOURY (J.), « L'indifférence à l'exigence de détermination du prix du caractère global du prix de cession des titres composant le capital de plusieurs sociétés », *Rev. sociétés* 2007, p. 577.

MOURY (J.), « La détermination du prix dans le "nouveau" droit commun des contrats », *D.* 2013, p. 1116.

MOURY (J.), « La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre », *AJ Contrat d'affaires - Concurrence – Distribution*, 2016, p. 123.

MOURY (J.), « Retour sur le prix : le champ de l'article 1163, alinéa 2, du Code civil », *D.* 2017, p. 1209.

NAJAR (I.), « L'accord de principe », *D.*, 1991, p. 57.

NAKAMOTO (S.), « *Bitcoin : A Peer-to-Peer Electronic Cash System* », 2008.

NICHOLAS (B.), « Certainty of price » *in Comparative and private international law, Essays in honor of John Henry Merryman on his Seventieth Birthday*, Berlin, 1990, p. 247.

NICOLET (C.), « Pline, Paul et la théorie de la monnaie », *in Censeurs et publicains. Économie et fiscalité dans la Rome antique*, Fayard, coll. Nouvelles études historiques, p. 123.

NOBLOT (C.), « L'opposition des activités intellectuelles et matérielles en droit privé », *JCP G*, 2010, n° 3, doct. 69.

NOURISSAT (C.), « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien », *D. Affaires* 2000, chron. 36.

OPPETIT (B.), « Economie et droit », *in Arch. phil. droit*, 1992, p. 17.

OPPETIT (B.), « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances ; la clause de hardship », *JDI* 1974, p. 794.

LOUDIN (M.), « La rentabilité, une notion juridique en construction », *in Hommage en l'honneur de Grégoire Forest*, 2014, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, p. 165.

PAILLUSSEAU (J.), « La cession de contrôle et la situation financière de la société cédée (de la nature juridique du contrôle et de la cession de contrôle) », *JCP* 1992, n° 63, p. 196.

PAROLAI (R.) et LEWIS (J.), « La convention-cadre ISDA 2002 : le nouveau support juridique des opérations internationales de produits dérivés », *Banque et Droit*, 2003, n° 91, p. 43.

PIETTE (G.), « Réforme du droit des contrats et des obligations : la réduction du prix en droit des contrats spéciaux... ou le leurre et l'argent du leurre ? », *Lexbase La lettre juridique*, mars 2016, n° 546.

PILLEBOUT (J.-F.), « Observations pragmatiques sur la dette de valeur », in *Mélanges Holleaux*, Litec, 1990, p. 357.

PEDAMON (M.), « La détermination du prix : les apports du droit comparé : les solutions allemandes en matière de détermination du prix », *RIDC* 1997, p. 67.

PELLET (S.), « Les restitutions : et si le dogmatisme avait du bon ? », *JCP E* 2016, n° 24, p. 676.

PELLIER (J.-D.), « Réflexion sur l'imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats (observation sur l'article 1196 du projet de réforme) », *LPA* 2015, n° 228, p. 8.

PELLOLI (M.), « Tout comprendre en cinq minutes aux taux d'intérêt négatifs », *Le Parisien*, 9 juillet 2019, [en ligne] consulté le 16/12/19 sur <http://www.leparisien.fr/economie/tout-comprendre-en-cinq-minutes-aux-taux-d-interet-negatifs-09-07-2019-8112591.php>.

PETIT (B.) et ROUXEL (S.), « Violence », *J.-Cl. civ.*, Art. 1140 à 1143, 2020.

PIEDELIEVRE (A.), « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien » in *Mélanges de Juglart*, LGDJ, 1986, p. 55.

PICOD (Y.), « Imprévision », *J.-Cl. civ.* Art. 1195, 2020.

PICOD (Y.), « Nullité », *Rep. dr. civ.*, 2019.

PIERRE (P.), « Aléa et qualification du contrat d'assurance sur la vie », in *L'aléa (dir. Association Henri Capitant)*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 51.

PIMONT (S.), « À quel moment apprécier la lésion des sept douzièmes dans une vente sous condition suspensive ? », *RDC* 2011, p. 885.

POISSON-DROCOURT (P.), « Les restitutions entre les parties consécutives à l'annulation d'un contrat », *D.* 1983. chron. 85.

POSEZ (A.), « La théorie des nullités. Le centenaire d'une mystification », *RTD civ.* 2011, p. 647.

POUMAREDE (M.), « Le contenu du contrat », *RDI* 2016, p. 331.

PRES (X.), « L'action en révision pour lésion et imprévision en droit d'auteur : applications et perspectives », *AJ Contrat* 2018, p. 112.

PRÜM (A.), « Les exigences de prix dans les contrats internationaux », in *Colloque du 7 mars 1997, Exigences en matière de prix*, F. FERRIER (dir), n° 4/5, *JCP E, Cah. dr. Entr.*, p. 32.

PUIG (P.), « Application au contrat d'entreprise de la nouvelle garantie de conformité : évolution ou révolution ? », *RDC* 2005, n° 3, p. 963.

PUIG (P.), « Le prix dans les contrats de prestation de service », in *Le droit spécial des contrats à l'épreuve du nouveau droit commun*, G. LARDEUX, A. SERIAUX et V. EGEA (dir.), PUAM, 2017, p. 57.

PUIG (P.), « Pour un droit commun spécial des contrats », in *Mélanges Foyer*, Economica, 2007, p. 825.

RACINE (J.-B.), « La notion de prix en droit contemporain des contrats », *RIDE*, 1999, p. 77.

RAKOTOVAHINY (M.-A.), « La condition potestative dans l'indétermination du prix de vente », *LPA* 2007, n° 241, p. 4.

RAYNAUD (P.), « Les dettes de valeur en droit français », in *Mélanges Brèthe de la Gressaye*, éd. Bière, 1967, p. 611

REMY (Ph.), « L'absorption du dol par la responsabilité civile : pour ou contre ? », *RDC* 2013, n° 3, p. 1195.

REMY (Ph.), « L'inexécution du contrat », in *Pour une réforme du droit des contrats*, 2008, Dalloz, p. 253.

REMY (Ph.), « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », *Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, PUF, coll. Publications de la Faculté de Droit et de sciences sociales de Poitiers, t. 39, 2001, n° 1, p. 121 et s.

REMY-CORLAY (P.), « La réduction du prix », in *Pour une réforme du droit des contrats* (dir. F. TERRE), Dalloz, 2009, p. 267.

REMET (Th.), « L'indétermination du prix : les apports au droit des relations de dépendance », *RTD com.*, 1997, p. 37.

REMET (Th.), « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015, p. 1217.

REMET (Th.), « Le juge et la révision du contrat », *RDC* 2016, n° 2, p. 373.

REMET (Th.), « La détermination unilatérale de l'objet du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), Economica, coll. Etudes juridiques, 1999, p. 31.

REYNAUD-CHANON (M.) « Les souvenirs de famille, une étape vers la reconnaissance de la personnalité morale de la famille », *D.* 1987, chron. 264.

RIEG (A.), « La « punctuation », contribution à l'étude de la formation successive du contrat », in *Mélanges Jauffret*, Dalloz, 1974, p. 593.

RIPERT (G.), « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *Mél. Gény*, t. 2, 1934, p. 352.

RIVOAL (O.), « La dépendance économique en droit du travail », *D.* 2006, p. 891.

ROBINEAU (M.), « Le Code civil, l'aléa, le contrat d'assurance. Libres propos sur l'abrogation de l'article 1964 du Code civil », *BJDA*, n° 2017, doss. 2.

