



HAL
open science

La distinction entre le contrat commercial et le contrat civil : la nécessité du contrat commercial autonome

Kianoush Rezaie Yazdi

► To cite this version:

Kianoush Rezaie Yazdi. La distinction entre le contrat commercial et le contrat civil : la nécessité du contrat commercial autonome. Droit. Université de Nantes, 2021. Français. NNT : 2021NANT3025 . tel-04137293

HAL Id: tel-04137293

<https://theses.hal.science/tel-04137293>

Submitted on 22 Jun 2023

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.

THESE DE DOCTORAT DE

L'UNIVERSITE DE NANTES

ECOLE DOCTORALE N° 599

Droit et Science politique

Spécialité : *Droit privé*

Par

Kianoush REZAIE YAZDI

La distinction entre le contrat commercial et le contrat civil : la nécessité du contrat commercial autonome

Thèse présentée et soutenue à Nantes, le 10/12/2021

Unité de recherche : Institut de Recherche en Droit Privé (IRDP)

Composition du Jury :

Rapporteurs :

Clotilde JOURDAIN-FORTIER

Jean-Louis RESPAUD

Professeur, Université de Bourgogne-Franche-Comté

Maître de conférences, HDR, Université de Montpellier

Examineurs :

Laure NURIT-PONTIER

Charles-Edouard BUCHER

Émilie GICQUIAUD

Professeur, Université de Nantes

Professeur, Université de Nantes

Maître de conférences, Université de Lorraine

Directrice de thèse :

Françoise LE FICHANT

Maître de conférences, HDR, Université de Nantes

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

*À la France pour
m'avoir permis
réaliser cette thèse
de doctorat,*

*À ma famille pour
son précieux
soutien*

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer ma profonde gratitude à ma directrice de thèse, Madame Françoise le Fichant, pour avoir dirigé ce travail. Ses conseils, son temps, sa justesse, sa franchise et la liberté qu'elle m'a accordée ont été extraordinairement précieux.

J'adresse mes remerciements aux membres du jury pour avoir accepté de consacrer leur temps à la lecture des lignes qui vont suivre et pour l'honneur qu'ils me font de soutenir mon travail devant eux.

Je remercie mes amis Clélia Laurent, Pauline Dumontet, Christine Fant et Rose Torche, pour leurs relectures.

Je remercie très tendrement mes parents et mon frère qui m'ont transmis le goût de l'enseignement et soutenu mon projet d'étude en France.

J'ai une pensée particulière pour mon collègue, David Boisis, dont l'amitié et le soutien ont facilité les moments difficiles de la thèse.

Je me dois également de saluer ma compagne Rose, surtout, pour m'avoir soutenu durant ces cinq dernières années de thèse.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A :

ACCP	Revue Actualité Commande Contrats Publics.
AJ	Contrat Actualité Juridique Contrat.
AJCA	Actualité Juridique Contrats d’Affaires, Concurrence, Distribution.
AJDA	Actualité juridique droit administratif
Al.	Alinéa.
APC.	Actualités des procédures collectives.
APD	Archives de Philosophie du Droit.
Art.	Article.
Ass. plé.	Assemblée plénière.

B :

BJCP	Bulletin Juridique des Contrats Publics.
BRDA	Bulletin Rapide de Droit des Affaires.

C :

C. civ.	Code civil.
C. com.	Code de commerce.
C. consom.	Code de la consommation.
CA	Cour d’appel.
Cah. just.	Les cahiers de la justice.
CAPJIA	Cahiers de l’arbitrage (Les)/ The Paris Journal of International Arbitration.
Cass.	Cour de cassation.
CDEC	La Commission sur le droit européen du contrat.
Cf.	se rapporter, voir.
CGI	Code générale des impôts.
Chron.	Chronique.
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation.
Coll.	Collection.
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation.
Comm.	Commentaire.
COJ	Code de l’organisation judiciaire.
CPC	Code de procédure civile.
CPI	Code de la propriété intellectuelle.
CNTC	Conseil national des tribunaux de commerce.
CNUCED	Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement.

D :

D.	Recueil Dalloz.
D.H.	Recueil hebdomadaire de jurisprudence, éd. Dalloz (années antérieures à 1941).
DCFR	<i>Draft Common Frame of Reference.</i>
Dir.	Sous la direction de.
Dr. et patr.	Revue Droit et patrimoine.
Dr. Soc.	Droit social.

E :

EDCE.	Etudes et documents du Conseil d'Etat. (La revue annuelle du Conseil d'Etat depuis 1947).
Éd.	Édition.
Égal.	Également.

F :

Fasc.	Fascicule.
-------	------------

G :

GAJ C G	Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile.
Gaz. Pal.	Gazette du Palais.

I :

Ibid.	<i>Ibidem</i> , au même endroit.
In	Dans.
Infra	Ci-dessous.

J :

JDI	Journal du Droit International privé (Clunet).
JORF	Journal Officiel de la République française.
Jur.	Jurisprudence.
Jour.	Sociétés Journal des Sociétés.
JCl.	Civil JurisClasseur Civil.
JCI Europe	JurisClasseur Europe.

L :

LEDEN	L'Essentiel droit des entreprises en difficulté.
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
JCP E	La Semaine juridique - Entreprise et affaires (édition entreprise).

N :

not.	Notamment.
------	------------

O :

Obs.	Observations.
------	---------------

OMC L'Organisation mondiale du commerce.
OMD L'Organisation mondiale des douanes.
Op. cit. *Opere citato*, dans l'ouvrage cité.

P :

Pan. Panarooma dalloz.
PDEC Principes du droit européen du contrat.
PUN Presses Universitaires de Nancy.
PUF Presses Universitaires de France.

R :

RCADI Recueil des cours de l'Académie de droit international de La HAYE.
RDC Revue Des Contrats.
Rép. Def. Répertoire Defrénois.
RFDA Revue française de droit administratif.
RIDC Revue Internationale de Droit Comparé.
RJ Com. Revue de Jurisprudence Commerciale.
RJDA Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires.
RLDA Revue Lamy Droit des Affaires.
RLDC Revue Lamy de Droit Civil.
RPC : Revue des Procédures Civiles et Commerciales.
RRJ Revue de la Recherche juridique droit prospectif.
RTD civ. Revue Trimestrielle de Droit civil.
RTD com. Revue Trimestrielle de Droit commercial.

S :

S. Recueil Sirey.
s. Suivant(e)s.

T :

T. Tome.
TFUE Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne.

U :

UE Union européenne.
Univ. Université.

V :

Vol. Volume.

Sommaire

Introduction :

Première partie : La notion du contrat commercial

Titre I : La nécessité de l'autonomie du contrat commercial

Chapitre I : La présentation historique et juridique du concept de contrat commercial

Chapitre II : L'autonomie du contrat commercial

Titre II : Les fondements et la définition du contrat commercial autonome

Chapitre I : Les fondements de la nécessité du contrat commercial autonome

Chapitre II : Le concept de contrat commercial autonome : L'essai d'une définition autonome du contrat commercial

Deuxième partie : Les conséquences de la distinction du contrat commercial du contrat civil

Titre I : Les conséquences de la distinction en droit interne

Chapitre I : La reconnaissance d'un régime juridique autonome pour le contrat commercial

Chapitre II : La compétence exclusive du tribunal de commerce pour le contrat commercial autonome

Titre II : Les conséquences en droit international

Chapitre I : L'attractivité et la prévisibilité du droit français

Chapitre II : Une nouvelle solution du règlement des différends liés aux contrats commerciaux internationaux, une synthèse des méthodes classiques.

Conclusion générale

Si je ne réussis pas entièrement dans mon projet [comparer les principes du droit civil proprement dit, avec ceux du droit commercial], j'aurai la douce consolation d'avoir ouvert une carrière que des mains plus habiles pourront plus heureusement exploiter¹.

¹ P.B. BOUCHER, Les principes du droit civil proprement dit et du droit commercial ; comparés, Paris, 1804, préface.

Introduction :

1. **Accroche** : il semble difficile d'apporter du nouveau au droit des contrats. En effet, de nombreux ouvrages, thèses et articles ont été dédiés à ce concept et son régime juridique. Les travaux dans ce domaine sont tellement spécialisés qu'il faut déterminer au préalable dans quel cadre une problématique du droit des contrats sera étudiée. Par exemple, si nous souhaitons étudier le prix d'un contrat, il faut alors déterminer s'il agit du droit interne ou du droit international, du droit de la consommation ou du droit public, du droit commun des contrats ou du droit des contrats spéciaux. Conscients d'une telle particularité, nous avons décidé de consacrer notre recherche à la théorie générale du contrat commercial.

2. **Motivation et intérêt** : Le concept du contrat commercial est connu par le droit français¹. Un contrat est qualifié de contrat commercial lorsque ce dernier est conclu entre deux commerçants. Il l'est aussi entre un commerçant et un non commerçant. Les principales conséquences de cette qualification se résument dans le choix du tribunal compétent, la

¹ DELEBECQUE Philippe, ANDREU Lionel, BINCTIN Nicolas, Traité de droit commercial T. 3 : Opérations bancaires et Contrats commerciaux, LGDJ, 18^e éd., Paris, 2018; COLLART DUTILLEUL François; DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 11^e éd., Paris, 2019; Par cette énoncé, nous voulons insister sur le fait qu'en droit français au contraire de certains pays, la distinction du droit civil du droit commercial a été acceptée. Nous ne prononçons pas si cette reconnaissance est parfaite ou pas.

présomption de solidarité, quelques règles concernant l'aspect procédural, comme la preuve et la clause attributive de compétence. Cette définition du contrat commercial ne présente pas beaucoup de difficultés en droit français. Alors, pourquoi consacrer une thèse à contrat commercial ?

Ce n'est pas le contrat commercial en droit interne français qui a allumé l'étincelle de notre recherche. Au contraire, le régime juridique du contrat commercial international est à l'origine de notre recherche. Dans ce domaine, les problématiques sont multiples telles que la définition d'un contrat commercial international, le tribunal compétent, le règlement des différends, le régime juridique applicable etc.

Par exemple, comment doit-on déterminer le régime juridique d'un contrat commercial international ? Plusieurs réponses sont théorisées jusqu'à présent. Nous pouvons dans un premier temps évoquer le recours au système conflictuel, au système universaliste et à la *lex mercatoria*. C'est cette multitude de réponse qui permet d'harmoniser le régime juridique du contrat commercial international et qui nous a amené à réfléchir à une solution unique qui satisfait les partisans de chacune des théories ci-dessus. Chacune des théories défend son idée en pointant les défauts des autres. Dans une telle atmosphère, nous avons décidé de comprendre le fondement de chacune de ces théories, leurs limites et leurs avantages afin de trouver une solution qui exhausse les souhaits les partisans de ces théories².

Cette idée paraît ambitieuse. Comment est-il possible de trouver une nouvelle solution alors que ni les efforts de l'Union Européenne, ni ceux des Nations-Unies, ni les institutions internationales privées afin d'harmoniser le régime juridique d'un contrat international n'ont pas abouti à des résultats satisfaisants.

3. Nous pouvons résumer l'apport de chacune des écoles mentionnées ainsi : les spécialistes du conflit des lois ont trouvé la solution du règlement des différends des contrats commerciaux internationaux dans l'harmonisation des règles nationales du conflit des lois. Les partisans du système universaliste ont décidé d'harmoniser les règles matérielles régissant le cadre du contrat. Enfin, Les partisans de la *lex Mercatoria* ont proposé une nouvelle source de droit des contrats propres aux commerçants.

4. Une nouvelle solution satisfaisant les exigences de chacune de ces écoles, pourrait théoriquement voir le jour comme un nouveau remède du règlement des différends

² Cf. *infra* n° 598 et s.

des contrats commerciaux internationaux. Il s'agit de l'unification du régime du contrat commercial entre les droits nationaux. La mise en œuvre de cette solution se concrétise par deux étapes. Tout d'abord, il faut que le régime juridique du contrat soit le même dans tous les pays du monde ! Dans une telle hypothèse, les partisans du système conflictuel sont satisfaits car le régime juridique du contrat sera le même dans le cas du renvoi de la loi applicable au contrat par le juge du *for* à un autre ordre national. Les universalistes qui souhaitent des règles matérielles uniques pour les contrats seront également convaincus. Mais cela est irréalisable en pratique car chaque pays a son propre droit des contrats ! Cela relèverait de la fiction. En effet cette solution au-delà de la remise en cause de la souveraineté des pays, elle nie la diversité juridique et culturelle entre les pays.

Deuxième étape de l'harmonisation du régime de contrat se trouve dans la démocratisation de la théorie de la *lex mercatoria* au sein des droits nationaux. C'est-à-dire intégrer dans chaque législation nationale les règles souhaitées par les acteurs du commerce. Par conséquent, on appliquera les usages souhaités pour les contrats du commerce international. Cela semble encore beaucoup plus chimérique que la première étape. Il est très difficile de pouvoir intégrer des règles coutumières dont la portée et le contenu ne sont connus de personne.

Un corpus de règle unique utilisé par les commerçants communs à tous les pays du monde serait une alternative et solution afin de promouvoir la sécurité juridique et le commerce international. Mais sa mise en œuvre semble relever de la science-fiction. En effet, ce n'est que de la pure théorie.

C'est cette solution chimérique qui nous a poussé à améliorer et à imaginer, d'un point de vue théorique, une solution réalisable. C'est-à-dire, prévoir un corpus de règle propre à un contrat commercial en droit français³. Autrement dit, l'harmonisation du droit des contrats commerciaux est envisageable par l'unification du droit des contrats des différents pays au sein de leur législation nationale respective. Il est nécessaire que chaque pays dans sa législation interne prévoie un régime juridique en se rapprochant à un standard. Rassembler

³ A vrai dire, cette solution n'est pas chimérique d'un point de vu psychologique. Tout changement collectif passe par un changement individuel. Un individu ne peut changer la société qu'il n'a pas rectifié son comportement. Certes, cet énoncé n'est pas un argument afin de justifier le fondement de la reconnaissance du contrat commercial en droit français. Mais elle pourrait être une image afin de démontrer le chemin pour tout type de changement. On ne peut pas contraindre ou pousser les autres pays afin de choisir un autre système juridique. Un système juridique peut s'améliorer pour que les autres ordres juridiques puissent s'adapter ou inspirer de ce nouveau système.

les pays du monde dans une conférence afin d'adopter un texte unique pour le régime des contrats n'est pas la solution. Plusieurs questions se posent concernant une telle solution : pourquoi ne pas prévoir un corpus de règle unique pour le droit des contrats ? Pourquoi le réduire une catégorie qu'est celle des contrats commerciaux ? A quel standard les droits nationaux doivent-ils se rapprocher ? Pourquoi commencer par le droit français ? Nous essayerons tout au long de cette thèse de répondre à ces questions.

5. Notre recherche se limite aux contrats commerciaux. Le but n'étant pas de lier le droit commun des contrats de différentes nations. Et cela pour deux raisons. Tout d'abord, d'un point de vue empirique. En effet, la tentative d'harmonisation du droit des contrats nationaux n'a pas obtenu beaucoup de succès au niveau international et régional. Ensuite, d'un point de vue théorique, une telle ambition n'est réalisable qu'en convainquant tous les pays d'appréhender le contrat de la même manière. Surtout, si on accepte l'idée selon laquelle le droit est le reflet des normes établies par interaction entre les individus dans une société mais pas celui d'une autorité suprahumaine. Cela est loin d'être réalisable d'autant plus que le contrat est un outil juridique utilisé pour satisfaire des besoins variés dans plusieurs domaines tels que les relations familiales, celles entre l'État ou ses représentants et les citoyens, celles entre un professionnel et un consommateur, celles entre deux États souverains ou encore celles entre deux professionnels. Prenons l'exemple du contrat de mariage. Cette institution civile et historique varie d'une culture à l'autre. Il est alors très difficile d'unifier le régime juridique de ce contrat entre différents pays.

C'est pour cette raison que nous avons décidé de se concentrer sur le contrat commercial car le rapprochement entre différents systèmes en cette matière est plus probable⁴. Nous ne prétendons pas que les pratiques commerciales sont les mêmes partout, nous pensons simplement que les commerçants ou les professionnels acceptent facilement les pratiques optimales pour le commerce. Car ce dernier ne relève pas de l'ordre idéologique. En effet, le commerce n'a pas de pays/religion ! C'est ce qui a été démontré par la sociologie juridique et

⁴ Le commerce est une branche de l'économie. Il est donc tout à fait normal que le droit commercial comme les autres branches du droit économique suit les principes et les théories économiques. Selon l'un de ces principes, il faut déréglementer l'économie. Ce principe ne signifie pas qu'aucune réglementation n'est nécessaire dans le domaine du droit commercial. Mais il veut simplement dire que le commerce doit être protégé des décisions politiques, des influences religieuses etc. Une réglementation garantissant le bon fonctionnement et l'essor du commerce est donc nécessaire. Ainsi, le droit de la concurrence assure le bon fonctionnement d'un marché concurrentiel. Le contrat commercial, utilisé comme un outil d'échange dans le domaine de commerce, est également soumis à ce principe. Le droit des contrats commerciaux formés par des pratiques des acteurs économiques se transfère facilement d'un pays à l'autre. Le but d'un droit des contrats commerciaux est avant tout le bon fonctionnement des échanges commerciaux.

utilisé par Goldman dans sa théorie de la *lex mercatoria*⁵. La société des commerçants a ses propres règles. Autrement dit, le processus d'unification passe par l'effort des droits nationaux afin de se ressembler à une référence commune. Cette dernière ne dépend d'un seul pays en question mais est celle du droit des commerçants en matière contractuelle.

6. Mais pourquoi la mise en œuvre de cette solution passe par le droit français ? Tout d'abord parce que la démonstration de cette thèse doit être effectuée à l'intérieur d'un ordre juridique national. En effet, nous avons l'opportunité de réaliser notre thèse en droit français car ce dernier est leader du système continental et est une source d'inspiration pour plusieurs législateurs étrangers⁶. La conception du contrat commercial autonome en droit français est alors la première étape d'harmonisation du régime juridique des contrats commerciaux internationaux. Cette thèse étudie la proposition de solutions autres que celles proposées jusqu'aujourd'hui⁷. Et enfin, sur le plan théorique, concevoir un contrat commercial autonome en droit français est moins difficile car il existe déjà une distinction entre le droit commercial et le droit civil.

Après avoir défini la motivation de notre étude, il est nécessaire d'approfondir l'objet de notre thèse.

7. **Objet de l'étude** : Le contrat commercial autonome est un concept qui semble à la fois clair, confus et ambigu. Il est clair car nous avons déjà mentionné que le concept de contrat commercial est connu du juriste français. Mais dans cette thèse, ce concept diffère totalement de ce qui est compris de nos jours. C'est cette polysémie qui sera source de confusion. Elle exige la redéfinition du contrat commercial. Ensuite c'est le caractère autonome du contrat commercial qui prête à confusion. Il est légitime de se poser plusieurs questions quant au caractère autonome du contrat. Par rapport à quoi le contrat commercial doit-il être autonome ? Nous développerons ces sources de confusion et d'ambiguïté afin de

⁵ GOLDMAN B., « Frontières du droit et *lex mercatoria* », Archives de Philosophie du Droit (APD), T. IX, 1964, p. 177-192. Dans cet article très célèbre, l'auteur soutient que le droit ne naît pas nécessairement de l'État. Il peut arriver que, par nécessité, pour régir des relations économiques qui dépassent les frontières étatiques, les relations économiques internationales, naissent spontanément et par usage des règles juridiques. L'auteur les désigne par ce vocabulaire qu'il forge : la *lex mercatoria*.

⁶ Il suffit de comparer le nombre des pays appartenant au système continental avec celui de *Common Law*. D'après la statistique de la fondation du droit continental, 90 pays du monde se trouvent dans le système romano-germanique contre 30 pays pour le système *Common Law*. En ligne : <https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/>.

⁷ Cf. *infra* n° 571 et s.

faciliter la compréhension de notre sujet afin de mieux le cerner.

Choisir pour objet d'étude un concept qui existe déjà en droit positif semble difficile et complexe. En effet, nous devons être capable de démontrer en premier lieu les difficultés liées à ce concept en droit positif, pour pouvoir ensuite les redéfinir. Tel est le cas du contrat commercial dans notre étude. Nous devons tout d'abord « déconstruire » la définition de ce concept afin d'être en mesure d'en proposer une nouvelle. C'est pour cette raison que nous ne définissons pas le contrat commercial dans cette introduction. Le caractère commercial d'un contrat ou la commercialité⁸ est une notion centrale dans notre thèse que cette dernière nécessite une clarification.

8. La définition du contrat commercial en droit actuel nécessite un chapitre entier de notre thèse. Ici, nous nous contenterons simplement de quelques exemples afin de démontrer l'importance de la définition de la commercialité d'un contrat. Le contrat commercial, le contrat international, le contrat commercial international, le contrat de vente commercial et encore plusieurs autres types de contrats existent et dans lesquels le concept de contrat est suivi d'un adjectif commercial.

Prenons l'exemple du « contrat commercial » et du « contrat commercial international ».

Comment faut-il définir la commercialité d'un contrat ? Cette définition dépend-elle

⁸ Ce mot semble n'exister pas dans les dictionnaires et langage moderne. Il a été utilisé au XIX siècle, par la jurisprudence de la cour de cassation et les ouvrages juridiques. Dans le dictionnaire littré deux sens ont été énumérés pour ce mot :

1- Caractère commercial de valeurs, d'effets. Ex : *Que la commercialité des titres [chèques] falsifiés ne pouvait résulter de la fausse signature d'un commerçant ; qu'il fallait encore la preuve que l'acte falsifié se rapportait à un acte de commerce*, Gaz. des Trib. 4 oct. 1873, p. 954, 4^e col.

2- Situation de commerçant. Ex. *Sur le moyen tiré de la non-commercialité du défendeur, qui prétendait n'avoir pas agi en qualité de commerçant*, Gaz. des Trib. 2 avril 1874, p. 317, 3^e col.

Dans aucune de ces causes de gain [d'un chef de claque] on ne surprend la spéculation, c'est-à-dire la commercialité elle-même, Gaz. des Trib. 16 avril 1874, p. 365, 3^e col.

En droit français, certains auteurs utilisent ce mot afin de désigner tout ce qui relève du droit commercial, TANGI Noël, « La notion de commerçant d'après les procédures de faillite devant les tribunaux de commerce de Bretagne au XIX^e siècle », Rev. Histoire de la justice, Vol. 17, n^o. 1, 2007, p. 153-164 ; D'après PICOTTE Jacques, Juridictionnaire, recueil des difficultés et des ressources du français juridique, réalisé par le Centre de Traduction et de Terminologie Juridiques (CTTJ), actualisé au 15 octobre 2018, Faculté de droit, L'Université de Moncton ; commercialité s'entend du caractère de ce qui réunit les critères d'appartenance au droit commercial ; Le dictionnaire de l'académie des sciences commerciales définit « commercialité » ainsi : Qualité de ce qui est régi par le droit commercial : <https://academie-des-sciences-commerciales.org/>.

de la qualité des parties ?⁹ Ou est-ce que la commercialité d'un contrat se définit-elle de la même manière que la commercialité d'une activité en se basant sur les critères de l'article L.110 du code de commerce ?¹⁰

L'importance de la définition de commercialité d'un contrat en droit français peut être d'un point de vue interne et international.

En droit interne, le premier enjeu est évidemment la détermination du tribunal compétent¹¹. En effet, c'est l'article L.721-3 du code de commerce qui détermine la compétence des tribunaux de commerce. La détermination du tribunal compétent pour les litiges mentionnés aux alinéas 1¹² et 2¹³ dudit article est simple. Il importe peu que l'on qualifie un contrat de commercial ou pas pour connaître la compétence du tribunal de commerce. Le critère essentiel est de connaître le commerçant ou la société commerciale.

En revanche, l'alinéa 3 de l'article L.721-3 du code de commerce instaure la compétence des tribunaux de commerce dans les contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. Cette fois-ci ce le seul critère qui nous permet de saisir un tribunal de commerce est l'acte de commerce, sans se soucier de la qualité des cocontractants. Alors, si un contrat revêt la qualification commerciale, il devra être porté devant les tribunaux commerciaux.

La qualification du contrat commercial est importante car elle permet d'appliquer le régime approprié en matière de la preuve des obligations contractuelles. Le régime de la preuve des obligations civiles fait l'objet du titre IV bis du code civil et le législateur prévoit des modalités afin de prouver ces obligations. Alors que l'article L.110-3 du code de commerce prévoit une autre règle en matière de preuve du contrat commercial : « A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il

⁹ Dans le cas où on accepte ce critère, il y a de nouvelles questions à se poser : Comment déterminer un commerçant étranger ? (notamment dans les pays où il n'y a pas de distinction entre le droit civil et le droit commercial.) Est-ce que le juge français, doit le déterminer unilatéralement et en fonction des critères de droit français ? Ce qui engendre le conflit de qualification en droit international.

¹⁰ Nous verrons dans le premier chapitre que la jurisprudence a écarté ce critère et elle a choisi un critère économique. C'est-à-dire un contrat qui met en jeu l'intérêt du commerce international est considéré comme un contrat commercial international. Cf., n°424 et s.

¹¹ Nous pouvons aussi mentionner quelques règles spéciales qui sont applicable en matière commerciale

¹² L'art. L.721-3, ali. 1 du code de commerce instaure dans les contestations relatives aux engagements entre commerçants. Ces engagements pourraient être les engagements conventionnels ou les contrats.

¹³ L'al. 2 dudit article parle des contestations relatives aux sociétés commerciales. Ces litiges pourraient.

n'en soit autrement disposé par la loi ». La Cour de Cassation a déduit de ces dispositions que la preuve d'un contrat commercial pourrait librement être apportée¹⁴.

En droit international, l'enjeu le plus important est de déterminer la loi applicable au contrat. C'est-à-dire, lorsqu'un rapport contractuel est qualifié de « contrat commercial international, on détermine son régime juridique applicable via le système conflictuel, celui universaliste ou la *lex mercatorai*. Comme nous l'avons cité ci-dessus, tous les travaux, en l'occurrence se sont focalisés sur le régime juridique d'un contrat international mais pas de sa commercialité.

9. Que ce soit en droit interne ou en droit international, la recherche d'une définition du contrat commercial apporte une réponse à deux questions d'ordre différent. La première question est de savoir si nous avons besoin d'une théorie générale (corpus de règles spécifiques) concernant les contrats commerciaux. La deuxième question est de savoir si nous pouvons établir une source légale pour cette théorie. Autrement-dit, comment faut-il rechercher quelles règles régissent le régime juridique d'un contrat qualifié de commercial ? En droit interne, la doctrine fait référence au code civil et au code de commerce et en droit international, elle utilise le droit national, le droit international et le droit *a* national afin de répondre à ces questions, sans nécessairement procéder à la distinction entre ces droits. C'est pourquoi pour chaque rapport commercial, il existe des régimes différents !

10. Afin d'unifier le régime juridique d'un contrat commercial interne ou international, il lui faut alors une autonomie. Tout d'abord, il faut une autonomie notionnelle. C'est-à-dire une définition intrinsèque au rapport contractuel. Pas un critère formel comme la qualité des parties ou un critère déterminé dans un seul ordre juridique national. De plus, il faut une autonomie par rapport aux règles du droit applicable à un contrat commercial. La recherche de cette autonomie en droit interne et en droit international suscite plusieurs questions : Est-ce que cette autonomie doit être définie par rapport au droit public, au droit commun des contrats ? Est-ce que ce serait un contrat autonome comme le contrat de mariage ou le contrat de travail ou plutôt reste soumis aux droits communs des contrats ? De même nous pouvons nous poser la même question en droit international ; est ce que cette autonomie doit être définie par rapport aux droits nationaux ? Comment doit-on trouver les sources de cette autonomie.

11. L'approche historique : La distinction du contrat civil du contrat commercial

¹⁴ Cass. com. 31 mars 1992, n° 90-12.801.

n'est pas en soi une nouvelle idée. Depuis le XVII^e siècle, la doctrine ainsi que la jurisprudence ont reconnu le principe d'un traitement différent entre un contrat commercial et un contrat civil.

Concernant la doctrine, nous pouvons citer les extraits suivants : *« le but de la distinction des affaires civiles des affaires commerciales est le règlement convenable des litiges de chacun de ces affaires. Le législateur a senti que les transactions de l'ordre civil et celles de l'ordre commercial ne se faisant ni par des personnes de la même catégorie, ni dans les mêmes circonstances, les règles des unes et des autres ne pouvaient pas être les mêmes. [...] c'est une erreur de dire, comme on le répète si souvent, que le droit commercial n'est qu'une exception du droit civil. Chacun d'eux est sui generis, quant aux affaires qui lui appartiennent.*

Ce n'est pas qu'un assez grand nombre de contestations relatives à des contrats commerciaux, ne puissent et ne doivent même se décider par application de règles contenues au code civil ; mais ce n'est point parce que ce code est le droit commun, dont le droit commercial ne serait qu'une exception ; c'est d'abord parce que le code civil contient certaines règles d'ordre public, comme celles qui concernent les bonnes mœurs et les incapacités ; c'est encore parce que le code de commerce s'approprie virtuellement plusieurs dispositions de l'autre code, ou se les rend expressément propres ; c'est enfin parce que, relativement aux obligations conventionnelles surtout, elles ne font qu'énoncer certains préceptes du droit naturel, ou des déductions de ces préceptes qui n'appartiennent pas plus au code où ils sont écrits qu'à celui où ils ne le sont pas, et qui ne le fussent-ils nulle part, n'en seraient pas moins appliqués par le juge, comme ils l'étaient avant d'être formulés. Les conventions commerciales et les autres conventions ont bien un droit qui leur est commun ; mais ce droit n'est pas de la loi positives ; c'est la loi naturelle plus ou moins restreinte, plus ou moins modifiée selon la nature respective de ces conventions »¹⁵.

12. Concernant la jurisprudence, il faut citer les commentaires des auteurs commercialistes concernant deux arrêts du 5 juillet 1820 et du 28 juin de 1825 de la Cour de cassation. En effet, pour ces derniers, l'origine de ce faux principe, selon lequel le droit commercial est une exception au droit civil, se trouvent dans ces deux arrêts de la Cour. Ce n'est point le législateur à l'origine de cette confusion. Au contraire, dans la discussion des

¹⁵ DELAMMARE E., POITVIN J., Traité du contrat de commission, Paris N. Delamotte Ainé , 1840, T. V., p. 14-15.

deux Codes au sein du Conseil d'État, et dans le discours préliminaire du Code civil, les fondateurs proclamèrent hautement l'incompatibilité de l'esprit des lois civiles avec l'esprit des lois du commerce. La raison de ce principe est la position de la doctrine anti-commerciale dont le reflet est l'arrêt du 5 juillet 1820 de la Cour de cassation.

M.M. Delamarre et Le Poitvin, commentant cet arrêt, expliquent que : la Cour de Montpellier avait jugé que, hors le cas prévu par l'art. 95 du Code de commerce, relatif au commissionnaire, les articles 2073 et 2074¹⁶ ne s'appliquent pas au nantissement commercial ; et la Cour suprême déclara que l'art : 2084 du Code civil¹⁷, portant que les dispositions précédentes, relatives au gage, ne sont point applicables aux matières de commerce, a est devenu sans « objet, par l'abrogation que l'art. 2 de la loi du 15 septembre 1807¹⁸ a prononcée des lois anciennes du commerce ».

La loi du 15 septembre 1807 abroge les anciennes lois touchant les matières commerciales sur lesquelles il est statué par le Code de commerce, et n'abroge que ces lois. Or, le Code de commerce n'a rien statué sur le contrat de nantissement entre le prêteur et l'emprunteur. Il ne statue que relativement au commissionnaire (art. 95), [...]. Par conséquent, poser en principe que la loi du 15 septembre 1807 a prononcé l'abrogation des anciennes lois du commerce, et le décider ainsi sans distinguer entre les matières sur lesquelles ce Code statue et celles sur lesquelles il a gardé le silence, ce n'est pas seulement faire dire à cette loi ce qu'elle ne dit point, c'est lui faire dire le contraire de ce qu'elle dit en toutes lettres.

[...]. La Cour de cassation s'est donc méprise ; elle est partie d'un principe manifestement faux, et d'un tel point de départ on n'arrive jamais qu'à l'erreur. Une fois admis que la loi du 15 septembre 1807 avait indistinctement abrogé toutes les lois anciennes du commerce, il était conséquent de dire et l'arrêt porte : « Attendu que l'art. 2074 est maintenant applicable à tous les nantissements, sans distinction, **comme toutes les lois composant le code civil le sont dans tous les cas où il n'y a pas été dérogé par une loi spéciale** »¹⁹.

Dans cet arrêt de principe, la cour de cassation énonce que le code civil est applicable

¹⁶ Le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilège et préférence aux autres créanciers.

¹⁷ Art. 2084 du Code civil. « Les dispositions ci-dessus ne sont « applicables ni aux matières de commerce, ni aux maisons de « prêt sur gage autorisées, et à l'égard desquelles on suit les lois et « règlements qui les concernent ».

¹⁸ Art. 2 de la loi du 15 septembre 1807. « A dater dudit jour, « 1^{er} janvier 1808, toutes les anciennes lois touchant les matières « commerciales, sur lesquelles il est statué par ledit Code (de commerce), sont abrogées. »

¹⁹ DELAMMARE E., POITVIN J., *Op. cit.*, p. 8-10.

à tous les rapports juridiques dans tous les cas où il n'y a pas été dérogé par une loi spéciale. Par conséquent, c'est le code civil qui régit les rapports commerciaux dans la mesure où il n'y a aucune disposition le concernant dans le code de commerce. C'est pour la première fois que ce principe a été nettement formulé et érigé.

Cinq ans plus tard, la Cour de cassation dans un arrêt du 28 juin 1825 revient sur sa décision de 1820. « *Mais, quand une fois la vérité a perdu la possession, qu'il lui est difficile d'obtenir sa réintégrande ! Ce fut en vain que, abjurant l'erreur d'un moment, la Cour suprême rétablit les vrais principes ; on s'en tint à l'arrêt de 1820, dont la doctrine est beaucoup plus commode* »²⁰. En effet, l'arrêt de 1825 reconnaît aux tribunaux le droit **d'écarter entièrement** certaines dispositions du Code civil, **de les modifier**, ou d'en faire application aux matières commerciales, à la condition de peser mûrement toutes les circonstances, de consulter **l'intérêt du commerce**, et d'avoir toujours l'équité pour guide.²¹

13. C'est sur ce point que nous voulons insister dans notre thèse, le contrat commercial (qui doit être spéculatif pour toutes les parties d'après notre définition) exige un régime propre ou une interprétation différente du code civil.²² La promotion du commerce et de la mondialisation passe par cette évolution/interprétation.

C'est ce fardeau que nous allons nous y tacher dans cette thèse. Quel est l'esprit et le rôle du code civil en matière de contrats commerciaux ? Est-ce qu'aujourd'hui les dispositions du code civil sont-elles toujours considérées comme le droit commun des contrats ? Est-ce que les juges prennent en compte l'enseignement de l'arrêt 1825 afin d'interpréter les dispositions du code civil en matière de contrats commerciaux ? Quel besoin a poussé le législateur à modifier le droit des contrats ? Quel est l'impact de la réforme du droit des

²⁰ DELAMARRE E., LE POITVIN J., *Traité théorique et pratique de droit commercial*, T. V, p. 12, les auteurs écrivent : Mais quelque chose de plus malheureux encore, c'est que, loin de s'opposer aux progrès de cette doctrine anticommerciale contre laquelle nous protestons de nouveau avec le législateur lui-même, un très-grand nombre de tribunaux consulaires (nous le disons à regret, mais il faut bien le dire), semblent avoir pris à tâche d'en favoriser la propagation.

²¹ Ce n'est pas là du pouvoir absolu ; c'est une faculté discrétionnaire, et, pour en user sagement, il ne suffit pas de vouloir, il faut savoir. Suivant l'arrêt de 1820, au contraire, *recedant vetera, nova sint ornnia* ; il suffit d'ouvrir le Code de commerce pour le besoin du moment. N'y trouve-t-on pas, en toutes lettres, la décision que l'on cherche sur le louage des navires, la lettre de change, l'assurance, le nantissement, la commission, les achats et ventes, etc., etc., vite au Code civil ; c'est un oracle qui répond toujours et sur tout, toujours clairement, toujours bien.

²² POUMAREDE Matthieu, « La pénétration en droit civil des techniques du droit commercial », in *Qu'en est-il du code du commerce 200 ans après ?*, SAINT-ALARY-HOUIN Corinne (dir.), LGDJ, Paris, 2009, p. 113-125.

obligations sur l'esprit du droit des contrats ? Suit-elle un esprit commercialiste ou civiliste ? Ces questions nous amènent à s'intéresser au contexte des lois civiles et des lois commerciales concernant le contrat

14. Le contexte : le code civil de 1804 est basé sur le postulat d'égalité des contractants²³. Nous ne sommes pas en mesure d'affirmer ou d'infirmer cet énoncé car à notre sens, cette question n'a pas été envisagée lors des travaux préparatoires du code civil²⁴. Le souci du législateur est avant tout de codifier et unifier le droit des contrats sur l'ensemble du territoire. C'est avec le temps, des progrès techniques, commerciaux, l'évolution de la société, et l'apparition de nouvelles situations que les juristes ont songé à une question fondamentale afin de trouver réponse. L'une des évolutions fondamentales de la société est la naissance du concept du consommateur. Ce dernier doit être protégé au sein de ses relations contractuelles. Cette évolution en matière de protection du contractant a très vite suscité des controverses autour du principe de l'autonomie de volonté. Les partisans de la liberté et de l'autonomie contractuelle défendent l'idée selon laquelle les parties sont libres et sont maîtres du destin de leur contrat, alors que l'autre partie réfute l'absolu de ce principe et milite pour son adaptation. La divergence entre ces points de vue existe toujours de nos jours. Elle permet une interprétation différente du code civil en matière contractuelle. Derrière cette divergence se cache un élément important de la définition du contrat. Il s'agit des contractants. Nous sommes en effet habitués à lire que les parties d'un contrat doivent être au nombre d'au moins deux personnes²⁵. L'âge et l'état sont deux autres éléments jouant un rôle majeur dans la formation du contrat. En effet, ils permettent de déterminer la capacité des différentes parties à contracter. En revanche, personne ne s'est intéressé au but des contractants afin de déterminer leurs droits et leurs obligations dans une relation contractuelle. Certes, ce but a été pris en considération dans certaines relations contractuelles à travers notamment de la qualité des parties comme le contrat de consommation ou le contrat de droit public.