ROCHFELD (J.), « Monnaie électronique », *RTD civ.* 2003, p. 361.

RODA (J.-CH.), « Réflexions pratiques sur l'imprévision », in *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 69.

ROUSSILLE (M.), « L'affaire Helvet Immo et l'épineuse question des clauses abusives dans les prêts en devise », *Gaz. Pal.* 2017, n° 22, p. 49.

ROUSSILLE (M.), « Le bitcoin : objet juridique non identifié », *Banque & Droit*, février 2015, n° 159, p. 27.

ROUSSILLE (M.), « Responsabilité du dirigeant pour manquement à l'obligation de loyauté », *Droit des sociétés*, 2013, n° 3, comm. 48.

ROUVIERE (F.), « Cession de dette » *Rep. dr. civ.*, 2016.

ROUVIERE (F.), « Critique des fonctions et de la nature des fictions », in *Les artifices du droit : les fictions*, LGDJ-Lextenso, 2015, p. 83.

ROUVIERE (F.), « La distinction entre restitution et indemnisation », *D.* 2015, p. 657.

ROUVIERE (F.), « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016, n° 3, p. 600.

SAINT-PAU (J.-C.), « Exonération de responsabilité contractuelle. – Inexécution imputable à une cause étrangère », *J.-Cl. civ.*, fasc. 11-30, 2014.

SAINTE-ROSE (J.), « Avocats : Révision judiciaire des honoraires conventionnels », *JCP G* 1998, n° 28, p. II 10115.

SAINTOURENS (B.), « L'exigence d'un prix juste », in *Colloque du 7 mars 1997, Exigences en matière de prix*, F. FERRIER (dir.), *JCP E, Cah. et dr. Entr.*, suppl. n° 4/5, 1997, p. 26.

SAFI (F.), « Les restitutions consécutives à la nullité du contrat : rétablir ou corriger ? », *D.* 2016, p. 1179.

SAMIN (T.) et TORCK (S.), « Les prêts Helvet Immo à l'épreuve du droit consommériste », *RD banc. fin.* 2017, n° 4, p. comm. 144.

SAUJOT (C.), « Biens culturels et droit civil. Problème de qualification », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 79.

SAVAUX (E.), « Article 1223 : la réduction du prix », *RDC* 2015, n° 3, p. 786.

SAVAUX (E.), « Le contenu du contrat », *JCP G*, 2015, p. 20.

SAVATIER (R.), « Essai d'une représentation nouvelles des biens incorporels », *RTD civ.* 1958, p. 331.

SAVATIER (R.), « Une personne méconnue, la famille en tant que sujet de droit », *D.* 1939, chron. 49.

SAVATIER (R.), « Le rachat de la lésion et l'instabilité monétaire », *D.* 1961, chron. 1999.

SAVATIER (R.), « L'ordre public économique », *D.* 1965, chr. 37. La mise à jour automatique des citations est désactivée. Pour voir la bibliographie, cliquez sur Actualiser dans l'onglet Zotero.

SCHIRMANN-SOULIER (B.) et RAYNOUARD (A.), « Intelligence artificielle et algorithmes de prix : quel risque anticoncurrentiel ? », *L'Opinion*, février 2020.

SCHMIDT-DZALEWSKI (J.), « Les conséquences de l'annulation d'un contrat », *JCP* 1989. I. 3397.

SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), « Les fictions en droit privé », in *Archives de philosophie du droit. Réformes du droit de la famille*, Sirey, 1975, n° 20, p. 273.

SCHWARTZ (S.H.), « Les valeurs de base de la personne : théorie, mesures et applications », *Revue française de sociologie*, 2006, vol. 47, n° 4, p. 929.

SEFTON-GREEN (R.), « La validité de la clause de révision unilatérale des taux d'intérêts en Europe, droit anglais », *Rev. Aff. Eur.* 1993, n° 3, p. 44.

SEMERE (TH.), « Lésion et contrat assorti d'une rente viagère », *JCP N*, 2013, n° 20, p. 23.

SERINET (Y.-M.), « La constatation de la nullité par les parties : une entorse limitée au caractère judiciaire de la nullité », in *Libres propos sur la réforme du droit des contrats : analyse des principales innovations de l'ordonnance du 10 février 2016*, LexisNexis, 2016, p. 85.

SEUBE (J.-B.), « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire, présentation générale », *LPA* 2009, n° 46, p. 86.

SEUBE (J.-B.), « Le critère de distinction entre les nullités absolue et relative », *RDC* 2019, n° 3, p. 137.

SEUBE (J.-B.), « Les restitutions en cas de résolution ou de réhabilitation de la vente », *JCP E*, 2014, n° 11, p. 1125.

SERVET (J.-M.), « La fable du troc », in *Histoire de la monnaie. États et espace monétaire transnational*, P. KAHN (dir.), Litec, 1998, p. 49.

SIMLER (Ph.), « Contrats aléatoires. Rentes viagères. Caractères. Conditions de validité », *J.-Cl. civ.*, Art. 1968 à 1983, fasc. 10, 2016.

SIMLER (Ph.), « Contrats et obligations, Classification des obligations, Distinction des obligations de donner, de faire et de ne pas faire », *J.-Cl. civ.*, Art. 1136 à 1145, fasc. 10.

SIRINELLI (P.) et PREVOST (S.) « Feuilleton de l'été : tour de pass-passes », *Dalloz IP/IT* 2021, p. 421.

STEMMER (B.), « A propos des cessions de terrains contre remise de locaux à construire », *JCP N* 1975.I.2677.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Erreur sur la valeur et dol incident », *RDC* 2005, n° 4, p. 1025.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), « L'abus dans la fixation unilatérale du prix », *RDC* 2015, n° 2, p. 233.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* 2016, p. 30.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), « La réforme en pratique. La résiliation pour imprévision », *AJ Contrat d'affaires - Concurrence - Distribution* 2015, p. 262.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », *Dr. et patr.*, avril 2004, n° 126.

STOFFEL-MUNCK (Ph.), « Vers une modification de la jurisprudence sur la réduction des honoraires excessifs ? », *RDC* 2018, n° 1, p. 23.

SOUSI (G.), « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », *RTD civ.* 1982, p. 514.

SOUSI-ROUBI (B.), « Le contrat d'échange », *RTD civ.* 1978, p. 257.

SUGY (P.), « Les taux d'intérêt négatifs ne sont pas une bonne nouvelle pour l'économie européenne », *Figarovox*, 7 septembre 2019, [en ligne] consulté le 16/12/19 sur <https://www.lefigaro.fr/vox/economie/les-taux-d-interet-negatifs-ne-sont-pas-une-bonne-nouvelle-pour-l-economie-europeenne-20190906>.

TALLON (D.), « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223.

TALLON (D.), « Le surprenant réveil de l'obligation de donner », *D.* 1992, p. chron. 67.

TALON-HUGON (C.), « Valeur et esthétique, valeur marchande », *Philosophique*, janvier 2004, n° 7, p. 63.

THIBIERGE (L.), « La maison de bois », *Lexbase Hebdo - Edition Privée Générale*, avril 2019, n° 779.

THIBIERGE (L.), « Le juste prix », in *Mélanges en l'honneur de Laurent Aynès*, Lextenso, 2019, p. 483.

THIBIERGE (L.), « Les effets du contrat », *AJ Contrat* 2018, p. 266.

THIERRY (G.), « Les enseignements de la première vente aux enchères de bitcoins de l'Agrasc », *Daloz actualité*, mars 2021.