15. Mais qu'est-ce qu'on entend par régime juridique propre au contrat commercial ? Nous pensons que le droit de la consommation peut aider les lecteurs à distinguer ces questions. A cette fin, nous envisageons une analogie entre d'une part les rapports entre droit

²³ ROCHFELD Judith, Les grandes notions du droit privé, PUF, 2^e éd., Thémis, 2013, p. 416.

²⁴ De la même manière qu'il y a des arguments affirmant l'égalité des contractants, il y a des arguments réfutant cette idée. Au contraire, nous pouvons envisager l'argument qui consiste à réfuter cette idée. En effet, l'édification du code de commerce en 1807 prouve le souci de législateur concernant le commerce.

²⁵ Le contrat avec soi est nul !

de la consommation et droit commun des obligations, et d'autre part les rapports entre droit commercial et droit commun des obligations. Une telle analogie permettra de mettre en évidence la nécessité et le fonctionnement d'une théorie générale des contrats commerciaux.

16. Avant tout, il faut préciser pourquoi nous avons choisi de comparer droit commercial et droit de la consommation, plus spécifiquement le droit du contrat de la consommation. Deux raisons ; légale et doctrinale, motivent le recours à cette analogie.

Concernant la raison légale : Il s'agit d'une comparaison entre l'ancien article 1107 du code civil et le nouvel article 1105 du code civil. Ces articles déterminent le domaine d'application des règles de droit commun des contrats. La nouvelle rédaction de cet article après modification indique :

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

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

Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ».

Alors que l'ancienne version de cet article disposait que : *« Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre.*

Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux ; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce ».

L'analyse des évolutions connues par cet article révèlent plusieurs points importants :

Il convient de s'interroger sur la suppression de la disposition : *« les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce »*. Cela pourrait signifier que le législateur cherche à supprimer la distinction existante entre contrat commercial et contrat civil. En effet, nous avons vu que cet article constitue la base légale de la doctrine soutenant la distinction entre ces deux types de contrats. Mais une étude minutieuse de cet article indique que le législateur ne cherche pas à supprimer cette distinction mais à la confirmer, et reconnaît l'existence d'autres contrats autonomes.

La rédaction de l'ancien article 1107 du code civil obligeait le législateur à préciser

que les transactions commerciales étaient soumises aux lois de commerce. En effet, l'article suivait la structure du code et édictait que les « règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres [du code civil] relatifs à chacun d'eux ». Donc, le code civil devait consacrer une disposition supplémentaire aux règles propres aux transactions commerciales, celle-ci ne figurant pas dans un de ses titres mais au sein du code de commerce. Au contraire avec la nouvelle rédaction de l'article 1105, le législateur une disposition plus générale et édicte « les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux ». Il renvoie au régime juridique spécial de chaque contrat quelle qu'en soit la localisation : code civil, code de commerce, code de la consommation, etc. Ainsi, la disposition renvoie aux règles du contrat de prêt situées dans le code civil pour les contrats de prêt. Mais elle permet aussi un renvoi aux règles du contrat commercial situées dans le code commercial pour les contrats commerciaux, ces dispositions leur étant « propres ». La rédaction originelle s'explique par le contexte de rédaction : à l'époque, les seules sources du droit des contrats étaient le code civil et le code de commerce. Le législateur mentionnait donc les règles propres aux transactions commerciales comme une exception aux règles générales. Mais, aujourd'hui, en raison de l'expansion des contrats et surtout de la création de nouveaux codes, notamment le code de la propriété intellectuelle et le code de la consommation, les règles propres à chaque contrat peuvent être trouvées dans ces multiples documents. Une liste recensant toutes les sources de règles contractuelles spéciales serait trop peu adaptée (lourdeur, nécessité de mise à jour régulière, etc.) et éloignée de la logique du droit continental.

Après avoir expliqué la raison légale justifiant le recours à une analogie du lien entre contrat de consommation et droit commun des contrats et de même le rapport entre contrat commercial et droit commun des contrats, il convient développer la raison doctrinale à cette analogie.

17. **Quant à la raison doctrinale** : il convient de rappeler l'influence de la création du contrat de consommation non seulement sur le droit commun des obligations, mais également sur le contrat commercial, que ce soit en droit interne ou droit international.

Nous verrons qu'avant la formation d'un droit de la consommation, les contrats conclus entre un commerçant et un particulier étaient considérés comme des contrats commerciaux²⁶. Ils étaient alors soumis aux régimes des actes commerciaux mixtes. La

²⁶ Cf. *infra* n° 489 et s.

naissance d'un droit des contrats de la consommation a modifié les limites du contrat commercial sans que l'on constate un changement d'attitude des auteurs commerciaux dans l'étude du contrat commercial, ce qui semble dommageable. En effet, le droit de la consommation amène de nouvelles notions, son domaine empiète sur celui du contrat commercial. De ce changement dans les limites au domaine du contrat commercial a résulté la modification partielle du droit commun des contrats et du droit des contrats commerciaux (il faut vérifier si cela concerne uniquement aux règles de fonds ou aux règles de procédure aussi). Ainsi, il convient d'étudier l'articulation entre les domaines du contrat commercial et ceux du contrat de consommation.

18. Autre argument en faveur d'une analogie entre les contrats commerciaux et les contrats de consommation, c'est la qualité du cocontractant qui détermine la qualification du contrat (en contrat commercial ou en contrat de consommation). L'étude de cette méthode de qualification, et donc de définition, de ces contrats nous permettra de démontrer l'inefficacité de ce critère de la qualité de la partie, ou du moins les problèmes qu'il engendre²⁷.

La codification du droit de la consommation, et, donc, des règles relatives au contrat de consommation, amène à s'interroger sur les liens entre droit des contrats et droit du contrat de consommation, comme s'interrogent la plupart des auteurs du droit de la consommation : le droit de la consommation est-il un droit autonome, puisqu'il dispose d'un corps de règles qui lui est propre, ou un droit dérivé du droit commun avec lequel il conserve des liens ?²⁸ Notre étude se focalise sur la matière contractuelle et non le droit de la consommation en entier. Nous analyserons donc la relation entre droit commun des contrats et le contrat de consommation afin de déterminer si ce dernier est devenu un contrat autonome.

Les réponses à cette question de l'autonomie du contrat de consommation diffèrent selon les auteurs :

I : Le contrat de la consommation sous l'égide du droit civil :

19. Nous pouvons remarquer les mêmes positions qui existent concernant l'autonomie de contrat commercial par rapport au contrat de consommation. Cet extrait de M.

²⁷ Cf. *infra* n° 90 et s.

²⁸ RZEPECKI Nathalie, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2002. Certains auteurs croient en autonomie du droit de consommation : cf. AUBERT Jean-Luc, FLOUR Jacques, SAVAUX Eric, Droit civil : Les obligations : L'acte juridique, SIREY, 16^e éd., Paris, 2014, n° 184. p. 169-173.

Julien révèle le fondement de la pensée des auteurs qui n'envisagent pas l'autonomie : « *La question [de l'autonomie du droit de la consommation par rapport au droit civil], et sans doute aussi la réponse, est en grande partie vaine, tant les liens qui unissent les deux matières sont évidents. La première des raisons réside sans doute dans le fait que le contrat est au cœur des relations unissant le professionnel au consommateur. L'essentiel de la matière, et donc du code, est relatif au contrat de consommation. C'est en réalité une qualification qui va être apposée à une convention à l'origine tout à fait classique. Nous serons en présence d'une vente, d'un louage, d'une prestation de service, au sens du droit commun. Le point de référence sera donc le Code civil, et plus précisément tous ensemble le droit des obligations et le droit des contrats spéciaux. Ce qui va faire le particularisme de la matière, et justifier un ensemble de règles spécifiques, ce n'est pas la nature du contrat, mais la qualité des contractants* »²⁹.

Ainsi, pour cet auteur, un contrat de consommation n'est qu'un contrat spécial, soumis à la théorie générale des contrats, avec quelques spécificités. Cette approche est majoritaire parmi les auteurs du droit de la consommation. Ainsi, comme l'énonçait M. Calais-Auloy, à propos du contrat de consommation, « *celui-ci est particulier, il n'est pas autonome* »³⁰. Selon lui, ce contrat, comme le contrat commercial, est défini en fonction de la qualité des contractants.

Cette classification selon la qualité des contractants pose problème car, dans le contrat de consommation ou le contrat commercial, il y a deux parties avec deux qualités différentes. Par la suite, d'après le code du commerce, un tel contrat sera défini comme un contrat de commerce, alors que d'après le code de la consommation, le même contrat sera qualifié de contrat de consommation. Les deux codes édictant des dispositions spécifiques, dérogeant aux dispositions générales, l'adage « *le spécial l'emporte sur le général* » ne nous est d'aucun secours ici, les deux matières contenant des dispositions spéciales³¹.

Le fait de définir un contrat en fonction de la qualité du contractant est critiquable d'un point de vue pragmatique en raison de la difficulté à déterminer cette qualité. Si les

²⁹ JULIEN Jérôme, *Droit de la consommation*, LGDJ, 3^e éd., Issy-les-Moulineaux, 2019, p. 27

³⁰ CALAIS-AULOY Jean, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.*, 1994, p. 239.

³¹ Cf. *infra* n° 490 et s. Nous verrons dans le chapitre VI que la théorisation de l'acte mixte n'a pas aidé à régler ce problème. Une théorie selon laquelle, le contrat à l'égard de consommateur est considéré comme un contrat de consommation et il sera un contrat commercial à l'égard de commerçant.

définitions légales ou doctrinales des concepts de « *commerçant* » et de « *professionnel* » sont relativement évidentes, ce n'est pas le cas des termes « *consommateur* » ou « *particulier* ». En effet, ces notions sont définies de manière négative. C'est-à-dire en les excluant des domaines des notions de commerçant ou de professionnel. Autrement dit, le cocontractant sera un particulier ou un consommateur à défaut d'être un professionnel ou un commerçant.

Un consommateur ou un particulier ne porte pas une étiquette indiquant sa qualité au moment de la conclusion du contrat. Cela peut engendrer de l'insécurité juridique, le contractant pouvant ignorer sa propre qualité ou celle de son cocontractant. Il semble plus pertinent de rechercher le but poursuivi par les parties pour déterminer le sort du contrat (son éventuelle qualification en contrat de consommation), plutôt que la qualité des parties qui le concluent. Le critère du but de l'opération contractuelle a l'avantage d'être plus évident pour les deux parties, mais c'est de toute façon ainsi qu'est réellement déterminé si un contrat est un contrat de consommation. En effet, la distinction devrait en réalité être faite en fonction de l'objectif recherché par les contractants.

L'extrait suivant issu de M. Julien nous explique comment les différences entre les objectifs poursuivis d'un côté par le code civil et de l'autre par le code de la consommation, justifie l'existence de règles différentes pour une même question de droit à savoir, en l'occurrence, la question de la validité du contrat. En étudiant cet extrait, on peut se poser une question: si le but recherché par les parties diffèrent, cela alors même qu'elles ont conclu le même type de contrat (un contrat de consommation qui est aussi un contrat de vente par exemple), et si un régime juridique différent trouve à s'appliquer selon l'objectif recherché par le droit (protection du consommateur par exemple), on peut se demander s'il ne serait pas pertinent de définir deux contrats différents pour se voir appliquer deux régimes spéciaux. M. Julien énonce « *les objectifs poursuivis par les deux codes ne sont pas, non plus, identiques, même si bien sûr les différences ne sont pas nettement tranchées. Dans le Code civil, l'essentiel réside, moins dans la protection du contractant que dans celle du contrat la finalité réside indiscutablement dans la force obligatoire du contrat. (...) Le Code de la consommation, globalement, poursuit un autre objectif. Il ne s'agit pas véritablement de s'assurer de la validité du contrat, en s'attachant par exemple à l'intégrité du consentement ou à l'existence d'une cause. (...) Ce point est très important car il marque à la fois la finalité de la législation consumériste et son efficacité. Le but du droit de la consommation n'est pas en effet de s'intéresser à la validité du contrat. C'est même tout le contraire : il vise à corriger les déséquilibres qui existent à l'intérieur du contrat, lequel demeure valide. Le postulat est*

finalement assez simple : la relation professionnel/consommateur est par nature déséquilibrée. Ce déséquilibre risque donc de se retrouver dans le contrat. Par conséquent, il s'agira, tout en maintenant le contrat, de le rééquilibrer, au besoin grâce à la contrainte juridique. C'est d'ailleurs là la raison de son efficacité. Si les contrats ne respectant pas les prescriptions du code étaient seulement annulés, le préjudice pour le professionnel ne serait sans doute pas si grand : un consommateur de perdu, dix de retrouvés... En revanche, si le contrat demeure, mais purgé de ses déséquilibres, alors les choses sont évidemment toutes différentes. C'est bien dans cet esprit qu'a été rédigé l'article L. 141-4 précité »³².

L'approche de cet auteur, justifiant la soumission du contrat de consommation au droit commun des contrats ainsi qu'au droit de la consommation, est exactement celle des auteurs du droit commercial qui réfutent l'existence d'un contrat commercial autonome. Bien que cette approche une partie de la réalité, elle n'est pas parfaite³³.

Ainsi, comme l'énonce M. Julien, « *le contrat sera tel qu'il est décrit dans le Code civil, et ses conditions de validité seront celles du droit commun. Ce qui fera que cette vente sera soumise au droit de la consommation, c'est qu'elle unit un professionnel et un non-professionnel ou consommateur. De cette présentation résulte le fait que le droit de la consommation se place résolument dans la ligne du droit civil des contrats. Les influences entre les deux corps de règles sont d'ailleurs aujourd'hui réciproques même s'il est vrai que, chronologiquement, c'est le droit civil (et pas seulement le Code civil) qui influença le droit de la consommation* »³⁴. On constate que, dans cet extrait, l'auteur s'appuie sur une partie de la théorie générale du contrat et en déduit que le contrat de consommation est par principe soumis à cette théorie. Cette idée, soutenue par les auteurs commerciaux amène à s'interroger sur la notion et la portée de la théorie générale du contrat elle-même³⁵. D'autant plus puisque certains auteurs reconnaissent l'existence d'un contrat commercial autonome ou d'un contrat de consommation autonome. Nous reprendrons les arguments de ces derniers, et tenterons de

³² JULIEN Jérôme, *Ibid.*, p. 30-31.

³³ C'est vrai qu'il suit la théorie générale du droit des contrats mais nous pensons que tous les contrats suivent la théorie générale du contrat ; même les contrats du mariage et du travail qui sont devenus autonomes.

³⁴ JULIEN Jérôme, *Ibid.*

³⁵ Nous pensons que la notion de la théorie générale du contrat est assez ambiguë et nous devons expliquer ce que nous entendons par cette expression. Une fois cette théorie éclairée, il convient d'expliquer quand un contrat est ou doit être considéré autonome par rapport à cette théorie. On a utilisé dans plusieurs cas la notion de théorie en droit ainsi que la théorie de nullité, la théorie de vice de consentement, la théorie l'abus de droit etc. Nous pensons que le contrat est un concept vif que la condition de la naissance, de la vie et de sa mort est déterminée par la loi.

déterminer la relation entre ces contrats spéciaux et la théorie générale du contrat.

II : Le contrat de la consommation, un contrat autonome :

20. M. Stoffel-Munck dans son article « *l'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation* »³⁶, suivant l'idée de Jean-Calais Auloy, défend la théorie « un droit, un code ». Il en déduit que le contrat de consommation a certaines particularités, méritant un code indépendant. Cet argument est plutôt formel : la nécessité d'un nouveau code se justifie ici simplement par la nécessité de séparer les règles spéciales applicables aux contrats de consommation des autres règles du droit commun (celles-ci étant contenues dans le code civil). Puis, l'auteur explique les arguments de fond justifiant l'existence d'un contrat de consommation autonome du droit civil. Il indique, d'abord, que le droit de la consommation est devenu un droit du marché, dont la logique est différente de celle du droit civil. Il explique ensuite que le droit de la consommation vise l'instauration d'un ordre public, dont les règles sont différentes de celles du droit civil. Afin de démontrer cette particularité, il fait tout d'abord une comparaison entre le contenu du code civil et du code de la consommation, puis une comparaison entre le fondement des deux législations. On en déduit que les points de recoupements entre les deux codes sont peu nombreux et qu'au sein même de ces zones de recoupement, la logique des règles est différente.

En ce qui concerne le contrat de consommation, nous pouvons mentionner le titre 3 du premier livre du code sur la formation du contrat et le livre deuxième sur l'exécution du contrat. Ces dispositions correspondent à l'intégration des règlements et des directives européennes que le législateur français a choisi de codifier dans un code différent en raison de leurs dérogations au droit commun des contrats³⁷. Nous étudierons par exemple les questions de l'inexécution du contrat et la position du droit européen des contrats et la comparaison avec le contrat commercial³⁸.

Concernant la formation des contrats et des clauses abusives, nous considérons que le fondement et les objectifs du droit de la consommation justifient un corpus de règles propre au contrat de la consommation et que ce contrat soit considéré comme autonome. On peut

³⁶ STOFFEL-MUNCK Philippe, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », RTD civ., 2012, p. 705.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Cf. *infra* n° 395 et s.

citer l'exemple du droit de rétractation accordée au consommateur par le code de la consommation. Ce droit autorise la rétractation du consommateur, en matière de contrat à distance ou conclu hors établissement, ceci malgré l'existence d'un consentement parfaitement valable puisqu'un contrat a été signé entre le consommateur et le professionnel. Une telle dérogation aux dispositions du droit commun des contrats ne peut se justifier que pour un contrat de consommation. Ainsi, telle relation est évidemment soumise à la théorie générale du contrat (dans le sens que nous entendons), mais seulement en principe. Le contexte de la conclusion du contrat de consommation est devenu tellement spécifique qu'il devrait être considéré comme un contrat autonome.

Il en est de même s'agissant des clauses abusives. Cette matière remet en cause deux règles importantes du droit commun : la force obligatoire du contrat et l'interdiction de l'intervention du juge dans un contrat³⁹. En effet, le juge a été autorisé à intervenir dans un contrat de consommation ayant des clauses abusives afin d'affaiblir la force obligatoire du contrat : il s'agit d'écarter des clauses pourtant stipulées dans le contrat, donc, manifestation de la volonté des parties. Ces spécificités montrent la divergence entre les règles du contrat de consommation par rapport à celles du droit commun des contrats, une divergence qui rend le contrat de consommation autonome.

Pour l'auteur, l'objectif de l'adoption d'une législation consumériste est la protection du consommateur. Autrement dit, il accepte l'objectif poursuivi par le code de la consommation à savoir, protéger la partie faible. Une protection qui se manifeste dans les dispositions dérogeant au droit commun des contrats. Mais, il précise que la raison principale de cette protection reste la nécessaire protection du marché. En effet, le législateur, en protégeant le consommateur, l'encourage à consommer et garantit donc un marché actif. Cette approche se retrouve dans différents instruments européens traitant des contrats en majorité pour les consommateurs⁴⁰.

³⁹ La liste des dérogations d'un contrat de la consommation au droit commun des contrats va être complétée au fur et à mesure.

⁴⁰ Ainsi dans la l'exposé des motifs de la proposition directive du parlement européen et du conseil concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens est indiqué : « Les consommateurs ne sont pas rassurés dès lors qu'il s'agit d'acheter en ligne par-delà les frontières et pensent être mieux protégés lorsqu'ils achètent en ligne dans leur propre pays, étant alors couverts par une législation nationale familière. L'une des principales raisons en est l'incertitude dans laquelle ils se trouvent quant à l'exercice de leurs droits contractuels essentiels. Des régimes nationaux divergents sont également un obstacle à l'application efficace des droits des consommateurs. Ces derniers manquent ainsi des occasions et disposent d'un choix plus restreint de biens, à des prix moins compétitifs. En outre, comme les consommateurs n'ont pas

Les objectifs du code de la consommation varient selon les auteurs, ils ne peuvent être réduits à la seule recherche de la protection du consommateur. La protection du marché et la satisfaction des besoins du consommateur sont autant d'objectifs à prendre en compte.

21. Les propos de M. Julien et M. Stoffel-Munk portant sur l'articulation entre droit civil et droit de la consommation soulèvent plusieurs questions, questions que nous pouvons également nous poser par analogie concernant les contrats commerciaux. Tout d'abord, existe-t-il une autonomie du droit du contrat commercial ? Si c'est le cas, comment prouver cette autonomie et la justifier ? La définition du contrat de consommation ne se croise-t-elle pas celle du contrat commercial ? Ne faut-il pas rechercher un critère de qualifications autre que celui de la qualité des cocontractants ?

En fait, toutes ces questions amènent à nous poser une question essentielle : si certaines caractéristiques rendent le contrat de consommation autonome par rapport au droit civil, une même solution est-elle envisageable s'agissant des contrats commerciaux ?

D'une manière plus générale, pouvons-nous étudier le rapport entre le droit des contrats commerciaux et le droit commun des contrats de la même manière dont certains auteurs étudient le droit des contrats de consommation et le droit commun des contrats, et vont parfois jusqu'à reconnaître l'autonomie du droit de la consommation ? Quels en seraient les fondements ? Nous avons vu les raisons historiques, économiques, sociologiques et philosophiques à la création du contrat de consommation. Il nous faut faire la même chose pour les contrats commerciaux. Il faut également s'interroger sur le contenu du code de commerce et déterminer s'il nous permet de dégager les règles propres au contrat commercial.

Si l'idée générale est d'ajouter aux remèdes individuels et curatifs du code civil des moyens préventifs et collectifs, mieux adaptés au phénomène de consommation de masse, pourrions-nous faire la même chose pour le contrat commercial sous prétexte de l'ampleur du commerce international ?

22. **Démarche de la recherche** : Concernant la définition du contrat commercial, nous exigeons la révision de la notion de contrat et du caractère commercial d'un contrat. A

confiance dans les achats en ligne au-delà des frontières, ils sont incapables de tirer parti des différences de prix existant entre les États membres et manquent dès lors de belles occasions potentielles. Les différences de règles entre législations nationales en matière contractuelle ont entraîné pour les détaillants vendant à des consommateurs des coûts ponctuels de quelque 4 000 000 000 €. Les présentes propositions ont pour objet de créer un environnement propice aux affaires et de faciliter les opérations de vente transfrontière par les entreprises, les PME en particulier ».

cette fin, il est nécessaire de se référer à la réforme du droit des contrats et droit des obligations, entrées en vigueur depuis octobre 2016. Ce nouveau droit prétend la modernisation du droit des contrats français. Il est alors nécessaire de vérifier si la notion de contrat telle qu'elle est proposée dans notre thèse est conforme aux textes en vigueur. Cela dans le but de respecter le droit positif. Nous n'avons pas pour but d'inventer un nouveau concept ou proposer une nouvelle définition pour le contrat. Cet effort a été déjà fait ! Nous essayons de révéler, grâce à une interprétation exégétique, les potentiels du droit des contrats afin de faire évoluer la notion et le régime juridique du contrat commercial. Nous ne nous contenterons pas de simples arguments textuels afin de défendre notre idée car nous pensons que le travail d'un juriste ne se résume pas à l'interprétation exégétique des lois. Le droit est le fruit des interactions des individus dans un endroit et un temps donné. Il n'est pas judicieux de décrire une situation juridique sans en décrire le contexte historique, politique, économique et culturel de la création des règles de droit. Ce travail complémentaire permet l'acceptation des évolutions des notions au fil du temps. C'est pour cela que tout au long de cette thèse, nous utilisons les deux méthodes d'interprétation pour expliquer les différents aspects juridiques d'un contrat commercial qu'il s'agit des règles du fond ou des règles du droit.

23. **Plan** : L'étude juridique d'un concept est principalement basée sur deux approches cumulatives. Tout d'abord l'étude de la définition d'un concept et ensuite celle de son régime juridique. L'importance de l'étude du sens des mots ou la définition trouve son origine à l'époque des grecques et en particulier, les écoles des sophistes⁴¹. C'est la définition juridique d'un concept qui nous permet de le repérer parmi les infinis faits juridiques. Par exemple, le contrat de vente est défini par une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer⁴². Cette définition permet au juriste de déterminer si un rapport juridique peut être qualifié d'un contrat de vente ou pas.

L'importance de l'étude du régime juridique d'un concept découle naturellement de la première. C'est-à-dire, si le juriste a qualifié la relation juridique d'un contrat de vente, il sera nécessaire de déterminer s'il faut un écrit pour former les contrats, quelles sont les obligations des parties, la sanction de l'inexécution des obligations etc. En effet, le régime juridique

⁴¹ Dans leurs luttes et leurs discussions entre elles, ces écoles travaillent le sens des mots et la langue, précisent la portée des termes, fondent la grammaire, la rhétorique, la philologie ; pénètrent les règles de la morale et de l'esthétique. Elles succèdent dans l'antiquité aux fondateurs de la philosophie, et préparent les découvertes de Platon et d'Aristote. FUNCK-BRENTANO Théophile, Les sophistes grecs et les sophistes contemporains, Paris, 1879, p. 15.

⁴² C. civ., art. 1582, al. 1^{er}.

établit les règles applicables au fonctionnement d'un concept juridique.⁴³

L'objet de notre étude, c'est-à-dire le contrat commercial n'échappe pas à cette dualité de l'approche. Nous essayons de trouver une définition au contrat commercial en droit positif français ou il y a un régime juridique pour les contrats commerciaux.

⁴³ Malgré l'utilisation fréquente des mots concepts et le régime juridique, une définition exacte de ceux-ci manque dans le vocabulaire juridique. Les auteurs entendent, peu ou prou, la même chose par ces dénominations. Cependant, la portée de « régime juridique » n'est pas la même pour les auteurs. Dans un sens générale, ce dernier comprend l'ensemble des règles relative à un concept, même la définition légale (dans ce sens le dictionnaire vocabulaire juridique de l'association Henri Capitan, PUF, 9^e éd., Paris, 2011, p. 868-869). Alors que dans un sens étroit, le régime juridique comprend seulement les règles relative au fonctionnement d'un concept mais pas sa définition.(dans ce sens et pour une illustration mieux des mots concept et régime juridique. Cf., BERGEL Jean-Louis, Méthodologie juridique, PUF, 2^e éd., Paris, 2016, p. 101-137.

Première partie : La notion du contrat commercial

24. Le concept de contrat commercial est connu des juristes mais ce n'est pas le cas de son étendue. Il est nécessaire de connaître sa définition actuelle en droit positif afin de pouvoir apprécier son niveau d'autonomie par rapport au contrat civil (Titre I). Après avoir présenté les défauts de cette définition, nous pourrons faire évoluer celle du contrat commercial et expliquer les fondements du contrat commercial autonome (Titre II).

Titre I : La nécessité de l'autonomie du contrat commercial

25. Afin de démontrer la nécessité de l'autonomie du contrat commercial, il faut préalablement savoir comment ce concept est défini en droit français (chapitre I). Une fois le sens de commercialité précisé en matière contractuelle, nous pourrions nous intéresser à la nécessité de son autonomie (chapitre II). C'est-à-dire, qu'il faut détailler ce que l'on entend par l'autonomie du contrat commercial.

Chapitre I : La présentation historique et juridique du concept de contrat commercial

26. Si la définition du concept du contrat est *a priori* assez claire⁴⁴, ce n'est pas le cas de l'adjectif qui le suit dans l'expression « contrat commercial ». De toute évidence, d'un point de vue linguistique, le sens de ce groupe nominal est simple : il s'agit d'un contrat qui a un caractère commercial. Mais la difficulté vient du point de vue juridique. En effet, plusieurs définitions juridiques existent concernant cet adjectif. Elles sont utilisées dans différentes branches du droit comme le droit commercial, l'arbitrage commercial, les professions commerciales, les revenus commerciaux etc. Dans certains domaines, cette notion (la commercialité) est plus claire et plus explicite comme en droit fiscal⁴⁵. Cependant, malgré l'emploi de plus en plus fréquent de l'expression « contrat commercial » en droit interne privé et en droit international privé, il paraît qu'une définition précise manque. Pour cela, nous analyserons la signification de l'adjectif « commercial » dans l'expression « contrat commercial » en droit français.

Ainsi, nous commencerons par le sens du mot « commercial » (**section 1**) afin de pouvoir découvrir sa signification en droit positif et en matière contractuelle (**section 2**).

⁴⁴ C. civ., art. 1101: Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose.

⁴⁵ CGI, art. 34 : Sont considérés comme bénéfiques industriels et commerciaux, pour l'application de l'impôt sur le revenu, les bénéfices réalisés par des personnes physiques et provenant de l'exercice d'une profession commerciale, industrielle ou artisanale. SERLOOTEN Patrick, DEBAT Olivier, Droit fiscal des affaires, Dalloz, 20^e éd., Paris, 2021, p. 146-150, expliquent l'approche du droit fiscal afin de déterminer la commercialité d'une activité imposable. Le droit fiscal détermine une liste légale des activités qui doivent être considérés commerciales.

Autrement dit, nous limitons l'étude du concept de « commercialité » au droit des contrats ou aux concepts contractuels qui contiennent l'adjectif « commercial » comme l'arbitrage contractuel⁴⁶.

Section 1 : L'origine de l'expression « contrat commercial »

27. Il est nécessaire avant tout d'étudier l'apparition de l'expression « contrat commercial ». Si le droit commercial s'est formé lentement depuis le Moyen Âge, ce n'est pas le cas de l'expression « contrat commercial ». Dans un premier temps, nous étudierons les terminologies qui permettent de définir les relations contractuelles commerciales (§1) et dans un second temps, les raisons de l'apparition tardive de ce concept en droit français (§2).

§1) La terminologie du contrat commercial

28. Les dénominations qui ont été utilisées au fil du temps afin de désigner les relations contractuelles commerciales ont évolué ; le contrat commercial (A) et le contrat des affaires (B). Nous analysons ces terminologies utilisées afin de mieux comprendre les espèces des contrats dont ces expressions signifient.

A) Le sens du mot « commerce »

29. Le mot « commerce » a gardé la substance de son sens au fil du temps mais ce n'est pas le cas de son domaine d'application qui a connu des évolutions. Il vient du latin "*commercium*", échange de marchandises pour de l'argent (*cum* : est la préposition qui évoque l'idée d'une association, une action réciproque et *merx* : désigne la chose vendue la marchandise). L'idée de commerce s'est appliquée, par extension, aux relations sociales, dans lesquelles les avantages mutuels sont comme des marchandises que chacun vend et achète⁴⁷.

L'échange est donc l'essence du mot « commerce ». Dans certaines périodes, il relève du domaine matériel et par conséquent, du commerce dans son sens propre. Il s'agit, selon le schéma classique de l'économie politique, d'un échange de biens contre une valeur comptable ou quantifiable en argent qui comprend un profit, soit la compensation pécuniaire du travail du marchand⁴⁸. En revanche, dans certaines autres périodes, il relève du domaine des échanges symboliques. C'est-à-dire, ce qui n'est pas matériel, l'échange des choses morales,

⁴⁶ Selon l'article 1442 du code de procédure civile, l'arbitrage est une convention.

⁴⁷ MAZURE Adolphe, Dictionnaire Etymologique de la langue Française, Librairie Eugène Belin, Paris, 1863, p. 51.

⁴⁸ SELIC Jean-Pierre, « Ce que commerce veut dire », in Communication et langages, n° 138, 4^e trimestre 2003, Dossier : Sciences, médias et société, p. 95.

des paroles. « Le commerce » est alors utilisé dans le sens de communication. Il évoque également l'idée d'un échange de biens sans chercher un profit. Nous pouvons trouver le mot de commerce dans ce sens, à plusieurs reprises, dans l'œuvre de Domat.⁴⁹ Dans son introduction au concept de la convention, il écrit : « *la matière des conventions est la diversité infinie des manières volontaires dont les hommes règlent entre eux les communications et les commerces de de leur industrie, de leur travail et de toutes choses selon leur besoin* »⁵⁰.

30. Au fil du temps les deux sens du mot ont continué à évoluer mais la notion d'échange présente dès l'origine a perduré. En France, on a longtemps préféré le mot « négoce » et ses dérivés afin de qualifier la pratique commerciale (faire du profit en échange de biens). Ainsi, à la période où la France adoptait la première législation sur le commerce, on utilisait souvent le mot de négoce dans le sens actuel de commerce⁵¹.

Nous pouvons observer ces deux sens dans les travaux préparatoires du code civil de 1804 à l'occasion de l'adoption de l'article 25 du livre III dudit Code en ce qui concerne les contrats⁵².

Art. 25. « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui peuvent être l'objet des conventions ».

En effet, l'adoption de cet article fait l'objet d'une discussion.

« *M. Real dit que le mot expression pourrait donc être équivoque.*

M. Bigot-Préameneu répond qu'elle est claire lorsqu'elle est jointe au mot convention.

M. Treilhard dit que le sens de ce mot est fixé et généralement entendu dans le langage des lois. On sait ce que signifie cette locution, il y a des choses qui sont et d'autres qui ne sont pas dans le commerce »⁵³.

⁴⁹ Domat J., Lois civiles dans l'ordre naturel, 1689, p. 3 ; 21.

⁵⁰ *Ibid.*, 1689, p. 64.

⁵¹ Différents articles du code du commerce de 1807, Les exemples d'ouvrages qui utilisent cette dénomination sont nombreux.

⁵² Le mot de commerce dans l'édition originale du code civil de 1804 a été utilisé dans les deux sens. En sont la preuve par exemple, dans le premier sens l'art. 331 « Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce incestueux ou adultérin ... » ; et dans le deuxième sens l'art. 2019 « La solvabilité d'une caution ne s'estime qu'eu égard à ses propriétés foncières, excepté en matière de commerce, ou lorsque la dette est modique ».

⁵³ FENET Pierre-Antoine, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, imprimerie d'Hippolyte Tiliard, paris, 1856, T. 13, p. 52.

Et sans modifier sa rédaction, la section adopte cet article. Nous pouvons déjà observer qu'à cette période le mot commerce a gardé ses deux sens, cependant, dans un domaine précis (entre commerçant), il a été utilisé au sens de négociation. C'est à dire la recherche d'un profit⁵⁴.

31. Toutefois, il convient de préciser que ces deux sens (l'échange des biens pour la vie quotidienne, et l'échange dans un but lucratif) sont les sens juridiques du mot « commerce » d'après M. Renault⁵⁵. Ce dernier fait une distinction entre le sens économique et juridique de ce mot. Au sens économique, le mot commerce est une branche de l'industrie qui met les choses à la portée de ceux qui doivent s'en servir ; elle augmente la valeur des matières premières et des produits fabriqués en les transportant là où ils sont nécessaires et en les répartissant entre les consommateurs⁵⁶.

Cependant le sens juridique précis de ce mot reste à déterminer car les concepts juridiques, qui sont des combinés de l'adjectif commercial, sont nombreux. Il paraît que le mot de commerce est difficile à définir. On le comprend quand on songe à l'infinie variété des formes sous lesquelles apparaît l'objet à définir⁵⁷. La variété des actions prenant le nom de commerce présente des traits communs qui permettent sans doute de le définir. Le crédit, la célérité, la spéculation, l'entremise, l'internationalité font partie des fondements qui sont énumérés pour le commerce et que nous développerons dans cette thèse. Avant de nous intéresser au contrat commercial et au sens de l'adjectif « commercial » dans cette expression, il convient d'étudier une autre formule utilisée afin de désigner le contrat commercial. Il s'agit de « contrat d'affaires ».

B) Le contrat commercial ou le contrat d'affaires

32. Les expressions « contrat commercial » ou « contrat d'affaire »⁵⁸ sont

⁵⁴ La pratique commerciale, dans le sens d'un échange ayant pour but le profit a été théorisée pour la première fois, dans le livre « L'Essai sur la nature du commerce en général » écrit par Richard CANTILLON, financier et économiste irlandais. Ce livre est considéré comme le premier traité systématique de science économique. La première édition connue de cet ouvrage date de 1755. Ce qui pourrait expliquer la réutilisation de "commerce" dans son sens étroit. François ETNER, « ESSAI SUR LA NATURE DU COMMERCE EN GÉNÉRAL, Richard Cantillon - Fiche de lecture », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 24 janvier 2020. URL : <http://www.universalis-edu.com/budistant.univ-nantes.fr/encyclopedie/essai-sur-la-nature-du-commerce-en-general/>

⁵⁵ RENAULT L., Traité de droit commercial, 2^e éd., T. I, Paris, 1889, p. 2-3.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 3

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ MESTRE Jacques, RODA Jean-Christophe, Les principales clauses des contrats d'affaires, LGDJ, 2^e

aujourd'hui les formes le plus courantes pour désigner une catégorie spécifique de contrats. Il n'y a pas de définition ou de consécration légale de cette expression mais on peut constater que les auteurs utilisent de plus en plus « contrat d'affaires » au lieu de « contrat commercial ». Il reste à déterminer si ces deux concepts se chevauchent ou ils sont deux notions autonomes ?