THOMAS (Y.), « *Fictio legis*. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales », *Droits*, 1995, p. 52.

VAN DIE VOET (E.) ET VAN DIE VOET (G.), « Le pouvoir du juge de réduire le salaire contractuellement fixé à l'agent d'affaires, histoire d'une jurisprudence », in *Mélanges Dabin*, t. II, Sirey, 1963, p. 911.

VAUTROT-SCHWARTZ (CH.), « L'ordre public économique », in *L'ordre public* (dir. CH. DUBREUIL), Cujas, coll. Actes & études, 2013, p. 71.

DE VAUPLANE (H.), « Bitcoin : Monnaie de singe ou monnaie légale ? L'analyse juridique », *RB*, août 2013, p. 79.

VERROUST-VALLIOT (C.) et PELLETIER (S.), « L'impact du covid-19 sur les contrats de droit privé », *Daloz actualité*, juin 2020.

VIALA (F.), « Le contrôle du niveau des prix : aspects juridiques », *AJ Contrat* 2015, p. 307.

VILLEY DESMESERETS (H.) et PINON (E.), « L'appréhension des échanges d'informations entre concurrents par les autorités de concurrence à l'épreuve de la dématérialisation des moyens de communication », *RLC*, 2018, n° 68.

VINCENT-LEGOUX (M.-C.), « L'ordre public et le contrat. Etude de droit comparé interne », in *L'ordre public*, Dalloz, coll. Arch. phil. droit, 2015, p. 215.

VOGEL (J.) et VOGEL (L.) « Le droit de la concurrence et le droit de la distribution prennent-ils suffisamment en compte l'analyse économique des restrictions verticales ? », *Concurrences*, 2011, n° 1, p. 1.

VOGEL (L.) et VOGEL (J.), « Possibilités, limites et exclusions du recours à l'imprévision dans la crise du Covid-19 », *AJ contrat* 2020, p. 275.

WARNIER (J.-P.), « Les politiques de la valeur », *Sociétés politiques comparées. Revue européenne d'analyse des sociétés politiques*, n° 4, avril 2008.

WICKER, (G.), « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », *D.* 2015, p. 1557.

ZELCEVIC-DUHAMEL (A.), « La notion d'économie du contrat en droit privé », *JCP G*, 2001, p. 300.

ZENATI (F.), « L'immatériel et les choses », *Arch. phil. droit*, 1999, n° 43, p. 79.

ZIADE (R.) et CAVVICHIOLO (C.), « L'impact du Covid-19 sur les contrats commerciaux », *AJ Contrat* 2020, p. 176.

SITES INTERNET

<https://www.facebook.com/term>

https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/09/23/taux-bas-mettre-de-l-argent-de-cote-est-sur-le-point-de-devenir-un-vice-passible-de-sanction_6012647_3232.html

<https://publications.banque-france.fr/lemergence-du-bitcoin-et-autres-crypto-actifs-enjeux-risques-et-perspectives>

OUTILS

Grand dictionnaire encyclopédique Larousse. 10 : Synchronique - Zywiec, Larousse, 1985.

Dictionnaire critique de la sociologie, BOUDON (R.) et BOURRICAUD (F.) (éds.), PUF, 2011.

Dictionnaire de la culture juridique, ALLAND (D.) et RIALS (S.) (éds.), PUF, 1^{re} éd., 2003.

Dictionnaire de l'économie, BEZBAKH (P.) (éd.), Larousse, coll. A présent, 2011.

Dictionnaire de l'économie, Encyclopaedia universalis, COUPPEY-SOUBEYRAN (J.) (éd.), Albin Michel, 2007.

Dictionnaire des sciences humaines, MESURE (S.) (éd.), PUF, Quadrige Dicos poche, 2006.

Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, ARNAUD (A.-J.) et CERCLE DE SOCIOLOGIE ET NOMOLOGIE JURIDIQUES (éds.), LGDJ, 1993.

Dictionnaire étymologique de la langue française, BLOCH (O.) et VON WARTBURG, (W.) (éds.) PUF, coll. Quadrige Dicos poche, 2008.

Dictionnaire historique de la langue française, REY (A.) et HORDE (T.), (éds.), Le Robert, 1992.

Dictionnaire historique de la langue française, Le Robert, 1992.

Le Gaffiot de poche : dictionnaire latin-français, GAFFIOT (F.) et FLOBERT (P.) (éds.), Hachette, 2012.

Le nouveau petit Littré, LITTRÉ (É.) et BEAUJEAN (A.) (éds.), Hachette, 2009.

Le Petit Robert, Le Robert, 2018.

Lexique d'économie, 15^e éd., Dalloz, 2018.

Lexique de sociologie, 4^e éd., Dalloz, 2013.

Lexique des termes juridiques, 27^e éd. Dalloz, 2018.

Vocabulaire technique et critique de la philosophie. I : A - M, Lalande (A.) (éds.), PUF, coll. Quadrige, 1991.

Index alphabétique

Les numéros renvoient aux numéros des paragraphes

A.

Abus dans la fixation unilatérale du prix

- Dépendance du débiteur : 208 (contrat-cadre), 213 (contrat de prestation de services).
- Déloyauté du créancier : 209 et s. (contrat-cadre), 214 (contrat de prestation de services).
- Difficultés probatoires : 214 et s. (contrat de prestation de services).
- Péril économique du débiteur : 211.
- Préjudice subi : 218 (contrat-cadre) 220 (contrat de prestation de service)
- Résolution judiciaire : 215 et s.
- Révision judiciaire des honoraires (disparition) : 222 et s.

Acceptation des risques

- Caractère exprès de l'acceptation : 197 et s.
- Supplétivité des mécanismes de droit commun : 192 et s.

Action estimatoire

- Exercice en nature : 276.
- Garantie des vices cachés : 247, **275**.
- Rachat de la lésion : 274.
- Rétablissement de l'équilibre économique : 394.

Adaptation du contrat

- Assimilation à la révision : 370 et s.
- Opportunité : 345.
- Modalités de saisine : 344.
- Notion : 369.

Annulation du contrat

- Nature de la nullité : 286.
- Nullité consensuelle : 342.
- Nullité partielle : 386.
- Nullité unilatérale (refus) : 351.
- Primauté de la nullité : 280.

B.

Bail

- Détermination du prix : 141.
- Prix monétaire : 94.

C.

Cause

- Contrepartie objective : 235 et s.
- Contrepartie subjective : 239 et s.
- Economie du contrat : 240.
- Fausseté partielle : 244.
- Garantie des vices cachés : 246 et s.
- Prix dérisoire : 242 et s.
- Subjectivisation : 239 et s.

Clauses de prix

- Indétermination du prix : 135.
- Indexation : 200.

- Cession de droit sociaux : 201.

Contrat cadre

- Absence de clause expresse de fixation du prix : 150.
- Champ d'application : 151.
- Fixation judiciaire (disparition) : 159.
- Fixation unilatérale du prix conventionnelle : 149.
- Jurisprudence de 1995 : 148.

Contrat d'entreprise :

- Assimilation aux contrats de prestation de services : 154 et s.
- Fixation judiciaire du prix (disparition) : 159.
- Prix monétaire : 84.
- Révision judiciaire des honoraires (disparition) : 222 et s.
- *Sponsoring, bartering* : 84.

Contrat de prestation de services :

- Absence de définition légale et unitaire : **152 et s**, 156.
- Distinction avec le contrat d'adhésion : 158.
- Fixation judiciaire (disparition) : 159.
- Fixation unilatérale du prix : 157 et s.
- Définition restrictive : 155 et s.
- Restitution : 416.
- Révision judiciaire des honoraires (disparition) : 222 et s.

Contrat de prêt, v. intérêts.

Contrat de travail :

- Détermination du prix : 141.
- Prix monétaire : 69.

Contrepartie

- Dérisoire : 242 et s.
- Illusoire : 244 et s.
- Objective : 235 et s.
- Requalification du contrat (donation) : 238.
- Subjective : 242 et s.

Coopération des parties

- Coercition judiciaire : 357 et s.
- Echec : 351.
- Loyauté dans la renégociation du contrat : **339**, 359 (sanction).
- Obligation de renégocier : 338.
- Obligation de moyens : 341.
- Primauté des solutions conventionnelles : 333.
- Saisine judiciaire postérieure : 358.

Cryptoactifs

- Contrat d'échange : 99 et s.
- Intérêts de l'admission des paiements réalisés avec des cryptoactifs : 114.
- Monnaie électronique : 101.
- Monnaie légale : 102, 115.
- Moyen de paiement : 83.
- Notion : 99.

D.

Dépôt

- Détermination du prix : 142.
- Prix monétaire : 85.

Détermination du prix

- Absence de consécration légale : 128 et s (explicite), 132 et s. (implicite).
- Distinction entre le prix et la prestation : 130.
- Obligation consommériste d'information sur les prix : 139.
- Potestativité : 127.
- Supplétivité des règles de droit commun : 144 et s.

Dol

- Dol actif sur la valeur : 267.
- Nullité : 280.
- « Réfaction » pour dol : 277, **284 et s.**

Dommages-intérêts

- Cumul des dommages-intérêts avec le rétablissement de l'équilibre économique : 388 et s, **390 et s.**
- Difficultés d'identification dans les contrats de prestation de services : 220.
- Distinction de nature avec le prix : 56.
- Distinction de fonction avec la révision du prix : 219 (formation du

contrat), 391 et s (exécution du contrat).

- Erreur du mandataire : 388.
- Exclusion en cas d'imprévision : 377.
- Préjudice indemnisable : 219, **393.**

Donation

- Distinction avec le prix : 59.
- Requalification : 238.

Données personnelles

- Cession de données personnelles : 106.
- Onérosité de la cession : 107.

E.

Echange

- Abandon du critère du prix monétaire : 116.
- Arguments favorables : 109.
- Avec soulte : 91.
- « Cession » de données personnelles : *v. données personnelles.*
- Change de devises : 93.
- Dation en paiement : 92.
- Distinction avec la vente : 82.
- Manifestations en droit positif : 82.
- Obligation de *praestare* : *v. ce mot.*

Erreur

- Erreur sur le prix : 261 et s.
- Erreur sur la monnaie : 79.
- Erreur sur la notoriété : 270 et s.

- Erreur sur la rentabilité : 266.
- Erreur sur la valeur d'usage : 264.
- Erreur sur la valeur d'échange : **267 et s.**
- Erreur sur la valorisation des parts sociales : 268.
- Nullité : 280, 285.
- « Réfaction » pour erreur : 285.

F.

Fixation unilatérale du prix

- Contrat cadre, *v. ce mot.*
- Contrat de prestation de services, *v. ce mot.*

Force majeure

- Déjudiciarisation : 366.
- Acceptation des risques : *v. ce mot.*
- Imprévisibilité : *v. ce mot.*
- Irrésistibilité : 307.
- Non-imputabilité : 298.

G.

Gratuité

- Absence de prix : 13, 235, 237.
- Cession de données personnelles : *v. données personnelles.*
- Donation : 237.
- Gratuité financée : 13, 106.
- Qualification du contrat : 235.

Garantie des vices cachés

- Action estimatoire : *v. ce mot.*
- Existence d'un déséquilibre économique initial : 246 et s.

- Lien avec la cause : 248.
- Usage de la chose : 22 et s.

H.

Hardship (clause de)

- Absence d'effet contraignant : 199.
- Stipulation expresse : 198.
- Validité au regard de l'article 1195 du Code civil : 198..

Honoraires :

- Prix monétaire : 84.
- Révision judiciaire des honoraires (disparition) : 222 et s.

I.

Indétermination du prix

- Absence de consécration : 134 et s.
- Bénéfices : 137 et s.
- Dérives vers l'indétermination du contenu du contrat : 139 et s.
- Exigences légales particulières : 141 et s.
- Fixation unilatérale du prix : *v. ce mot.*
- Imprécision quant à l'identité du maître du prix : 136.
- Impérativité des règles issues du droit des contrats spéciaux : 144 et s., 175.

Information sur les prix

- Absence d'obligation d'information sur la valeur : 185.

- Contenu de l'information sur le prix : 180 et s.
- Délai de réflexion : 177.
- Délai de rétractation : 178.
- Devis : 167.
- Jurisprudence *Vilgrain* : 188.
- Précision de l'offre : 182.
- Publicité sur les prix : **180**, 181 (prêt à la consommation).
- Publicité sur les réductions de prix : 180.
- Transparence tarifaire : 165.

Imprévisibilité

- Acceptation des risques : *v. ce mot.*
- Ampleur : 295.
- Appréciation *in abstracto* : 294.
- Distinction avec l'imprévu : 283.
- Epidémie de Covid-19 : 296.
- Exclusion de la dépréciation monétaire : 297.
- Force majeure : 292.
- Imprévision : 292.

Imprévision

- Acceptation des risques : *v. ce mot.*
- Caducité : 321.
- Circonstances : 299 (notion), 300 (modification)
- Exclusion des dommages-intérêts : 377.
- Imprévisibilité : *v. ce mot.*
- Onérosité : *v. ce mot.*
- Non-imputabilité : 301.

- Révision : 325 (opportunité), 395 (indifférence à la justice des prix), 399 (mise en œuvre).
- Résolution : 320.

Inexécution

- Clause résolutoire : 191.
- Nature de l'inexécution : 303.
- Gravité de l'inexécution : 309 et s.
- Perte d'utilité du contrat : *v. ce mot.*

Intérêts

- Détermination *a priori* : 142.
- Obligation d'information renforcée sur les prix : 184.
- Nature monétaire : 87.
- Taux d'intérêts négatif : 14, 30.

J.

Juge

- Adaptation du contrat : *v. ce mot.*
- Contrat contingent : 382.
- Choix de la sanction : 373 et s.
- Déjudiciarisation de la force majeure : 366.
- Fixation du prix (disparition) : 159.
- Maintien ou rétablissement du contrat équilibré : 367.
- Modification de la sanction unilatéralement opérée : 376 et s.
- Primauté du consensualisme : 333.
- Primauté de l'unilatéralisme : 335.
- Réduction du prix en cas réduction unilatérale disproportionnée : 371 et s.

- Révision des honoraires excessifs (disparition) : 222 et s.
- Rôle coercitif : 344 (renégociation), 357 et s. (conditions de forme de l'unilatéralisme), 363 (proportionnalité de la réduction), 364 et s. (légitimité de la résolution).
- Sanction de la mauvaise foi dans la renégociation : 359.

L.

Lésion

- Appréhension directe de la valeur : 256.
- Contrats aléatoires : 258 et s.
- Complément de prix : 394 (indifférence à la justice des prix), 398 (mise en œuvre).
- Date d'estimation : 250 (promesse unilatérale de vente).
- Lésion du débiteur du prix : 249.
- Lésion du créancier du prix : 247 et s.
- Lésion du professionnel : 253 et s.
- Lésion qualifiée : 176.
- Rachat de la lésion : 274 et s.
- Valorisme monétaire : 274 et s.