Pour répondre à cette question, il est important de savoir que le droit des affaires⁵⁹ actuel est apparu progressivement depuis le milieu du XX^e siècle⁶⁰. Il était autrefois appelé « droit commercial » et « droit des marchands ». M. Bart explique l'origine du sens du « droit des affaires » tel que nous l'utilisons de nos jours en France⁶¹. En effet, l'expression « les affaires » prend à partir du XVII^e siècle une connotation politique. Elle désigne les activités commerciales de la puissance publique quand il agit en tant qu'acteur économique. Le contrat d'affaires est donc l'équivalent du contrat commercial. M. Haendel au début du XX^e siècle dans la préface de son livre utilise ces deux expressions dans le même sens⁶². Alors que M. Testu, au début du XXI^e siècle détermine le domaine du contrat d'affaire en excluant les contrats de consommation et les contrats entre deux particuliers. Selon lui, le contrat d'affaire regroupe les contrats conclus entre professionnels et les contrats internationaux⁶³.

Il existe un autre argument qui confirme que les contrats d'affaires sont utilisés dans le monde du commerce. Il s'agit d'un argument linguistique. D'après cette idée, l'adjectif « affaire » dans le contrat d'affaire est la traduction du terme anglais de « *business* ». Ce terme, en anglais, est a priori utilisé afin de désigner les contrats concernant le commerce⁶⁴.

éd., Paris, 2018 ; MORTIER Renaud, Les incidences de la réforme du droit des contrats sur les contrats d'affaires, Dalloz, Paris, 2018 ; FOURGOUX Jean-Louis, « La clause de révision de prix dans les contrats d'affaires », AJCA, 2014, p. 24 ; CHANTEPIE Gaël, « La rupture des contrats d'affaires (2) : la gestion contractuelle de la rupture », AJCA, 2016, p. 130 ; UTZSCHNEIDER Yann, RIVOLLIER Mickael, « La rédaction des contrats d'affaires à l'épreuve du déséquilibre significatif : Quelles difficultés ? Quels conseils ? », AJCA, 2014, p. 113.

⁵⁹ CHAMPAUD C., Que sais-je ? le droit des affaires, PUF, Paris, 1984, p.1.

⁶⁰ HILAIRE Jean, Le droit, Les affaires et l'Histoire, préface de Bruno Oppetit, Economica, Paris, 1995, p. 35-38.

⁶¹ BART Jean, « Affaires, ... vous avez dit affaires ? », in Mémoires de la Société pour l'Histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romand, Vol. 65, Dijon, actes des journées internationales de la société d'histoire du droit, le droit, les affaires et l'argent célébration du bicentenaire du code de commerce, textes réunis par Anne GIROLLET, 2008, p. 15-24.

⁶² HAENDEL J. H., Des contrats commerciaux ; leurs préparations, leurs formules, ce qu'ils doivent prévoir, Bibliothèque pratique de l'Homme d'affaires, 1913.

⁶³ TESTU François Xavier, Contrats d'affaires, Dalloz, Paris, 2010, p. 1.

⁶⁴ BESSONNET Anne, LAMY Philippe-Eduard, Contrats d'affaires internationaux, Village Mondial,

§2) La commercialité du contrat, un concept quasi délaissé

33. Bien que le premier texte codifiant les activités commerciales remonte au XVIII^e siècle avec l'ordonnance de Colbert, il est étonnant de constater qu'aucun texte ancien ne mentionne le contrat commercial. Ainsi, même dans le code de commerce napoléonien on ne trouve trace de la terminologie propre aux catégories des contrats commerciaux, comme la vente commerciale, le bail commercial, la société commerciale etc. Il faut attendre le code de l'an 2000 pour observer quelques dispositions concernant la définition et le régime juridique de certains contrats qui sont précédés de l'adjectif commercial. C'est, par exemple, le cas du bail commercial qui est défini à l'article 145-1⁶⁵.

Nous avons démontré l'importance de la qualification du contrat commercial en droit français, au moins du point de vue des règles procédurales. Mais la question qui se pose est : si l'importance du « contrat commercial » en droit français est indéniable, pourquoi n'y a-t-il pas de disposition légale consacrée à ce concept ? Qu'est-ce qu'on peut comprendre par l'absence de législation concernant ce concept ? Cela veut-il dire que cette catégorie des rapports juridiques n'existe pas ou du moins que le législateur ne veut pas reconnaître qu'il s'agit d'une catégorie de contrat-à part entière ?

34. Il semble que nous pouvons envisager plusieurs théories pour répondre à ces questions. La première consiste à dire que le régime du contrat commercial est soumis aux dispositions du code civil (A), la seconde, que les dispositions du code civil sont établies en fonction des contrats commerciaux (B). Une dernière théorie explique que l'état actuel de la législation est dû à la complexité de la codification des règles et usages en matière de contrats commerciaux (C). C'est-à-dire que le législateur n'avait pas l'intention de mépriser ni d'ignorer les contrats commerciaux (certains prérequis sont nécessaires pour comprendre la doctrine sur ce sujet). Nous sommes contraints d'étudier les avis des premiers commentateurs de ce texte (le code de commerce de 1807) afin de mieux découvrir la vérité.

Paris, 2005, p. 8.

⁶⁵ MARIAGE Henri, *Évolution historique de la législation commerciale de l'ordonnance de Colbert à nos jours, 1673-1949*, Pedone, Paris, 1951; MONEGER Joël, « De l'ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au code de commerce français de Septembre 2000 : Réflexion sur l'aptitude du droit économique et commercial à la codification », *Revue internationale de droit économique*, T. XVIII, 2, n° 2, 2004, p. 171-196 ; GUYADER Josseline, *Existait-il une doctrine commercialiste dans l'Ancienne France ? L'exemple des sociétés : titre IV de l'ordonnance sur le commerce de terre du 23 mars 1673* », PUF, *La doctrine juridique*, Paris, 1993, p. 109 et s. ; NELIDOFF Philippe, « La naissance de la doctrine commercialiste au XIX^e siècle », in, *Qu'en est-il du Code de commerce 200 ans après ? État des lieux et projections*, (dir.) SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, Paris, LGDJ, 2009, p. 39 et s.

A) La subsidiarité du contrat commercial

35. Cette idée, qui est d'ailleurs de nos jours la théorie dominante, consiste à considérer le contrat commercial ou d'une manière plus générale le droit commercial, comme une exception au droit civil. L'extrait suivant de M. le rapporteur du code de commerce de 1807 est une parfaite illustration de cette théorie, à tel point que si la date nous en était inconnue, nous pourrions penser qu'il est contemporain: « *l'uniformité des lois en matière de commerce était devenue aussi l'objet du vœu général de la nation, bien plutôt que celle de la législation civile, parce que l'empire de ces lois s'étendant sur les contestations d'un plus grand nombre d'individus de pays différen(t)s⁶⁶, la variété de leurs dispositions, dans diverses places de commerce, pour des cas ou des engagements(t)s absolument semblables, avait des inconvénients beaucoup plus graves, en ce qu'elle induisait souvent en des erreurs préjudiciables à leurs intérêts, les négociants même régnicoles qui ne pouvaient pas toujours en être instruits.*

Il était donc nécessaire de faire disparaître ces différences de principes ou d'usages locaux, qui ne pouvaient favoriser que la mauvaise foi. Il fallait écarter de l'esprit des négociants toute espèce d'inquiétude dans leurs transactions, en assujettissant à des règles simples et uniformes la jurisprudence des tribunaux appelés à prononcer sur leurs contestations »⁶⁷.

Ce texte semble prouver que la rédaction d'un code de commerce était nécessaire avant même celle du code civil. Alors, si le législateur n'a pas traité le contrat commercial, c'est qu'en quelque sorte il pensait le contraire. Nous ne pouvons pas nous arrêter à cet a priori car, Baron Locré, ainsi que d'autres commentateurs sont unanimes sur l'idée que les règles du code de commerce sont une exception par rapport à celles du code civil. Ainsi, il n'était pas nécessaire de dupliquer « *la théorie et les principes du droit commun, que le Code de commerce suppose et auxquels il renvoie expressément ou se réfère implicitement, sur certaines matières, comme, par exemple, sur la vente, sur le contrat de société, sur l'arbitrage, sur les diverses manières dont s'éteignent les obligations, sur les règles communes*

⁶⁶ Faute d'orthographe de l'ouvrage.

⁶⁷ Code du commerce, servant de supplément au procès-verbal des séances du corps législatif, rapports et discours sur le code du commerce, rapport fait par M. JARD-PANVILLIER, orateur de la section de l'Intérieur du Tribunat, sur les sept premiers Titres du Livre I^{er} du Projet de Code du Commerce. Séance du 11 septembre. 1807, HACQUART, imprimeur du corps Législatif et Tribunat, Paris, 1807, p. 2-3.

de la procédure, etc., etc. »⁶⁸. C'est pourquoi les rédacteurs du code de commerce ont laissé à la législation civile tout ce qui lui appartient. Ils ont circonscrit les lois commerciales aux objets pour lesquels la loi civile leur a semblé insuffisante, et à ceux qui par leur nature et par les besoins du commerce ont exigé des dispositions particulières⁶⁹. L'exemple concret de cette subsidiarité est marqué dans l'article 18 du code de commerce de 1807 : le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce, et par les conventions des parties. C'est cette idée qui a jusqu'à nos jours fait du droit commercial une branche dépendante, dont l'existence et l'interprétation rendent nécessaire la référence au droit civil. C'est également cette idée qui laisse croire à certains que le contrat commercial autonome n'existe pas.

B) La primauté du contrat commercial

36. En dépit de la dominance de l'idée de la subsidiarité du contrat commercial, d'autres éléments laissent penser qu'au contraire, le législateur envisageait le contrat commercial comme distinct du contrat de droit commun. Le premier élément est le contexte de rédaction du code civil et du code de commerce et le deuxième est la notion d'acte de commerce.

a) Le contexte de rédaction du code civil et du code de commerce :

37. Comme nous l'avons dit précédemment, selon la tendance actuelle, les règles se rapportant aux obligations conventionnelles codifiées dans le code civil jusqu'à la réforme de 2016 concernent à priori les relations contractuelles entre deux particuliers et celles entre deux commerçants⁷⁰. À l'occasion du bicentenaire du code civil, l'idée de la réforme du droit des contrats fut soulevée⁷¹. Les partisans de cette réforme pointaient l'obsolescence des dispositions dudit code en matière contractuelle. Si l'on accepte l'idée selon laquelle ces

⁶⁸ LORCE Jean-Guillaume, *Esprit du Code de commerce*, ou commentaire de chacun des articles du Code, 2^e éd., Pais, 1829, p. VII-VII

⁶⁹ Rapport aux Consuls de la République par le ministre de l'Intérieur, le 13 frimaire an X, in *Projet de code de commerce* présenté par la commission nommée par le gouvernement, Paris, imprimerie de la République, frimaire X, p. V et Lorcé, *législation*, T. XVII, p. 4 ; PASCHEL Philippe, *La portée de la codification dans l'histoire du droit commercial français*, Thèse, Paris II, 1993, p. 28.

⁷⁰ ARNAUD André-Jean, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, LGDJ, 1969.

⁷¹ TERRÉ François, OUTIN-ADAM Anne, « L'année d'un bicentenaire », *D.*, 2004, n° 1, p. 12 ; CATALA P., « Au-delà du bicentenaire », *RDC*, 2004, n° 4, p. 1145 ; *La nouvelle crise du contrat*, (dir.) JAMIN Christophe, MAZEAUD Denis, LGDJ, Paris, 2012 ; WERY Patrick, *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du code civil*, Centre de droit des obligations. Louvain-la-Neuve, Belgique, 2004 ; LAURIN Yves, « L'enjeu européen d'un bicentenaire », *D.*, 2004, n° 1, p. 883.

dispositions n'étaient plus adaptées aux relations contractuelles d'affaires, cela ne résultait pas du fait qu'elles n'étaient pas adaptées aux commerçants mais plutôt qu'elles n'étaient plus adaptées à notre époque. Autrement dit, la cause de la désuétude des règles relatives au contrat du code civil de 1804 n'est pas le mépris des contrats commerciaux mais plutôt le changement de contexte économique et commercial. Nous pensons que si les rédacteurs du code de commerce de 1807 ont choisi de ne pas consacrer une partie de ce code aux contrats de commerce c'est pour la simple raison que les dispositions du code civil de 1804 ont été également conçues pour les besoins des commerçants. Nous pensons donc que le droit français des contrats de 1804 pourrait toujours survivre avec une interprétation commercialiste. La preuve de notre proposition est le contexte de la confection du droit des contrats en 1804. En effet, avant la création/rédaction du code civil de 1804, le droit des contrats avait été affecté par plusieurs éléments qui lui permettaient d'être applicable aux relations contractuelles commerciales, en particulier depuis le XII^e siècle. Plusieurs éléments affectent le droit français des contrats et nous les étudierons.

38. La pluralité des sources en droit contractuel : Depuis le XII^e siècle en Europe et en particulier en France, nous pouvons constater la cohabitation trois types de règles différentes. Il s'agit du droit romain, du droit canonique et du droit coutumier⁷². Ce dernier, tout à fait spécifique à un territoire, s'apprenait dans la pratique des affaires ou dans les livres. Il s'est développé après le droit romain et le droit canonique. C'est pourquoi pendant bien longtemps, au Moyen Âge et à la Renaissance, on n'enseignait dans les universités que le droit canonique et le droit romain. Dans le sud de la France, le droit civil était inspiré du droit romain. C'est le droit écrit qui l'emportait. En revanche, le nord et le centre de la France s'inspiraient des coutumes nées au Moyen Âge. Ces « règles coutumières » ont été rédigées au XVI^e siècle. Parmi elles, nous pouvons remarquer que certaines concernent les contrats que les marchands (commerçants) pratiquaient en Europe (les exemples sont mentionnés au chapitre 8)⁷³. Les juristes s'efforcent, à partir de cette époque, de rendre plus cohérent et plus

⁷² POUDRET Jean-François, VALAZZA TRICARICO Marie-Ange, *Coutumes et coutumiers : histoire comparative des droits des pays romands du XIII^e à la fin du XVI^e siècle*, Staempfli, Berne, 2002, Partie I. Les sources et les artisans du droit ; PEGUERA-POCH Marta, *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2009.

⁷³ ASTAING Antoine, *Le juriste et la coutume du Moyen Âge au Code civil : actes du colloque international organisé à Nancy, les 1er et 2 juillet 2010* / [organisé par le Centre lorrain d'histoire du droit et le Réseau des historiens du droit du Grand-Est], Antoine ASTAING, Virginie LEMONNIER-LESAGE (dir.) Nancy, PUN, Éditions universitaires de Lorraine, 2015.

harmonieux ce « droit français varié ». Après trois tentatives vaines, de 1789 à 1799, le code civil de 1804 réunit le droit civil français, y compris le droit des contrats⁷⁴. Ainsi, nous pouvons voir qu'historiquement, le droit des contrats de 1804 est inspiré des pratiques commerciales même si le concept même de contrat commercial n'était pas reconnu.

39. **L'influence du catholicisme sur les règles de droit contractuel.** Cette institution religieuse et étatique influe sur les règles de droit en matière conventionnelle jusqu'au Moyen Âge. (La bonne foi et l'interdiction de l'usure sont des exemples en matière contractuelle)⁷⁵. Évidemment, l'influence de ce facteur, qui est contre l'enrichissement, dans l'élaboration du droit des contrats est indéniable.

40. **L'influence du droit naturel :** si nous reprenons l'expression de M. Mainguy, il convient de dire que « la loi naturelle, [est] la grande, la très grande affaire du XVI^{ème} et du XVII^{ème} siècle ». Le droit moderne est, par la morale qui le traverse, un outil de justice et d'harmonie sociale. La loi naturelle "moderne" est considérée comme une technique reconnue par la raison de l'homme. C'est en ce sens qu'elle se différencie de la loi naturelle classique. Celle-ci est considérée comme un don divin, s'appliquant verticalement aux hommes sans qu'ils aient à le discuter ni même à le commenter. Domat applique la technique de la loi naturelle moderne à la présentation du droit⁷⁶. En matière contractuelle, nous verrons que cette approche de Domat va influencer les rédacteurs du code civil et la définition de « contrat » de manière directe et celle de « contrat commercial » de manière indirecte. Cette influence est toujours actuelle, comme nous pourrions le voir dans le chapitre 4 de cette thèse⁷⁷.

41. **L'influence de la Philosophie des Lumières :** le XVIII^e siècle, façonné par la philosophie des Lumières, précède la création du code civil ainsi que celle du code de commerce⁷⁸. Elle est une étape importante dans l'évolution de la pensée de la bourgeoisie

⁷⁴ BOUDON Julien, « Les projets de code civil “ de Cambacérès ” et le thème de l'imitation de la nature (1793-1804) », *Droits*, 2004/1, n° 39, p. 91-106.

⁷⁵ SPIES, François, *De l'Observation des simples conventions en droit canonique: étude suivie de quelques recherches concernant l'influence du principe canonique de l'observation des simples conventions sur le droit coutumier français*, Thèse, L'Université de Nancy, Faculté de droit, Nancy, 1928

⁷⁶ RENOUX-ZAGAME Marie-France, « Domat : du jugement de dieu à l'esprit des lois », *Rev. Le Débat*, Gallimard, 1993/2, n° 74, p. 49-62.

⁷⁷ Cf. *infra* n° 334 et s.

⁷⁸ SAVEY-CASARD, Paul. « Du siècle du droit divin à l'avènement des Lumières », *La peine de mort. Esquisse historique et juridique*, (dir.) de Savey-Casard Paul, Librairie Droz, 1968, p. 45-65.

européenne⁷⁹. Le développement de la philosophie des Lumières est lié à l'évolution de l'activité essentielle de la bourgeoisie. Il s'agit de l'échange ou de l'activité économique. À l'issue de la démocratisation de l'échange parmi cette classe sociale, l'individu prend conscience de devenir le maître de ses actions mais il n'est pas soumis à des autorités ou des valeurs supra-individuelles⁸⁰. Ce courant a eu plusieurs impacts en matière contractuelle, notamment l'autonomie de volonté et la liberté de commerce qui sont les principaux concepts à favoriser les échanges commerciaux. Par conséquent ces idées ont été introduites dans le code civil, de sorte que le droit des contrats devienne rationnel et égal pour tout le monde. Par ailleurs, c'est cette philosophie qui a convaincu la France en 1971 d'accepter la liberté de commerce et de l'industrie⁸¹. Comme nous le savons, jusqu'au début du XIX^e siècle, mis à part l'ordonnance de Colbert, aucun texte n'encadre les relations commerciales entre les individus. Le commerce est alors interdit au peuple et seuls les commerçants peuvent utiliser le contrat.