M.

Mécanisme estimatoire

- Abus de faiblesse : 175.
 - Fixation étatique : 166.
 - Capacité : 168 et s.
 - Délégation, *v. tiers estimateur*.
- 690 -

- Intérêt : 18.
- Nature : 21 et s.

Monnaie

- Change de devises : 93.
- Cours légal : 78.
- Critère de distinction entre l'échange et la vente : 82.
- Critère de la double obligation translatrice de propriété : 119.
- Echange : *v. ce mot*.
- Erreur sur la monnaie : 79.
- Euro : 78 et s.
- Fonctions, intérêts sur le troc : 71.
- Forme : 81 (indifférence).
- Historique : 56 (monnaie d'échange).
- Modèles contractuels romains : 71 et s.
- Monnaie de compte étrangère : 80.
- Prix monétaire : 74 et s.
- Nature juridique : 76.
- Sociétés primitives : 71.

N.

Négociations sur les prix

- Absence d'obligation d'information sur la valeur : 185.
- Accord sur le prix : 172.
- Jurisprudence *Vilgrain* : 188.
- Liberté de rupture : 171.
- Prix de revente imposé : 173.
- Violence économique : 174 et s.

O.

Obligation de *praestare*

- Notion : 120.
- Assimilation à un prix monétaire : 121.

Obligation de motivation

- Absence de réglementation et de sanction (abus dans la fixation unilatérale du prix) : 206, 207.
- Justification de la valeur économique (abus dans la fixation unilatérale du prix) : 204.
- Réduction unilatérale du prix : 354.
- Renversement de la charge de la preuve (abus dans la fixation unilatérale du prix) : 205.
- Unilatéralisme : 354, *v. ce mot.*

Obligation de renégocier

- Bonne foi dans la renégociation : 339 et s.
- Clauses de hardship : *v. ce mot.*
- Coercition judiciaire : 357 et s.
- Identification : 338.
- Obligation de moyens : 341.
- Préalable à l'unilatéralisme : 358, *v. ce mot.*
- Sanction : 346 et s.

Onérosité

- Appréciation *in concreto* : 314.
- Excessive : 315 et s.
- Indirecte : 313.

P.

Perte d'utilité du contrat

- Distinction selon la gravité de l'inexécution : 309 et s.
- Exécution imparfaite : 312.
- Irrésistibilité de la force majeure : 307 et s.
- Maintien d'un intérêt : 316 et s.
- Notion d'utilité économique : 317.
- Onérosité excessive : 315.
- Partielle : 312.
- Restitutions : 404.
- Totale : 307 et s.

Points de fidélité

- Valeur économique reconnue : 103.
- Qualification juridique : 104.

Prix

- Dérisoire : 242 et s.
- Dichotomie avec la valeur : 20.
- Distinction : 61 (apport en société), 62 (cotisation à une association), 53 (dommages-intérêts), 59 (donation rémunération et donation avec charges), 57 (indemnités d'une clause pénale), 60 (indemnités de non-concurrence), 65 (récompenses), 58 (soulte).
- Expression conventionnelle de la valeur : 25.
- Expression quantitative de la valeur : 18.
- Fiction de valeur : 21.

- Illusoire : 244 et s.
- Nature monétaire : 93 (contrat de bail), 85 (contrat de dépôt), 84 (contrat d'entreprise), 70 (contrat de prêt), 86 (contrat de travail), 82 et s. (contrat de vente), 88 (prime d'assurance et caution).
- Négatif : 13.
- Prestation non caractéristique du contrat : 236.
- Présomption de valeur : 23.
- Symbolique : 95.

R.

Réduction du prix

- Acceptation : 347.
- Acte constitutif de volonté du créancier : 348.
- Contrôle judiciaire de la proportionnalité : 363.
- Distinction avec l'allocation de dommages-intérêts : 391.
- Exclusion des prestations non monétaires : 400.
- Imprévision : 399.
- Mise en demeure : 361 et s.
- Modification formelle du contrat : 382 et s.
- Notification : 361.
- Opération mathématique : 403.
- Opportunité : 323 et s.
- Proportionnalité : 397 (indifférence à la justice des prix).
- Restitution partielle : 386 et s.

- Unilatéralisme : *v. ce mot.*
- Valeur convenue : 401.
- Valeur promise : 402.

Résolution du contrat

- Caducité : 320.
- Contrôle judiciaire de la légitimité de la résolution : 364 et s.
- Conventionnelle (*mutuus dissensus*) : 343.
- Inexécution imputable au débiteur : 322 (opportunité).
- Inexécution non imputable au débiteur : 323 (opportunité).
- Judiciaire : 215 (subsidiarité dans la sanction de la fixation unilatérale du prix).
- Mise en demeure : 361 et s.
- Option avec la révision : 316.
- Perte d'utilité du contrat : *v. ce mot.*
- Unilatérale : 351 et s.

Restitutions

- Annulation partielle : 386 et s.
- Bonne foi du possesseur : 417.
- Calcul du montant : 418.
- Date de la rupture de l'équilibre économique : 411.
- Date de libération des parties : 408 et s.
- Estimation de la valeur (date) : 412.
- Fruits et valeur de jouissance : 413 et s.
- Période objet des restitutions : 410 et s.

- Perte d'utilité du contrat : 411.
- Prestation de services : 416.
- Résolution partielle : 387.
- Rétroactivité : 406.

sRévision du contrat

- Action réhibitoire : *v. ce mot.*
- Adaptation : *v. ce mot.*
- Résolution partielle : 387.
- Bénéfices : 334.
- Coercition judiciaire : 357 et s.
- Contrat contingent : 382.
- Distinction avec la responsabilité civile (exécution du contrat) : 391.
- Imprévision : 325.
- Inexécution : 323.
- Judiciaire : 369 et s.
- Choix avec la résolution (imprévision) : 336.
- Poursuite des obligations contractuelles : 334.
- Prix de marché : 402.
- « Réfaction » pour dol : 277, **284 et s.**
- Rétablissement de l'équilibre économique : 396 et s.
- Subsidiarité de la révision (formation du contrat) : 280 et s.
- Unilatérale : 374 et s.
- Valeur convenue : 401 et s.

T.

Tierce estimation

- Délégation de l'estimation de la valeur : 189.
- Distinction de la responsabilité du mandataire avec la révision du prix : 388 et s.
- Erreur grossière du mandataire : 189, 388.
- Responsabilité du mandataire : 189, 388.

U.

Unilatéralisme

- Abus dans la fixation unilatérale du prix : *v. ce mot.*
- Acceptation : 348 (effet abdicatif).
- Acte constitutif de volonté : 348, 384.
- Coercition judiciaire : 357 et s.
- De fait (force majeure) : 353.
- Délai raisonnable : 338.
- Détermination du prix : *v. fixation unilatérale du prix.*
- Exclusion : 337.
- Mise en demeure : 352, **361.**
- Notification : 338 (effet constitutif).
- Normalisation : 351.
- Nullité : *v. annulation du contrat.*
- Obligation de motivation : *v. ce mot.*
- Primauté sur l'immixtion judiciaire : 335 et s.
- Réduction du prix : 347 et s.

- Renégociation : *v. ce mot.*
- Résolution par voie de notification : 351 et s.
- Saisine judiciaire unilatérale : 346 et s.

V.

Valeur économique

- Absence d'obligation de s'informer sur la valeur économique : *v. négociations sur les prix.*
- Dichotomie avec le prix juridique : 20.
- Obligation d'information sur la valeur du dirigeant social : *v. négociations sur les prix.*
- Valeur convenue : 26.
- Valeur négative : 29 et s.
- Valeur positive : 27 et s.

Valeur d'échange

- Impossibilité juridique d'estimation : 54.

- Valeur d'échange de l'humain : 50.
- Valeur d'échange des biens sensibles : 53.
- Valeur d'échange des clientèles civiles : 52.
- Valeur d'échange du domaine public : 51.

Valeur d'usage

- Absence de : 44, 49.
- Artistique : 42, 47.
- Patrimoniale : 43, 48.
- Qualité essentielle : 38.
- Sacré : 41, 46.
- Sentimentale : 40, 45.
- Vice caché : 39.

Vente

- Abandon du critère du prix monétaire : 109. et s.
- Prix monétaire : 71 et s.
- Prix partiellement monétaire : 98.
- Prix symbolique : 95.

Table des matières

Les numéros renvoient aux numéros de page

Sommaire	VIII
Remerciements	X
Liste des principales abréviations.....	XII
Introduction.....	- 1 -

PREMIERE PARTIE

RECHERCHE DE L'EQUILIBRE ENTRE LE PRIX ET LA VALEUR

TITRE I

EXPRESSION JURIDIQUE DE LA VALEUR PAR LE PRIX	- 31 -
---	--------

Chapitre I

Expression intellectuelle de la valeur	- 33 -
---	---------------

Section I

<i>Analyse élémentaire de la valeur économique</i>	<i>- 34 -</i>
--	---------------

§1 – Mise en œuvre nécessaire du mécanisme estimatoire	- 34 -
--	--------

I. Intérêt du mécanisme estimatoire.....	- 34 -
--	--------

II. Nature du mécanisme estimatoire	- 38 -
---	--------

A. Inapplicabilité des règles de la fiction	- 38 -
---	--------

B. Inapplicabilité des règles de la présomption	- 40 -
---	--------

§2 – Imperfection du résultat du mécanisme estimatoire.....	- 42 -
---	--------

I. Approximation de la traduction de la valeur.....	- 42 -
---	--------

II. Accueil nuancé de la valeur	- 46 -
---------------------------------------	--------

A. Admission absolue de la valeur positive.....	- 46 -
---	--------

B. Admission limitée de la valeur négative.....	- 49 -
---	--------

Section II

<i>Analyse approfondie de la valeur économique.....</i>	<i>- 61 -</i>
---	---------------

§1 – Approche juridique de la valeur d'usage.....	- 62 -
---	--------

I. Valeur d'usage générale	- 63 -
----------------------------------	--------

II. Valeurs d'usage spéciales	- 64 -
-------------------------------------	--------

A. L'inestimable valeur d'usage	- 65 -
---------------------------------------	--------

B. La valeur d'usage affranchie du prix.....	- 69 -
--	--------

§2 – Approche juridique de la valeur d'échange	- 78 -
--	--------

I. Choses artificiellement dénuées de valeur d'échange	- 79 -
--	--------

A. Autonomie du prix juridique au regard du prix économique	- 80 -
---	--------

B. Le prix juridique, conséquence de la commercialité	- 87 -
---	--------

II. Valeur d'échange dénuée de prix	- 89 -
---	--------

A. Valeur d'échange certaine et prix douteux	- 89 -
--	--------

1. Valeur et contrepartie.....	- 89 -
--------------------------------	--------

2. Valeur et équité, correctif de mécanisme estimatoire	- 97 -
B. Critères de distinction entre le prix et d'autres traductions de la valeur	- 101 -

Chapitre II

Expression matérielle de la valeur.....	- 107 -
--	----------------

Section I

<i>Affirmation de la nature monétaire du prix.....</i>	<i>- 109 -</i>
§1 – Identification du principe du prix monétaire	- 109 -
I. Un prix monétaire	- 109 -
A. Apparition du critère du prix monétaire	- 109 -
B. Particularités des obligations portant sur des sommes d'argent	- 118 -
II. Un prix en euro	- 120 -
§2 – Application du principe du prix monétaire	- 125 -
I. Vente et échange	- 126 -
II. Autres contrats spéciaux et contrats innommés	- 130 -

Section II

<i>Reconsidération de la nature monétaire du prix</i>	<i>- 139 -</i>
§1 – Remise en cause du principe du prix monétaire.....	- 140 -
I. Un critère intrinsèquement limité.....	- 140 -
A. L'argent, modalité de l'échange.....	- 140 -
B. Le paiement en nature, modalité de paiement du prix	- 145 -
II. Un critère obsolète	- 153 -
A. Remise en cause de l'étalon choisi par l'émergence d'unités de paiement alternatives	- 153 -
1. Utilisation d'unités de paiement virtuelles.....	- 154 -
2. Utilisation de points issus de programmes de fidélisation	- 158 -
B. Remise en cause de la pertinence de la distinction.....	- 160 -
§2 – Abandon partiel du principe du prix monétaire	- 166 -
I. Création de nouvelles catégories juridiques	- 168 -
A. Maintien du critère du prix monétaire dans les contrats contenant une obligation de facere-	168
-	
B. Refus des paiements réalisés à l'aide de cryptoactifs	- 172 -
II. Déformation de catégories juridiques préexistantes.....	- 175 -
A. Déformation des obligations translatives de propriété	- 175 -
B. Déformation des obligations de mise à disposition	- 179 -

TITRE 2

EXPRESSION CONVENUE DE LA VALEUR PAR LE PRIX	- 188 -
--	---------

Chapitre I

Titularité de l'estimation	- 189 -
---	----------------

Section I

<i>Règle supplétive de droit commun.....</i>	<i>- 192 -</i>
§1 – Absence de règle impérative dérogée par la réforme.....	- 192 -
I. Absence de consécration d'un principe général de détermination du prix	- 192 -
A. Absence de consécration explicite.....	- 192 -

1. Lecture traditionnelle de la détermination du prix.....	- 192 -
2. Lecture erronée de la détermination du prix	- 195 -
B. Absence de consécration implicite	- 198 -
II. Absence de consécration d'un principe général d'indétermination du prix.....	- 199 -
A. Défaut de fondement légal du principe général d'indétermination du prix	- 201 -
B. Imprécision quant à l'identité du maître du prix a posteriori	- 203 -
§2 – Caractère supplétif de la fixation unilatérale du prix <i>a posteriori</i>	- 205 -
I. Rigidité de la généralisation.....	- 205 -
A. Impossibilité d'une détermination du prix généralisée.....	- 206 -
B. Impossibilité d'une indétermination du prix généralisée	- 208 -
1. Risque de dérive vers l'indétermination du contenu du contrat	- 209 -
2. Imprécision de la notion de « dispositions légales particulières »	- 211 -
3. Importance des contrats de consommation soumis à la détermination du prix	- 214 -
II. Souplesse de la supplétivité	- 216 -
<i>Section II Hypothèses de fixation unilatérale du prix.....</i>	- 221 -
§1 – Confirmation de la fixation unilatérale du prix par la partie dominante au contrat-cadre.....	- 221 -
I. Unilatéralisme supplétif à unilatéralisme impératif	- 221 -
II. Insuffisances textuelles de l'article 1164 du Code civil	- 223 -
§2 – Affirmation de la fixation unilatérale du prix par le créancier du contrat de prestation de services -	226 -
I. Définition restreinte du contrat de prestation de services	- 227 -
A. Enjeux de la délimitation du champ d'application de l'article 1165 du Code civil.....	- 228 -
B. Refus d'une définition extensive de la prestation de services	- 230 -
II. Création d'une prérogative légale de fixation unilatérale du prix	- 234 -
A. Modification du rôle du créancier	- 234 -
B. Éviction du juge	- 237 -