42. **Le développement de l'idée de droit commercial** : L'idée de la création d'un droit commercial est apparue en Europe dès la fin du XIII^e siècle. Ce droit s'est développé chez les commerçants de l'Europe médiévale et formait un droit particulier. Il se dégagait peu à peu des formalités gênantes du droit civil et s'établissait lentement par la Coutume. En effet, le droit commercial fut d'abord régi sur la plupart des points, par des Coutumes non écrites, sortes d'accords tacites. Des pratiques habituelles qui se sont instaurées chez les commerçants pour résoudre les suites que pouvait avoir une opération engagée entre eux. Il faut attendre quelques siècles pour que les premiers jurisconsultes commencent à écrire, à théoriser et à commenter ces coutumes professionnelles⁸². De plus, les commerçants utilisent régulièrement les contrats, leur rôle dans l'évolution du régime juridique de ces derniers est donc indéniable, du moins en ce qui concerne la formation de nouvelles coutumes.

43. L'influence du code de commerce napoléonien en Europe⁸³ peut être à l'origine

⁷⁹ CHAUNU Pierre, La Civilisation de l'Europe des Lumières, Arthaud, Paris, 1971.

⁸⁰ GOLDMANN Lucien, « La pensée des Lumières », Annales. Economies, sociétés, civilisations. 22^e année, n° 4, 1967, p. 752-779.

⁸¹ L'ouvrage de M. THALLER est très intéressant dans le sens où il pense que l'essence du commerce est dans la liberté. Quand l'Homme est libre, il peut faire du commerce. THALLER Edmond-Eugène, De la place du commerce dans l'histoire générale et du droit commercial dans l'ensemble des sciences, Paris, 1892, p. 50.

⁸² Parmi les grands jurisconsultes [commerciaux/du commerce] français, nous pouvons citer Jacques Savary, René-Josué Valin et Balthazard-Marie Émérigon.

⁸³ Le groupe latin des législations étrangères comprend surtout les pays qui se sont plus ou moins

d'une distinction entre le contrat civil et le contrat commercial. Par exemple le code général de commerce allemand de 1861 traite dans son quatrième livre des actes de commerce. Le législateur allemand énumère les actes de commerce et indique les règles qui leur sont relatives. Il traite du régime juridique d'un type de contrat appelé contrat de vente commerciale, de la commission, des contrats de transport en générale et etc. Il s'agit seulement de contrats commerciaux par nature comme la commission et ceux qui peuvent être aussi utilisés dans le domaine commercial en fonction de l'intérêt des parties⁸⁴.

Nous pouvons encore citer l'influence du code de commerce français de 1807 sur l'Italie qui est, elle-même, le berceau du droit commercial moderne. Les historiens italiens, dans leur appréciation du Code de commerce rappellent que le concept des contrats commerciaux n'est pas traité dans son ensemble et considèrent que le propos hésite entre les contrats civils et les actes de commerce. Cependant, ils considèrent le Code comme un corpus législatif grâce auquel la bourgeoisie a pu accélérer le développement de l'économie et de l'industrialisation naissante⁸⁵.

b) L'acte de commerce :

44. Un deuxième élément, qui prouve l'intention du législateur de distinguer ~~du~~ le contrat civil du contrat commercial, est la consécration du concept de l'acte de commerce par le législateur en 1807. Cette avancée par rapport à l'Ordonnance de Colbert marque l'évolution du droit commercial français vers une approche objective. Cela nous incite à nous interroger sur le lien entre le contrat commercial et l'acte de commerce.

La première question relative au lien entre ces deux concepts est de savoir pourquoi l'étude de l'acte de commerce est importante pour distinguer le contrat commercial du contrat civil. Comme nous l'avons dit précédemment, le troisième alinéa de l'article 721-3 du code de commerce attribue aux tribunaux de commerce la compétence pour les contestations relatives aux actes de commerce entre les non commerçants. C'est-à-dire que si un acte est qualifié de commercial, les litiges issus du contrat portant sur cet acte sont susceptibles d'être évoqués devant le tribunal de commerce.

approprié le code de commerce français de 1807. Même si, plus tard, ils ont réformé ou répudié la codification napoléonienne. Jean Escarra, Principes de droit commercial, Librairie du recueil SIREY, Paris, 1934, T. 1, p. 82.

⁸⁴ LYON-CAEN Ch., Tableau des lois commerciales en vigueur dans les principaux États de l'Europe et de l'Amérique, COTILLON A. & Cie, 2^e éd., Paris, 1881, p. 28-29.

⁸⁵ GUIDO Alpa, « Le Code de commerce et l'Italie : Quelques réflexions sur l'histoire et les perspectives du droit commercial », Revue internationale de droit comparé, Vol. 59, n °2, 2000, p. 239-240.

La deuxième question est de savoir comment la notion l'acte de commerce peut révéler la distinction entre le contrat civil et le contrat commercial.

Cette question est en lien avec la complexité du sens du mot « acte ». Comme nous pouvons le constater le mot « acte » est commun dans les expressions « **acte** de commerce » et « **acte** juridique » (qualifiant le contrat). Nous pouvons ainsi supposer l'acte juridique (contrat) commercial, opposé à l'acte juridique (contrat) civil. Il est alors nécessaire de déterminer le sens du mot « acte » utilisé dans ces expressions afin de savoir si la conception de contrat commercial est envisageable ou non.

La première définition énumérée correspond au sens romain de l'acte. En droit romain, un acte est un écrit. L'expression *locus regit actum* est l'exemple parfait de ce sens⁸⁶. Nous pouvons d'ores et déjà éliminer ce sens car le contrat de nos jours n'est plus un écrit. Le deuxième sens envisagé correspond à l'idée selon laquelle un contrat est un acte juridique. Il est la manifestation juridique des opérations voulues des individus⁸⁷. Enfin, selon une dernière définition, l'acte pourrait être envisagé dans le sens d'une action, d'une opération, d'une activité. De plus, comme nous le savons, la liste des actes de commerce n'est pas limitative dans le code de commerce⁸⁸. Ainsi, en cherchant le critère pouvant déterminer la nature commerciale d'un acte, ce dernier pourrait être généralisé aux autres afin d'en déduire s'ils sont eux-mêmes de nature commerciale ou non. Le contrat en tant qu'acte n'est pas exclu de cette théorie.

45. Le recours aux travaux préparatoires du code de commerce ainsi que d'autres textes plus anciens-montrent qu'à cette époque-là le mot de « acte » n'est pas du tout utilisé dans le sens du nouvel article 1100-1 du code de civil, à savoir l'acte juridique. En effet, à cette époque, le souci du législateur était avant tout de distinguer les affaires commerciales des affaires civiles afin de déterminer la compétence des tribunaux consulaires

⁸⁶ DUHAUT Henry, De la forme, de ses caractères et de ses règles en droit romain ; De la règle *locus regit actum* en droit français, Thèse, Nancy, 1882.

⁸⁷ C. civ., art. 1100-1 : Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux. Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats.

⁸⁸ DECOCQ Georges, BALLOT- LENA Aurélie, Droit commercial, Dalloz, Paris, 2017, 8^e éd., p. 72 ; BERT Daniel, PLANCKEEL Frédéric, Cours de droit commercial et des affaires, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 4^e éd., 2018, p.55 ; JULIEN Jérôme, Mendoza-Caminad alexandra, Droit commercial, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 3^e éd., 2017, p.62 ; PIEDELIEVRE Stéphane, Droit commercial, Dalloz, 12^e éd., Paris, 2015, p. 73 ; MESTRE Jacques, PANCRAZI Marie-Eve, ARNAUD-GROSSI Isabelle, MERLAND Laure, TAGLIARINO-VIGNAL Nancy, Droit commercial, droit interne et aspects de droit international, T. 1, LGDJ, 30^e éd., Paris, 2016, p. 67-68.

(commerciaux)⁸⁹. En lisant, les auteurs ou les traités de droit commercial de cette période, nous pouvons comprendre que la distinction entre le fait juridique et l'acte juridique n'est pas du tout présente dans l'esprit des juristes⁹⁰. Par conséquent, en application de la maxime *generalia specialibus non derogant*⁹², nous sommes contraints d'admettre que la nouvelle définition de l'acte juridique citée dans l'article susmentionné ne mettra pas en cause le domaine d'application de l'acte dans l'article L-110 du code de commerce. Alors si le mot acte est utilisé au sens d'activité, de transaction, il n'est pas judicieux de parler de contrats commerciaux car un contrat n'est pas une activité.

A cette théorie, nous pouvons donc répondre que le contrat n'est pas une activité, cependant il reste à définir la traduction juridique d'une activité humaine. Le contrat est la forme juridique que l'on choisit pour une activité. Ce ne sont pas deux choses distinctes mais les faces d'une seule pièce. Si l'activité présente le fond, le contrat présente la forme. Il est alors très important de connaître les activités commerciales car le contrat que l'on choisit pour une activité commerciale prend un caractère commercial, sans tenir compte des qualités des parties. C'est pour cette raison que M. Pardessus pense qu'il y a une vente commerciale et une vente civile : « *Il est un grand nombre de négociations qui appartiennent au droit civil, mais que le but de trafic, dans lequel on les a faites, rend commerciales ; tels sont la vente, la société, le prêt, le dépôt, les louages, le cautionnement. Les contrats auxquels elles donnent lieu dans le commerce sont régis par les règles du droit commun, sous les seules modifications que les lois et même les usages du commerce peuvent y avoir apportées* »⁹³.

⁸⁹ Par exemple, le tribunal de Caen, dans ses observations sur le projet de code de commerce de 1807, disait : « Pour fixer d'une manière précise la compétence des tribunaux de commerce, dont l'attribution spéciale se règle sur la nature seule de l'obligation ou du négoce qui donne lieu au procès, il est essentiel de bien expliquer ce qu'il faut entendre par ces mots : faits de commerce » ; ou le tribunal d'appel séant à Aix : « le fait de commerce fait perdre au mineur les privilèges de son âge, à la femme les prérogatives de son sexe, à tous les citoyens le droit d'être jugés par les tribunaux ordinaires. Il les soumet à la juridiction des tribunaux de commerce, à la contrainte par corps, et à la contrainte dégagée des lenteurs et des formes protectrices de la liberté. Il est nécessaire de bien prévoir ce qu'on entend par un mot qui doit produire de pareils effets. Il ne doit rien y avoir de magique dans son sens, afin qu'il n'y ait ni surprise, ni arbitraire dans son application ».

⁹⁰ Cette distinction entre le fait juridique et les actes juridiques comme source de l'obligation est l'une des innovations de l'ordonnance de 2016 qui la fait rentrer au sein du droit positif.

⁹¹ M. NOUGUIER L., dans son livre sur les tribunaux de commerce (Traité des actes de commerce des commerçants et de leur patente, 2^e éd., T. I, 1884, p. 368) et MM. Sebire et Carteret, dans l'Encyclopédie du droit ou Répertoire raisonné de législation et de jurisprudence en matière civile, administrative, criminelle et commerciale, T. IV, p. 514, utilisent ces deux concepts dans le même sens.

⁹² En vertu de cette maxime, une loi nouvelle posant un principe général laisse subsister les règles spéciales plus anciennes soit comme un exemple, soit comme une exception à la loi nouvelle.

⁹³ PARDESSUS J.-M., Le cours de droit commercial, T. I, Paris, 1814, p. 4.

46. Il est tout à fait normal que l'on se réfère, d'un point de vue positiviste, à l'article L.110-1 du code de commerce afin de connaître les actes de commerce. Cet article, qui remplace l'article 632 de l'ancien code de commerce de 1807, énumère les actes de commerce. Il en déduit ensuite que les contrats portant sur ces actes seront potentiellement des actes de commerce ou du moins relèveront de la compétence des tribunaux de commerce. Plusieurs tentatives doctrinales ont essayé de dégager une théorie générale afin de trouver un critère permettant aux juristes de distinguer les actes civils des actes commerciaux. Ce sont ces différentes opinions qu'il importe d'abord de présenter. Ces critères sont importants car ils permettent de distinguer un acte juridique civil d'un acte juridique commercial.

La première tentative est celle de M. Michaux-Bellaire. Selon cet auteur la commercialité d'un acte est dans la qualité des hommes avec lesquels s'accomplit celui-ci. « *D'après la loi, l'acte de commerce ne peut résulter que d'une opération directe avec les tiers. Il faut des relations ouvertes et manifestes avec le public, des opérations dont le caractère extérieur ne prête à aucune incertitude ; en veut-on des exemples ? Le marchand qui reçoit le public dans sa boutique, le banquier qui s'occupe de la négociation des valeurs et effets, l'assureur maritime qui traite avec les armateurs et les chargeurs, l'industriel qui achète des matières premières pour les fabriquer et les revendre, tous font acte de commerce. C'est que tous en effet s'affirment vis-à-vis du public ; tous agissent ouvertement, tous traitent directement avec les tiers* »⁹⁴.

La deuxième tentative cherche à déterminer la commercialité d'un acte en se basant sur un critère international. Le caractère propre des relations commerciales est que ces relations appartiennent au droit des gens et non au droit civil⁹⁵. Le problème de cette distinction réside dans le fait qu'elle repose elle-même sur la plus obscure et la plus inintelligible des distinctions. Qu'est-ce en effet que le droit civil opposé au droit des gens, et que le droit des gens opposé au droit civil ?

D'après la troisième tentative, la facilité et la rapidité d'une action détermine le caractère commercial d'un acte. Pour déterminer le caractère de l'acte, il faut regarder la nature de l'objet sur lequel il porte. Il ne suffit pas que cette chose soit susceptible d'achat et de vente ; il faut, de plus, que la transmission de main en main soit prompte et facile, et que, par sa nature, elle se prête, à l'aide d'un prix courant habituellement déterminé, au trafic et aux

⁹⁴ BESLAY François, Extrait de la revue du droit commercial, mars 1864, p. 16.

⁹⁵ Nous pouvons observer cette idée dans l'ouvrage de THALLER E.E, De la place du commerce dans l'histoire générale et du droit commercial dans l'ensemble des sciences, Paris, 1892, p. 51-54.

rapides mouvements de la « spéculation ». Dans ce système, les choses se divisent en choses civiles, et choses commerciales.

Les opérations ayant pour objet les choses commerciales sont commerciales, sont actes de commerce⁹⁶.

Selon la quatrième théorie, la distinction des actes en actes de commerce, et actes de la vie civile n'existe pas et elle est arbitraire. Il n'y a pas de différence de nature entre l'acte civil et l'acte de commerce. Le seul critère est l'envie du législateur⁹⁷.

Le cinquième critère, déterminant de la commercialité d'un acte, est la spéculation. Celle-ci est la recherche du gain, du lucre. Quand une personne stipule ou s'engage dans une opération, dont l'objet est pour elle une jouissance, un usage personnel de consommation, il n'y a rien de commercial dans cette stipulation, dans cet engagement. Au contraire, quand une personne achète un bien non pour en jouir, mais pour le revendre, et dans l'intention de réaliser un bénéfice en revendant plus cher qu'elle n'aura acheté : il y a là recherche d'un gain, d'un lucre, spéculation, et partant de ce fait, commerce. Cette idée est surtout défendue par M. Pardessus⁹⁸ et par M. Ponts⁹⁹. Nous considérons qu'il s'agit d'un élément essentiel dans la détermination du type du contrat¹⁰⁰.

La théorie de l'entremise ou la théorie de la circulation est la sixième tentative de la théorisation de l'acte de commerce. D'après l'auteur de cette théorie, M. Beslay, on conçoit que certaines personnes ont pour fonctions, et pour emploi dans la société, de s'entremettre entre ceux qui ont, qui veulent se défaire de ce qu'ils ont, d'une part, et ceux qui n'ont pas, qui veulent se procurer ce qu'ils n'ont pas, d'autre part. Cette entremise est le commerce même ; ceux qui s'y livrent sont commerçants. Les faits qui constituent cette entremise sont des faits, des actes de commerce. Il est important à de savoir que dans les manuels de droit M. Thaler

⁹⁶ BESLAY François, *Op. cit.*, p. 18-19.

⁹⁷ C'est l'opinion de MM. DELAMARRE et LEPOITVIN. « La spécification des actes de commerce, par opposition aux autres actes de la vie humaine, la profession qui en est la suite, et la faillite qui peut s'ensuivre n'existent pas, de *rerum natura*. Dans ce système, la question si un acte est ou n'est pas commercial se résout par le procédé suivant : on cherche si l'acte est ou non défini comme acte de commerce par le Code. Les maîtres les plus éminents, comme M. THALLER (Traité élément. 3^e éd., n^o 9) et MM. LYON-CAEN et RENAULT (Traité, I, n^o 104), se prononcent en faveur de l'idée d'une énumération limitative.

⁹⁸ PARDESSUS J.-M., Traité de Droit commerce, T. 1, p. 12.

⁹⁹ SEBIRE F., CARTERET, Encyclopédie du droit ou Répertoire raisonné de législation et de jurisprudence en matière civile, administrative, criminelle et commerciale, T. IV, 1838, p. 514.

¹⁰⁰ Cf. *infra* n^o 299 et s.

est cité comme inventeur de la théorie de l'entremise, l'interposition ou la circulation.

La théorie de l'entremise ou la théorie de la circulation est la sixième tentative de théorisation de l'acte de commerce. D'après l'auteur de cette théorie, M. Beslay, on conçoit que certaines personnes ont pour fonctions, et pour emploi dans la société, de s'entremettre entre ceux qui ont, qui veulent se défaire de ce qu'ils ont, d'une part, et ceux qui n'ont pas, qui veulent se procurer ce qu'ils n'ont pas, d'autre part. Cette entremise est le commerce même ; ceux qui s'y livrent sont commerçants. Les faits qui constituent cette entremise sont des faits, des actes de commerce. Il est important à de savoir que dans les manuels de droit M. Thaler est cité comme inventeur de la théorie de l'entremise, l'interposition ou la circulation.

La théorie de la forme, plus récente que les précédentes est le huitième critère déterminant de l'acte de commerce. Selon elle, les opérations effectuées sous certaines formes sont considérées comme des actes de commerce. Cette théorie ne nous permet pas de préciser la nature commerciale d'un contrat. Car un contrat est en principe dépourvu de forme et est soumis au principe de consensualisme.

La dernière tentative est la théorie subjective : d'après cette théorie, le critère de distinction ne doit pas être cherché dans la nature objective de l'acte, abstraction faite de son élément subjectif. Un acte de commerce en soi, détaché de la personne de son auteur, ne se distingue pas d'un acte civil. Les contrats du droit commercial terrestre, hormis la lettre de change et la société par actions, sont les mêmes que ceux du droit civil : mandat, vente, louage, etc. Leur structure juridique est exactement la même que celle des contrats civils. Ce n'est donc pas dans leur nature objective, intrinsèque qu'il faut chercher leur signe distinctif¹⁰¹. Et comme un acte juridique ne peut être envisagé que sous deux rapports : celui de son objet et celui de son auteur, il est évident que le signe distinctif, la *differentia specifica*, qui sépare les actes commerciaux des actes civils, ne peut être constituée que par un élément subjectif. C'est donc à la personne de l'auteur de l'acte de commerce que nous nous attacherons pour déterminer le caractère distinctif de ce dernier.

47. Chacune de ces théories, avancées par la doctrine dans le but de distinguer l'acte commercial de l'acte civil, ont fait l'objet de critiques fondamentales et détaillées mais cela ne constitue pas l'objet de notre étude. Cependant nous pensons pouvoir trouver une part de

¹⁰¹ Il est nécessaire de rappeler que cet auteur s'est inspiré des auteurs allemands qui sont partisans d'une théorie subjective de la commercialité.

vérité dans chacune d'entre elles. Certaines sont essentielles, d'autres non¹⁰². Par exemple, le critère qui conseille de recourir au public ou le critère subjectif ne le sont pas. Parmi les plus pertinents, il convient de vérifier s'ils sont suffisants. Par exemple, le critère de spéculation doit d'après certains auteurs être cumulé avec un autre comme celui de l'entremise.

Lorsque l'on regarde l'ensemble des auteurs qui se sont intéressés à ce sujet, nous pouvons constater qu'ils sont d'accord sur l'idée que la spéculation est inhérente à l'acte commercial. Le seul reproche pouvant être avancé envers à cette théorie est sa généralité. C'est-à-dire qu'elle englobe certains actes qui ne sont pas commerciaux alors qu'on peut trouver l'idée de la spéculation. Pour parer à cet inconvénient, les défenseurs de la théorie de la spéculation y ont introduit deux critères qui permettent de préciser leur notion. Ainsi, l'idée de spéculation dépendrait à la fois de l'incertitude du profit à retirer d'un acte donné mais aussi de l'intention de son auteur. Il faut également que l'intention de spéculer soit la motivation principale de l'auteur de l'acte. En effet, certains actes non commerciaux ont aussi un but spéculatif.

C) La difficulté liée à la codification des régimes des contrats commerciaux.

48. Nous pensons, qu'une autre idée peut expliquer l'absence d'une théorie générale des contrats commerciaux en droit positif. Il s'agit de la difficulté liée à la codification du régime des contrats commerciaux. D'après cette idée, depuis l'Ordonnance de Colbert et même auparavant, le législateur avait toujours dans l'esprit l'intention de distinguer les affaires civiles des affaires commerciales. D'un point de vue formel, si cette distinction n'est pas présente au sein du code de commerce de 2000, c'est parce qu'elle ne l'était pas dans le code de commerce de 1807. De la même manière, cette distinction faisait déjà défaut à son prédécesseur, à savoir, l'ordonnance de Colbert. En effet, depuis 1673 les législateurs ont toujours suivi une structure assez similaire à celle de cet ancêtre de notre code civil¹⁰³. Ainsi,

¹⁰² Le critère essentiel d'après la logique formelle d'Aristote c'est le critère qui permet de procéder à une *summae divisio*. Le choix de ce critère est le travail intellectuel le plus difficile pour un chercheur.

¹⁰³ HILAIRE Jean, Du droit du code de 1807 au droit économique, Le droit, les affaires et l'argent. Célébration du bicentenaire du Code de commerce, Actes des journées internationales de la Société d'histoire du droit-Dijon, 2007, publiés dans les Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands, Vol. 65, 2008, p. 385 ; l'auteur explique comment la commission chargée en 1947 de refaire le code de commerce de 1807 avait confié la tâche au grand commercialiste de l'époque, ESCARRA J. Ce dernier envoyait une forme nouvelle pour la législation commerciale mais la commission a cessé ces activités en 1965 sous une autre dénomination la codification a été orienté vers ce que l'on appelle maintenant la codification à droit constant conçu en principe comme une simple compilation de mise à jours. Cependant, ESCARRA J., Principes de droit commercial, T. 1, Librairie du recueil SIREY, Paris, 1934, p. 99, explique que les rédacteurs du code 1807 n'ont pas inspiré littéralement de L'ordonnance de 1673. Le droit

comme dans les versions qui l'ont précédé, le code de 2000 n'a pas défini ce qu'est le contrat commercial. Cette explication formelle peut être, à son tour, comprise par une explication fondamentale. Tout d'abord à l'époque de la rédaction de l'ordonnance de Colbert, la définition du contrat et son régime juridique n'étaient pas théorisés. C'est-à-dire qu'aucune législation ne traitait le régime juridique du contrat. Dans une telle situation, imaginer une distinction entre contrat civil et commercial, un concept qui n'est pas, lui-même théorisé n'est pas envisageable. Deuxièmement, comme nous l'avons expliqué auparavant, le contrat est, à cette période, spécialement utilisé par les négociants et chaque région a son propre usage en matière contractuelle. Les juristes coutumiers, comme Dumoulin et d'Argenté ont rédigé l'ensemble de ces pratiques. Savary, le rédacteur de l'ordonnance 1673, était lui-même commerçant et a importé certaines règles commerciales d'Italie. Il n'avait ni compétence ni connaissance pour harmoniser les règles applicables en matière contractuelle dans toute la France. Il faut l'époque de Napoléon et du code de commerce, pour que le concept de contrat soit théorisé. Pourtant, la distinction entre le contrat civil et le contrat commercial fait encore défaut, ce qui peut s'expliquer par l'esprit pragmatique de Napoléon. M. Beslay, en décrivant de le contexte législatif à cette époque, énonce que « *la haine que Bonaparte avait contre les idéologues était un sentiment commun à la plupart des meilleurs esprits, parmi ses contemporains ; ces idées expliquent comment le Code de commerce ne pose nulle part le principe de la distinction entre l'ordre civil et l'ordre commercial, ne définit nulle part l'acte de commerce* »¹⁰⁴. L'auteur présente plusieurs arguments afin de montrer que malgré la dualité des affaires civiles et des affaires commerciales, le code de commerce laisse plutôt paraître l'esprit pragmatique du commerce que l'esprit des principes généraux et des théories du droit civil.

Section 2 : Le concept de contrat commercial en droit positif

49. Dans la section précédente nous avons tenté d'expliquer la définition de la commercialité du contrat d'après l'étude terminologique du mot commerce et la commercialité d'un acte. Nous chercherons désormais à déterminer la définition juridique de ce concept en droit positif. Bien qu'aucune disposition légale ne soit consacrée à ce concept, cet adjectif a souvent été utilisé dans le code de commerce et par les auteurs de droit des

commercial français immigra d'un droit subjectif d'un droit objectif de commerce.

¹⁰⁴ BESLAY François, Des Actes de commerce, commentaire théorique et pratique des articles 632 et 633 du Code de commerce [de 1807], Paris, 1865.

contrats et de droit commercial. Le code de commerce cite plusieurs contrats commerciaux comme le bail commercial, la vente commerciale ou encore la société commerciale. En étudiant ces contrats, nous tenterons de définir quel critère a permis au législateur de leur attribuer l'adjectif commercial afin d'en dégager l'idée générale (§1). Autrement dit, nous vérifierons s'il existe un critère légal commun permettant de déterminer la commercialité d'un contrat. La jurisprudence et la doctrine ont également à leur tour défini le concept de contrat commercial, nous les étudierons dans le second paragraphe (§2).

§1) La définition légale de commercialité en matière contractuelle / L'étude de l'adjectif commercial dans certain contrat :

50. Les contrats considérés comme commerciaux sont nombreux. Parfois c'est le législateur qui attribue directement et manifestement à certains contrats la nature commerciale comme par exemple le bail commercial (A), dans d'autres cas c'est la doctrine ou la jurisprudence qui reconnaît la nature commerciale d'un contrat sans que ce dernier porte l'adjectif commercial (B). Dans ce paragraphe, nous étudierons l'ensemble de ces contrats afin de trouver la définition légale de commercialité en matière contractuelle.

A) les contrats comportant manifestement l'adjectif commercial/ Les contrats explicitement commerciaux

51. **Le bail commercial :** dans le code de commerce, la définition exacte du bail commercial n'existe pas. Le premier article qui traite le régime juridique de ce contrat se contente de déterminer le champ d'application et les conditions du statut de bail commercial. A défaut de définition légale c'est la doctrine qui en a rempli la tâche. Dans Hypercours de Dalloz nous trouvons que le bail commercial est un contrat par lequel une partie, le bailleur, s'engage à assurer à l'autre partie, le preneur, propriétaire d'un fonds de commerce, la jouissance des lieux moyennant un loyer¹⁰⁵. En effet, d'après cette définition, ainsi que les dispositions du code de commerce la location d'un local afin d'exploiter un fonds de commerce correspond à un bail commercial. L'adjectif commercial n'est donc pas attribué en raison de la nature du contrat. Le bail est considéré commercial car il garantit la continuité de l'endroit d'une activité commerciale.

52. **La société commerciale :** un autre contrat qui porte l'adjectif commercial est le contrat de société. Afin de déterminer le sens de la « commercialité », il est nécessaire de

¹⁰⁵ DECOCQ Georges, BALLOT- LENA Aurélie, *Op. cit.*, p. 305.

comparer la société commerciale avec la société civile d'une part, et la société commerciale avec le contrat d'association d'autre part.

La société commerciale et la société civile :

53. Le code de commerce consacre son deuxième livre aux sociétés commerciales. Il ne définit pas le contrat créant une société commerciale. Cependant, l'article L.210-1 dudit code énonce que le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet¹⁰⁶. La détermination d'un contrat de société par le critère de forme ne pose pas de grande difficulté. La vérification est mécanique, il suffit de regarder le statut de la société, enregistré au registre du commerce et des sociétés¹⁰⁷. Mais comment peut-on déterminer le caractère commercial d'une société d'après son objet ?

54. Un contrat de société peut être qualifié de commercial si l'objet de ce contrat ou autrement dit, l'activité visée par ce contrat est commerciale. Les activités commerciales, comme nous l'avons dit plus tôt, sont mentionnées à l'article L.110 du code civil et la doctrine a développé plusieurs théories afin de déterminer les activités commerciales. Ce critère nous permet de distinguer la société commerciale de la société civile¹⁰⁸.

La société commerciale et l'association :

55. L'adjectif commercial dans la dénomination de la société commerciale peut être analysé également en comparant les concepts d'« association » et de « société commerciale ». Ces derniers ont en commun plusieurs traits. Le seul point qui permet de différencier une association d'une société commerciale est la commercialité. Par conséquent, la comparaison de ces deux contrats révélera le sens de la commercialité.

56. Le premier article de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association énonce que l'association est une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices. Cette définition est très importante car elle ressemble à celle du

¹⁰⁶ C. com., art. L.210-1 : Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet. Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés par actions.

¹⁰⁷ C. com., art. : L.210-7 du code de commerce : Il est procédé à l'immatriculation de la société après vérification par le greffier du tribunal compétent de la régularité de sa constitution dans les conditions prévues par les dispositions législatives et réglementaires relatives au registre du commerce et des sociétés.

¹⁰⁸ MERLE Philippe, FAUCHON Anne, Droit commercial : Sociétés commerciales, Dalloz, 23^e éd., Paris, 2017, p. 16-17.

contrat de société commerciale. Nous avons dit qu'il n'y a pas de définition légale pour la société commerciale mais la doctrine en a présenté une¹⁰⁹ en se basant sur la définition du contrat de société mentionné dans le code civil¹¹⁰. La société commerciale est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes¹¹¹ affectent à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager un bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.

Comme nous pouvons le remarquer, ces deux définitions se différencient par le partage de bénéfice. Autrement dit, quand deux ou plusieurs personnes se regroupent afin de mener une activité et d'en partager le bénéfice obtenu, il s'agit d'une société, dans le cas contraire, il s'agit d'une association.

Il se peut que certains refusent cette idée, distinguant l'association de la société selon le critère de l'article 210-1 du code de commerce, à savoir l'objet : le domaine d'activité d'une société commerciale est différent de celui d'une association. Cependant, selon la jurisprudence constante¹¹² de la cour de cassation, une association peut être commerçante en exerçant des activités de commerce. Ainsi, l'objet d'un contrat d'organisation¹¹³ ne peut déterminer la commercialité d'un contrat, ce qui, par ailleurs, entre en contradiction avec le texte de la loi !

57. L'agent commercial : l'article L134-1 du code de commerce définit l'agent commercial comme un mandataire qui à titre de profession indépendante, sans être lié par un

¹⁰⁹ Cependant, il faut prendre en compte que la plupart des auteurs de droit des sociétés présentent les caractères d'un contrat de société sans en donner une définition exacte. Ex : DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, Dalloz, 5^e éd., 2017; MERLE Philippe, FAUCHON Anne, *Op. cit.*, MAGNIER Véronique, *Droit des sociétés*, Dalloz, 9^e éd., 2019, Paris.

¹¹⁰ C. civ., art. 1832.

¹¹¹ Cependant dans certains cas, la loi autorise la création d'une société par l'acte de volonté d'une seule personne. Ex : la SEL (société d'exercice libéral), la SASU (société par actions simplifiée unipersonnelle) et la société européenne (art. L. 229- 6).

¹¹² Cass. com. 14 février 2006, n° 05-13453 ; Cass. com. 17 mars 1981, n° 79-14.117 ; Cass. 2^{re} civ. 20 janvier 2012, n° 10-27.127.

¹¹³ Le professeur DIDIER Paul, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit - Mélanges en hommage à F. TERRE*, Dalloz-PUF-Juris-classeur, 1999, p. 636, a proposé deux catégories de contrats au regard de l'opération qu'ils organisent : la catégorie des « contrats organisation », par opposition à la catégorie des « contrats échange ». Dans les « contrats échange », dont la vente serait l'archétype, les intérêts des parties sont antagonistes, chacun ne gagnant que ce que l'autre perd. Ces contrats donnent une fois pour toutes naissance à des obligations, et chacun tente d'optimiser son gain et de limiter sa perte. Le contrat tend ainsi à concilier des intérêts divergents en trouvant un point d'équilibre, acceptable par chacun. Les « contrats organisation » instituent quant à eux une coopération entre les contractants qui mettent en commun des choses qui, jusque-là leur étaient propres, en les employant à une activité commune. Le contrat de société est l'archétype de ces contrats. DONDERO Bruno, *Op. cit.*, p. 37.

contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et éventuellement de conclure des contrats au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux.

À première vue nous pouvons dire que l'adjectif commercial est attribué à l'agent en fonction de son activité, car il exerce, au même titre que le courtier, une activité commerciale, puisque, pour recueillir son profit, il rapproche celui qui aurait pu être son vendeur de celui qui aurait pu être son acheteur¹¹⁴. Cependant les choses ne sont pas si simples et la jurisprudence est venue vider de tout sens le statut de l'agent commercial. En effet, la cour de cassation¹¹⁵ a statué que le contrat d'agent commercial est un mandat purement civil pour ce dernier. Alors on doit comprendre que le caractère commercial d'un agent ne s'apprécie pas en fonction de l'activité ou de la qualité du mandataire mais en fonction de la qualité de la personne pour laquelle l'agent négocie et conclut des contrats. Ainsi, si le mandant est un commerçant, un producteur ou un industriel ayant une activité commerciale, le contrat d'agence devient commercial seulement vis à vis de ces personnes. Et si l'agent commercial contracte avec un autre agent commercial, le contrat relève du domaine du droit commun du mandat. Cela nous invite alors à nous questionner sur l'intérêt d'intégrer des dispositions de l'agent commercial au sein du code de commerce.

Enfin, le sujet de notre étude n'est pas l'agent commercial, mais nous pouvons observer que le code de commerce utilise un étrange critère pour attribuer l'adjectif commercial au contrat.

58. La vente commerciale : cette locution n'est pas utilisée à proprement parler au

¹¹⁴ Conclusion des demandeurs en pourvois dans l'arrêt du 29 octobre 1979 de la chambre commerciale de la cour de cassation.

- ¹¹⁵ Cass. com. 29 octobre 1979, n° 78-14.226, Gaz. Pal., 1980, p. 1, note J. Dupichot; Cass. com. 28 oct. 1980, n° 93-21.866, pour des arguments en faveur du caractère commercial de l'activité de l'agent commercial : DILOY Christel, *Le contrat d'agence commerciale en droit international*, LGDJ, Paris, 2000, n° 61 et s. ; Sans raison déterminante la solution inverse prévaut pour d'autres mandataires professionnels : le mandat de l'agent immobilier ou, plus généralement, d'un agent d'affaires est commercial. La pratique utilise toutes sortes d'appellations, généralement descriptives (par exemple « mandataire-frac » : Cass. com. 29 oct. 2002, n° 99-18.796, RJDA, 2003, n° 132) ; Cass. com. 29 octobre 1979, n° 78-14226, Mais attendu que l'arrêt relève que si Donat de X... exerçait simultanément les activités de mandataire pour le compte de la société LAW et de revendeur pour son propre compte des produits fabriqués par celle-ci, son mandat, totalement étranger à son activité commerciale, n'en était pas l'accessoire; qu'en l'état de ces constatations, non contradictoires avec celle selon laquelle la société LAW était le seul mandant de Donat de X... et lui procurait tous ses revenus, la cour d'appel, qui déclare exactement que le mandat d'agent commercial a par lui-même un caractère civil pour le mandataire, celui-ci agissant au nom et pour le compte du mandant, a pu décider que la juridiction civile était compétente pour connaître de la demande fondée par Donat de X..., non sur ses rapports d'acheteur revendeur avec la société, mais exclusivement sur la résiliation de son mandat; d'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches.

sein du code de commerce. MM. Ripert et Roblot dans leur traité de droit des affaires, à l'occasion de l'étude des contrats commerciaux, évoquent le régime du contrat de vente commerciale, sans jamais en donner une définition précise. Cependant en lisant des passages sur la délimitation de leur étude, on peut comprendre que par « vente commerciale », ils entendent : vente dont l'objet a un caractère commercial¹¹⁶ et en particulier, vente de biens corporels¹¹⁷. En effet, peu importe la qualité des parties (consommateur ou commerçant), le caractère international du contrat ou sa modalité d'exécution (contrat terrestre ou maritime), tant que l'objet du contrat de vente est une chose corporelle, il sera qualifié de commercial. Évidemment comme nous pouvons le remarquer, cette idée est influencée par la théorie objective de l'acte de commerce. Les auteurs, afin de justifier leur théorie, arguent que la vente d'immeuble est en principe, un acte civil. Par conséquent, il est tout à fait logique que ce dernier soit exclu de l'étude de la vente commerciale.

Étant donné que la vente commerciale n'a pas de définition autonome, le régime juridique de chaque type de vente est alors soumis à un autre critère ; par exemple si un contrat de vente de marchandise est conclu entre un consommateur et un professionnel, alors il faut appliquer le droit de la consommation, il en est également de même pour le contrat de vente internationale de marchandise, le contrat de vente par voie maritime etc. En l'état actuel, dégager un régime juridique commun entre ces contrats est impossible. On ne peut considérer un régime juridique propre à la vente commerciale, différent de celui de droit commun. Il est donc seulement envisageable d'apporter des spécificités pour la vente de chaque objet.