Chapitre II

Encadrement de l'estimation..... - 242 -

Section I

Efficacité de la prévention de la lésion dans la fixation bilatérale du prix..... - 244 -

§1 – L'information parfaite - 245 - |

I. Encadrement de la circulation de l'information..... - 245 - |

A. Communication de l'information - 245 - |

B. Réception de l'information - 250 - |

1. Capacité d'estimer la valeur économique - 250 - |

2. Possibilité d'estimer la valeur économique..... - 252 - |

a. Rupture des négociations sur les prix - 253 - |

b. Contrainte des parties - 256 - |

C. Assimilation de l'information - 264 - |

1. Délai de réflexion - 264 - |

2. Délai de rétractation..... - 265 - |

II. Détermination de la teneur de l'information..... - 267 - |

A. Obligation stricte d'informer sur les prix..... - 268 - |

1. Information sur les prix au stade de la publicité..... - 268 - |

2. Information sur les prix dans l'offre de contracter - 271 - |

B. Obligation nuancée de s’informer sur la valeur	- 275 -
1. Absence d’obligation d’information du créancier sur la valeur	- 275 -
2. Obligation d’information sur la valeur issue de la jurisprudence <i>Vilgrain</i>	- 279 -
§2 – L’anticipation encouragée	- 282 -
I. Délégation de l’estimation de la valeur	- 282 -
II. Anticipation de la variation de la valeur	- 285 -
A. L’anticipation radicale	- 285 -
1. Stipulation de clauses résolutoires	- 285 -
2. Renonciation à se prévaloir du déséquilibre économique	- 286 -
a. Supplétivité des mécanismes de droit commun d’aménagement des risques	- 287 -
-	
b. Gestion conventionnelle des risques du contrat	- 292 -
B. L’anticipation nuancée	- 294 -
1. Renégociation du contrat	- 294 -
2. Révision du prix	- 297 -

Section II

<i>Inefficacité de la prévention de l’abus dans la fixation unilatérale du prix</i>	- 303 -
§1 – Difficultés de mise en œuvre du contrôle	- 304 -
I. Efficacité limitée de l’obligation préalable de motivation	- 304 -
A. Efficacité théorique	- 304 -
B. Inefficacité pratique	- 307 -
II. Difficultés d’application du critère de l’abus	- 309 -
A. Difficultés d’identification de l’abus dans les contrats-cadre	- 309 -
1. Critère certain : la dépendance du débiteur	- 310 -
2. Critère incertain : l’objet du détournement de pouvoir du créancier	- 312 -
a. Déloyauté du créancier	- 314 -
b. Péril économique du débiteur	- 317 -
B. Difficultés de preuve de l’abus aux prestations de service	- 320 -
§2 – Efficacité limitée du contrôle	- 322 -
I. Opportunité de la résolution judiciaire, sanction subsidiaire	- 322 -
II. Inopportunité des dommages-intérêts, sanction principale	- 325 -
A. Dans le contrat-cadre	- 325 -
B. Dans le contrat de prestation de services	- 327 -
1. Inopportunité de l’allocation de dommages-intérêts	- 327 -
2. Opportunité regrettée de la révision judiciaire directe du prix	- 330 -
a. Insuffisance des arguments en faveur d’un maintien général de la révision des honoraires excessifs	- 331 -
b. Survie de la révision judiciaire dans les contrats de prestation de service pourvus d’un prix forfaitairement fixé	- 334 -

CONCLUSION DE LA PARTIE I.	- 643 -
---	----------------

SECONDE PARTIE
TRAITEMENT DU DESEQUILIBRE ECONOMIQUE

TITRE I

MECANISME CORRECTIF APPLICABLE..... - 349 -

Chapitre I

Unicité de la correction du déséquilibre lors de formation du contrat..... - 351 -

Section I

Cas de déséquilibre économique corrigé par le droit..... - 353 -

§1 – Assimilation du déséquilibre économique à une absence de contenu du contrat..... - 353 -

I. Absence de contrepartie objective..... - 353 -

A. Refus de l'admission d'un contrat à titre onéreux dépourvu de prix..... - 353 -

B. Requalification en donation du contrat de vente dépourvu de contrepartie - 357 -

II. Absence de contrepartie subjective - 359 -

A. Refus de principe d'une assimilation du déséquilibre économique au défaut de cause..... - 359 -

B. Contrôle subjectif de l'équilibre du contrat - 364 -

1. Exigence d'une contrepartie non dérisoire..... - 365 -

2. Exigence d'une contrepartie non illusoire..... - 369 -

a. Assimilation de la fausseté partielle de la cause à une contrepartie illusoire. - 370

-

b. Assimilation du vice caché à une contrepartie illusoire..... - 373 -

§2 – Assimilation du déséquilibre économique à une estimation incorrecte de la valeur - 377 -

I. La lésion corrigée..... - 378 -

A. Recevabilité encadrée de la lésion au sein des contrats commutatifs - 378 -

1. Rôle du déséquilibre en valeur dans la délimitation de la lésion..... - 379 -

a. Domaine de la lésion dans les contrats de droit commun - 379 -

b. Domaine de la lésion dans les contrats conclus avec un professionnel - 383 -

2. Rôle du déséquilibre en valeur dans la caractérisation de la lésion..... - 388 -

B. Recevabilité de la lésion au sein des contrats aléatoires - 390 -

II. L'erreur sanctionnée..... - 395 -

A. Sanction de l'erreur sur le prix prise en tant qu'erreur-obstacle - 396 -

B. Sanction détournée de l'erreur sur la valeur - 399 -

1. Admission affirmée de l'erreur sur la valeur d'usage..... - 400 -

a. Assimilation de l'erreur sur la valeur d'usage à une erreur sur les qualités essentielles - 401 -

b. Assimilation de la rentabilité à une qualité essentielle - 404 -

2. Admission limitée de l'erreur sur la valeur d'échange - 407 -

a. Admission restreinte de l'erreur sur la valeur provoquée..... - 408 -

b. Élargissement de la notion de qualité essentielle dans la cession de droits sociaux - 409 -

c. Élargissement de la notion de qualité essentielle en droit du marché de l'art - 412

-

Section II

Correction du déséquilibre par l'annulation du contrat..... - 418 -

§1 – Primauté de la nullité du contrat - 419 -

I. Concurrence de la révision du prix..... - 419 -

A. Véritables hypothèses de révision du prix	- 419 -
1. Rachat de la lésion immobilière	- 419 -
2. L'action estimatoire	- 421 -
B. Emergence d'une action en « réfaction » pour dol	- 423 -
II. Subsidiarité de la révision du prix	- 425 -
A. Primauté de l'annulation du contrat sur la révision du prix	- 425 -
B. Subsidiarité des exceptions	- 428 -
§2 – Nature de la nullité du contrat.....	- 432 -

Chapitre II

Dualité de la correction du déséquilibre dans l'exécution du contrat - 439 -

Section I

Indépendance de la nature de l'événement perturbateur..... - 443 -

§1 – Un événement non conforme aux prévisions des parties.....	- 443 -
§2 – Un événement non imputable à la victime de la perturbation.....	- 451 -
I. Inexécution extérieure aux deux parties	- 451 -
A. Survenue d'un nouvel événement	- 451 -
B. Modification des circonstances préexistantes	- 453 -
III. Inexécution imputable au débiteur de l'obligation.....	- 457 -

Section II

Influence de la perte d'utilité du contrat..... - 463 -

§1 – Identification du critère de la perte d'utilité du contrat	- 463 -
I. Identification du critère de la perte d'intérêt du contrat	- 463 -
A. Perte d'intérêt intégrale du contrat	- 464 -
1. Irrésistibilité de la force majeure	- 464 -
2. Irrésistibilité de l'inexécution suffisamment grave	- 467 -
B. Perte d'intérêt partielle du contrat	- 469 -
1. Perte d'intérêt moindre dans la réduction du prix	- 470 -
2. Absence d'irrésistibilité dans l'imprévision.....	- 471 -
a. Caractérisation de la condition de l'onérosité excessive	- 471 -
b. Absence de condition d'irrésistibilité au sein de l'imprévision	- 477 -
C. Maintien d'un véritable intérêt du contrat.....	- 479 -
II. Délimitation du critère de la perte d'intérêt du contrat.....	- 481 -
§2 – Adaptation de la sanction à la perte d'intérêt du contrat	- 484 -
I. Choix de la sanction au regard de la perte d'utilité du contrat.....	- 484 -
A. Anéantissement du contrat totalement dépourvu d'intérêt.....	- 484 -
1. Résolution en cas d'inexécution imputable au débiteur	- 485 -
2. Résolution en cas d'inexécution non imputable au débiteur	- 486 -
B. Révision du contrat partiellement doté d'utilité	- 489 -
1. Pour inexécution.....	- 489 -
2. Pour imprévision	- 493 -
II. Nécessité d'une option entre la résolution et la révision dans l'imprévision.....	- 495 -

TITRE 2

MECANISME CORRECTIF APPLIQUE..... - 503 -

Chapitre I

Titularité de la sanction..... - 505 -

Section I

Primauté des parties..... - 507 -

§1 – La collaboration encouragée..... - 507 -

I. Emergence d’une obligation de renégocier le contrat - 508 -

A. Opportunité du rétablissement conventionnel de l’équilibre économique..... - 508 -

1. Opportunité de la collaboration des parties sur l’immixtion judiciaire..... - 508 -

2. Opportunité de la collaboration des parties sur l’unilatéralisme - 511 -

B. Obligation de coopérer - 514 -

II. Issue de la renégociation..... - 516 -

A. Obligation de moyen de négocier..... - 516 -

B. Rétablissement conventionnel de l’équilibre économique..... - 518 -

1. Anéantissement conventionnel du contrat - 519 -

a. Annulation consensuelle - 519 -

b. Résolution conventionnelle..... - 521 -

2. Saisine conjointe..... - 523 -

§2 – L’unilatéralisme autorisé - 526 -

I. Hypothèses d’unilatéralisme - 527 -

A. Saisine unilatérale du juge - 527 -

B. Réduction du prix - 528 -

1. Certitude théorique d’unilatéralisme - 528 -

2. Application pratique de la réduction unilatérale du prix..... - 532 -

C. Résolution du contrat par voie de notification - 534 -

1. Unilatéralisme de droit..... - 535 -

2. Unilatéralisme de fait..... - 537 -

II. Nécessité d’une obligation de motivation..... - 538 -

Section II

Rôle subsidiaire du juge..... - 543 -

§1 – Rôle coercitif du juge - 544 -

I. Coercition dans le déroulement des négociations - 544 -

A. Négociations encouragées par la menace d’une saisine judiciaire - 544 -

B. Saisine du juge en violation de l’obligation de renégocier - 546 -

II. Coercition dans l’exercice loyal de l’unilatéralisme - 549 -

A. Contrôle des conditions de forme..... - 550 -

B. Contrôle des conditions de fond..... - 552 -

1. Proportionnalité de la réduction du prix - 552 -

2. Légitimité de la résolution - 554 -

a. Contrôle de la défaillance du débiteur - 554 -

b. Contrôle de l’existence de la force majeure..... - 556 -

§2 – Importance de l’office du juge..... - 557 -

I. La rectification souhaitée..... - 558 -

A. Rétablissement ou maintien du contrat équilibré - 558 -

B. Révision du contrat déséquilibré	- 562 -
1. Assimilation de l'adaptation du contrat à la révision du prix	- 562 -
2. Révision de la réduction du prix disproportionné.....	- 564 -
II. L'initiative modérée	- 567 -
A. L'initiative admise.....	- 568 -
1. Demande subsidiaire du demandeur	- 569 -
2. Demande reconventionnelle du défendeur	- 572 -
B. Les initiatives refusées.....	- 573 -
1. Impossible modification de la sanction unilatéralement opérée.....	- 573 -
2. Exclusion des dommages-intérêts en cas d'imprévision.....	- 575 -

Chapitre II

Résultat de la sanction	- 581 -
--------------------------------------	----------------

Section I

<i>Révision du contrat</i>	- 583 -
§1 – Modification formelle du contrat	- 583 -
I. Création d'un contrat contingent.....	- 584 -
II. Etablissement d'un acte constitutif de volonté par le créancier	- 585 -
§2 – Modification substantielle du contrat	- 586 -
I. Nature de la modification du contrat	- 586 -
A. Réduction du prix assimilée à une restitution partielle	- 586 -
B. Réduction du prix distinguée de la réparation.....	- 589 -
1. Confusion engendrée par la compensation du prix avec des dommages-intérêts....	- 590 -
a. Dommages-intérêts versés par un tiers	- 590 -
b. Dommages-intérêts versés par le créancier.....	- 592 -
2. Différence de fonction entre la révision et la réparation.....	- 594 -
II. Objet de la modification du contrat.....	- 599 -
A. Indifférence à la justice des prix.....	- 599 -
1. Déséquilibre entre la valeur convenue et la valeur réelle.....	- 600 -
2. Déséquilibre entre la valeur convenue et la valeur obtenue	- 601 -
B. Rétablissement de l'équilibre économique du contrat.....	- 603 -
1. Adaptation du prix estimé à la réalité de l'estimation réalisée	- 603 -
a. Révision pour déséquilibre dans la formation du contrat	- 603 -
b. Révision du contrat frappé d'imprévision.....	- 605 -
2. Adaptation du prix convenu à la réalité de la contrepartie.....	- 606 -
a. Détermination des variables du calcul	- 607 -
b. Le résultat de la réduction du prix	- 610 -

Section II

<i>Anéantissement du contrat</i>	- 615 -
§1 – Période objet des restitutions	- 616 -
I. Opportunité des restitutions	- 616 -
II. Ampleur des restitutions	- 619 -
A. Date de la libération des parties	- 620 -
B. Date du point de départ de la période objet des restitutions.....	- 623 -
§2 – Jeu des restitutions	- 624 -
I. Le déséquilibre économique engendré par la restitution corrigé	- 626 -

A. Estimation de la valeur de l'objet du contrat au jour du jugement	- 626 -
B. Restitution généralisée des fruits et de la valeur de la jouissance	- 629 -
II. Le déséquilibre économique engendré par la restitution ignoré.....	- 632 -
A. L'étendue limitée de la restitution de l'objet du contrat	- 632 -
B. L'étendue limitée de l'obligation de restitution des fruits et de la valeur de jouissance ...	- 633 -
CONCLUSION DE LA PARTIE II	- 643 -
CONCLUSION GENERALE.....	- 645 -
BIBLIOGRAPHIE.....	- 653 -
INDEX ALPHABETIQUE	- 685 -
TABLE DES MATIERES	- 695 -