59. Le gage commercial : la définition légale du contrat de gage commercial est présente à l'article L.52181 du code de commerce. Bien que l'article ne mentionne pas l'adjectif commercial, on peut le déduire de l'intitulé du chapitre : « dispositions générales sur le gage commercial ». D'après le code de commerce, le gage commercial est un gage constitué soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce. La rédaction de l'article montre bien que le législateur s'est servi de la combinaison de deux critères pour déterminer le caractère commercial du contrat. Il s'agit de la qualité des parties ou de la nature commerciale de l'activité dans le cas où aucune des parties n'est un commerçant. La jurisprudence a apporté des informations supplémentaires concernant

¹¹⁶ VOGEL Louis, RIPERT G., ROBLOT R., Traité de droit commercial: Du droit commercial au droit économique, T. 1, LGDJ, 21^e éd., Paris, 2020, p. 373.

¹¹⁷ Nous pouvons voir la même idée chez KOEHL Jean-Luc, Droit de l'entreprise : structures juridiques et contrats commerciaux, Ellipses, Paris, 1992, p. 143.

l'interprétation de ce dernier, en rappelant que la nature commerciale de la dette détermine la nature commerciale du gage. Cependant, il convient de garder à l'esprit que cette jurisprudence n'éclaire pas l'article L.521-1 du code de commerce mais le 3^e alinéa de l'ancien article 91. En effet, la loi du 23 mai 1863 a introduit les articles 91 à 93 consacrés au gage, car il n'existait aucune disposition spécifique dans celui de 1807. Cela était nécessaire car une différence était déjà présente dans l'esprit du législateur civil de 1804,¹¹⁸ preuve en est l'ancien article 2084 (nouvel art. 2354) :

« Les dispositions ci-dessus (concernant le chapitre sur le gage) ne sont applicables ni aux matières de commerce, ni aux maisons de prêt sur gage autorisées, et à l'égard desquelles on suit les lois et règlements qui les concernent ».

En étudiant, les dispositions du code de commerce, on s'aperçoit que la seule différence prévue dans les dispositions générales du gage, est l'aspect formel. Autrement dit, ce qui différencie le régime juridique du gage civil de celui du gage commercial c'est la preuve.

Évidemment le code de commerce prévoit d'autres types de gage qui sont nommés de manière différente relèvent également du domaine commercial comme le dépôt et le *warrant*.

Si l'on compare avec les autres contrats mentionnés dans le code de commerce, on peut observer que le législateur a pris en compte un autre facteur pour définir l'adjectif « commercial ». Ce que nous expliquerons dans les paragraphes suivants.

B) les contrats de nature commerciale sans l'adjectif « commercial » apparente/ les contrats de nature commerciale non explicite

60. En parallèle des contrats, pour lesquels l'adjectif commercial n'est pas mentionné, nous pouvons constater l'existence de contrats purement commerciaux. Quelques-uns sont cités dans le code de commerce avec le régime juridique spécifique et d'autres sont encadrés par la doctrine ou la jurisprudence comme la *joint-venture* ou différents types de contrat cadre¹¹⁹ : la distribution, la franchise et la concession¹²⁰.

¹¹⁸ DAUCHEZ Corine, note sous Cass. com. 17 février 2015, n° 13-27080, Gage commercial : la Cour de cassation défie le législateur !, p. 787-791.

¹¹⁹ Le législateur a, après la réforme du droit des contrats en 2016, intégré au sein du code civil, la définition du contrat cadre. Mais il est approuvé que les contrats cadres font parties des contrats commerciaux.

¹²⁰ GATSI Jean, Le contrat-cadre, LGDJ, Paris, 1996 ; SAYAG Alain (dir.), le contrat-cadre : la distribution, Litec, Paris, 1995.

61. **Le contrat cadre** : Le contrat cadre est un accord par lequel les parties conviennent des caractéristiques générales de leurs relations contractuelles futures. Des contrats d'application en précisent les modalités d'exécution¹²¹. Le contrat cadre, qu'il soit de distribution, de concession ou de franchise est conclu entre deux professionnels et porte sur une activité commerciale. La qualité des cocontractants et la nature de l'activité en question en font des contrats purement commerciaux.

62. **Le contrat de transport** : ce contrat auquel sont consacrées quelques dispositions du code de commerce, est un bon exemple pour révéler le défaut de critère pour attribuer le caractère commercial à un contrat. Le transport, par sa fonction d'origine semble entrer dans le domaine du commerce. En effet, les transporteurs permettaient la circulation des marchandises par voie terrestre ou maritime. Cependant au fil du temps cette activité s'est démocratisée et s'est étendue aux individus et aux marchandises non commerciales. Les moyens de transport se sont également diversifiés grâce aux progrès technologiques à travers le transport aérien, ferroviaire, maritime, ou routier d'ampleur régionale, nationale ou internationale. Tout cela étant aujourd'hui géré par de grandes sociétés commerciales. Le cadre d'origine s'étant extrêmement complexifié, la nature commerciale des contrats devient de plus en plus difficile à définir. Alors à ce moment la qualification de caractère commerciale d'un contrat devient difficile.

63. **Le contrat de commission** : L'article L.132-1 du code de commerce définit le commissionnaire comme un commerçant dont la profession est de faire des opérations commerciales pour le compte d'un autre commerçant mais en son propre nom. En effet, le code ne définit pas le contrat de commission mais plutôt le commissionnaire. Il a été défini par la doctrine et la jurisprudence¹²². Ce qui est intéressant c'est l'absence de l'adjectif « commercial » dans l'intitulé de ce contrat. Aucun auteur ne parle de « la commission commerciale ». Ceci impliquerait alors l'inutilité de cet adjectif car la commission est un contrat commercial par nature. M.M. Delamarre et Le Poitvin, dans leur traité du contrat de commission, insistent clairement sur ce fait. Pour eux, ce dernier est l'équivalent commercial du contrat de mandat du code civil¹²³.

64. **Contrat de courtage** : Non seulement, le code de commerce ne définit pas ce

¹²¹ C. civ., art. 1111.

¹²² DELAMARRE E., LE POITVIN J., Le traité du contrat de commission, Paris, N. Delamotte Ainé, 1840. Il s'agit du premier ouvrage relatif au contrat de commission.

¹²³ *Ibid.*, p. 30-32.

contrat mais, il ne définit pas non plus la personne qui exerce l'activité, à savoir le courtier. Le code de commerce se contente d'instaurer la nature commerciale de cette activité. Les dispositions concernant le régime juridique du courtier sont traitées au même rang que les dispositions relatives aux commissionnaires et aux agents de transport. Il s'agit « du commerce en général »¹²⁴. Encore une fois ce sont la doctrine et la jurisprudence qui ont détaillé le domaine de ce contrat. D'après M. Renault, le courtier est un commerçant dont la profession consiste à rapprocher des personnes qui désirent contracter. Ce contrat est également est un contrat commercial par nature ce qui fait de la personne qui l'exerce est un commerçant¹²⁵. Il s'agit du même raisonnement que pour le contrat de transport. Par ailleurs, c'est pour cette raison que les dispositions de ces agents sont codifiées sous le même titre dans le code de commerce. Malgré, l'absence du terme « commercial », la commercialité de ces relations contractuelles n'est jamais remise en cause.

La question est alors de savoir comment le juge peut déterminer le caractère commercial d'un contrat en dehors des contrats connus. Nous tenterons ainsi de trouver un critère général légal à cette fin.

§2) Définition doctrinale et jurisprudentielle du contrat commercial

65. Après avoir étudié la définition légale de la commercialité en matière contractuelle, il convient de se focaliser sur la définition doctrinale et jurisprudentielle du contrat commercial telle qu'elle est aujourd'hui admise en droit positif. Nous avons décidé d'étudier ce sujet en droit interne (A) puis en droit International (B), le régime juridique étant différent d'un cas à l'autre, la distinction est importante car elle suscite de nouvelles interrogations ; Le concept de contrat commercial international est-il différent du concept de contrat commercial interne ? si la réponse est positive, pourquoi utilise-t-on la même terminologie pour les désigner ?

A) Le contrat commercial en droit interne

66. Nous avons pu constater qu'en droit interne, aucune disposition du code de commerce, ni du code civil, même tel que modifié par la réforme du droit des obligations de 2016, ne traite de la définition du contrat commercial. Ces codes n'instituent pas non plus de classification selon le type de contrat (commercial ou non). La jurisprudence¹²⁶ reste

¹²⁴ C. com., art. L. 131-1 et s.

¹²⁵ RENAULT L., *Op. cit.*, p. 87-88.

¹²⁶ Nous parlons ici de la juridiction de l'ordre judiciaire et non celle de l'ordre administratif. Seules les

également silencieuse ou, tout du moins, ne donne pas d'éléments permettant de dégager clairement une définition du contrat commercial. En effet, alors qu'elle définit tous les actes juridiques portants sur un fonds de commerce comme des actes commerciaux (le contrat portant sur un fonds de commerce est donc un contrat commercial)¹²⁷, elle ne définit pas le contrat commercial en lui-même. C'est la raison pour laquelle il faut avoir recours à la doctrine pour tenter de déterminer ce que recoupe précisément cette notion¹²⁸.

Les théoriciens des deux branches de droit privé que sont le droit commercial et le droit des contrats se sont intéressés à l'étude du concept de « contrat commercial ».

a) Définition doctrinale en droit commercial :

67. Au vu du silence du législateur concernant la définition du contrat commercial, les auteurs du droit des affaires se sont intéressés à la définition de cette notion. La situation doctrinale est complexe. Certains auteurs suivent simplement la structure du code de commerce et n'estiment pas nécessaire de définir le contrat commercial. Au contraire, d'autres affirment l'existence d'une telle nécessité. Nous pouvons catégoriser la position doctrinale en deux courants : d'un côté les auteurs prenant position au regard du contrat commercial, et de l'autre côté ceux qui ne s'expriment pas sur sa définition, quelle qu'en soit la raison.

Absence de définition : le contrat commercial, un dérivé de l'acte de commerce

68. Certains manuels de droit commercial¹²⁹, n'abordent pas la question des contrats commerciaux. Ils contiennent seulement quelques paragraphes traitant du bail commercial ou du contrat portant sur le fonds de commerce. Ces ouvrages sont nombreux, ce qui amène un questionnement sur les raisons de cette indifférence à l'égard des contrats commerciaux. Il semble que, dans certains ouvrages de cette catégorie, les auteurs se contentent de définir la notion d'acte de commerce. Ils en déduisent l'application du régime de droit commercial aux

juridictions administratives ont tenté de définir le contrat commercial-

¹²⁷ CALAIS-AULOY Jean, note sous Cass.com., 19 juin 1972, n° 71-12.845, JCP, 1973, II, n° 17356.

¹²⁸ HEMARD Jean, *L'économie dirigée et les contrats commerciaux ; études offerts à Georges Ripert*, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1950 rappelle que la définition du contrat commercial soulève quelques difficultés. Il pense que ce dernier peut être défini de façon assez précise par référence à la profession commerciale.

¹²⁹ SALOMON Renaud, *Précis de droit commercial*, PUF, Paris, 2005 ; REINHARD Yves, CHAZAL Jean-Pascal, *Droit Commercial*, LexisNexis, 8^e éd., Paris, 2012 ; BENILLOUCH Mikael, BERREBI Jacob, *Leçons de droit commercial*, Ellipses, Paris, 2010 ; BRAUD Alexandre, *Droit commercial*, Lextenso, 3^e éd., Paris, 2012 ; MASSART Thibaut, *Droit commercial*, Gualino, Paris, 2007 ; PIEDELIEVRE Stéphane, *Op. cit.* ; Le Gall Jean-Pierre, RUELLAN Caroline, *Droit commercial : Notions générales*, Dalloz, Paris, 2014, 16^e éd. HESSE-FALLON Brigitte, SIMON Anne-Marie, *Droit des affaires*, Dalloz, 18^e éd., Paris, 2009.

contrats conclus par des commerçants en tant qu'actes de commerce, mais cette approche est critiquable.

69. Mestre et Pancrazi écrivent : « *L'expression [du contrat commercial] est peu éclairante, pour ne pas dire équivoque. On pourrait certes lui donner un sens précis en traitant uniquement des contrats constituant des actes de commerce par nature, au sens des articles L. 110-1 et L. 110-2 du Code de commerce. Mais l'étude serait vite faite (quelques mots sur la commission, le courtage, le transport...), et tel n'est évidemment pas le souhait de ceux qui ont défini ces programmes. Aussi, par contrats commerciaux, mieux vaut entendre, beaucoup plus largement, tous les engagements contractuels qui, pour l'une des parties au moins, constituent un acte de commerce, que ce soit, au demeurant, par nature ou simplement par accessoire. Autrement dit, il convient de voir, à travers eux, les actes de commerce et les actes mixtes coulés dans la forme juridique d'un contrat* »¹³⁰. Les partisans de cette approche, ont dégagé plusieurs critères pour définir l'acte commercial que nous les avons déjà étudiés.

Nous pouvons citer M. Vandebossche, qui, dans son cours d'histoire du droit commercial définit le contrat commercial comme l'engagement contractuel qui au moins pour une des parties est un acte de commerce. Pour cet auteur, le contrat de vente commerciale et le contrat de commission sont les principaux contrats commerciaux¹³¹.

Pour M. Escara les actes des anciens articles 632 et 633 du code de 1807 sont limités au domaine contractuel. Autrement dit tous les contrats mentionnés dans ces articles qui sont réalisés par un commerçant sont des actes ou des contrats commerciaux et relèvent du droit du commerce¹³².

70. **Effort de définition** : La deuxième catégorie des auteurs du droit commercial sont ceux qui l'étudient et donc, tentent de le définir pour le distinguer du contrat civil. Nous pouvons subdiviser cette catégorie en deux groupes : les auteurs définissant le contrat commercial en fonction de la qualité des cocontractants et ceux retenant comme critère le régime juridique applicable.

Pour le premier groupe, le seul critère absolument certain doit être recherché dans la

¹³⁰ MESTRE Jacques, PANCRAZI Marie-Eve, ARNAUD-GROSSI Isabelle et al., *Op. cit.*, p. 733-734.

¹³¹ Le cours histoire de droit, de M. VANDENBOSSCHE, 1973-1974, association corporative des étudiants en droit et en sciences économiques de Paris II, Paris, p. 16.

¹³² RAULT J., ESCARRA J., *Principes de droit commercial*, T. 1, Librairie du recueil SIREY, Paris, 1934, p. 172-173.

profession des parties. Ainsi, tout contrat fait par un commerçant pour les besoins de sa profession est commercial¹³³. Cette définition trouve son origine dans une approche subjective du droit commercial. Pour ses partisans, un contrat est commercial s'il émane d'un commerçant. La base de cette distinction est la compétence des tribunaux de commerce. Autrement dit, pour les auteurs de ce groupe, ce qui justifie la séparation entre contrat commercial et contrat civil, ce sont les règles procédurales spécifiques aux contrats commerciaux.

Les tribunaux de commerce connaissent :

1° Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit, entre sociétés de financement ou entre eux ;

2° Des celles relatives aux sociétés commerciales ;

3° Des celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes.

71. Les partisans de ce courant vont plus loin dans la dénomination de la relation contractuelle en la définissant en fonction de la qualité des parties du contrat. Ils expliquent qu'« un commerçant n'est pas un individu isolé. Il a, à l'inverse, besoin des autres pour atteindre ses fins, que ce soit du client, consommateur final, ou des partenaires économiques. Le contrat est au cœur de ces différentes relations. Pour réaliser ses objectifs, tout commerçant, qu'il soit personne physique ou personne morale, doit en effet conclure des accords commerciaux. En amont, ils permettent de se fournir en marchandises ou en matière première ; en aval, ils en assurent la distribution. C'est cette multitude de contrats que l'on désigne par l'expression de contrats commerciaux.

Qu'ils soient nommés ou innommés, tous les contrats du commerce obéissent aux règles du droit commun des contrats et des obligations conventionnelles prévues par le Code civil. Conclus entre commerçants, ils seront soumis au régime plénier des actes de commerce ; conclus entre un commerçant et un non commerçant, ils obéiront au régime de l'acte mixte. Dans ce dernier cas ils seront en outre, susceptibles de relever des règles protectrices du Code de la consommation »¹³⁴.

72. La complexité de la définition du contrat commercial a pour origine la naissance

¹³³ HEMARD Jean, *Traité théorique et pratique de droit commercial ; les contrats commerciaux*, Recueil SIREY, 1953, p. 7 ; ESCARRA J., RAULT J., *Op. cit.*, n°159 et s.

¹³⁴ DECOCQ Georges, BALLOT-LENA Aurélie, *Op. cit.*, p. 411.

des contrats de consommation au début de XIX^e siècle. Auparavant, on parlait du contrat civil et du contrat commercial. Mais une fois que le concept de consommateur a été reconnu par le droit positif, on a parlé de contrat mixte ou contrat de consommation.

En droit interne, il nous semble que le critère retenu pour cette distinction est à l'origine d'une problématique fondamentale et logique. Les théoriciens du droit interne (le droit des contrats et le droit commercial) parlent d'une nouvelle crise ou de l'influence du droit de la consommation sur les contrats commerciaux. « *La volatilité de la notion de contrats commerciaux rend difficile la mise au jour de principes généraux, d'autant que ces conventions subissent l'influence d'autres branches du droit. Le droit de la consommation et la protection de la partie faible, le droit de la concurrence et la protection du marché, perturbent largement le régime des contrats commerciaux* »¹³⁵. S'agissant du deuxième groupe doctrinal, le critère de la distinction est celui du régime juridique applicable. Autrement dit, ces auteurs s'intéressent aux règles de fond spécifiques aux contrats commerciaux. Lorsque celles-ci sont applicables, le contrat est commercial. Les partisans de cette distinction se subdivisent en trois courants de pensée.

* D'abord, ceux qui considèrent qu'il existe un régime juridique propre aux obligations commerciales. « C'est, en quelque sorte, le droit commun commercial et nous verrons qu'il n'est guère étoffé. Il s'agit d'une série de règles, dérogeant aux principes du droit civil, pour la plupart fort anciennes et qui ne sont d'ailleurs pas toutes intégrées dans un texte législatif ou réglementaire. L'origine de ces dispositions réside dans les nécessités du commerce. Essentiellement pragmatiques, elles ne sont pas toujours totalement exemptes de contradictions »¹³⁶.

M. Lacour a consacré une partie de son ouvrage aux contrats commerciaux. Il définit tout d'abord une théorie générale des contrats commerciaux en définissant les règles communes¹³⁷. Il étudie ensuite le régime juridique des principaux contrats commerciaux qui sont fondamentalement impactés par les usages¹³⁸.

¹³⁵ HOUTCIEFF Dimitri, Droit commercial : Droit du commerce et des affaires, Dalloz, 4^e éd., Paris, 2016, p. 223.

¹³⁶ DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, BLARY-CLEMENT Edith, Droit commercial : Actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence, LGDJ, Issy-les Moulineaux, 12^e éd., 2019, p. 123.

¹³⁷ LACOUR Léon, Précis de droit commercial, Dalloz, Paris, 1945, p. 253-260.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 261.

* Cependant d'autres réfutent l'existence d'une théorie générale pour le contrat commercial. Nous pouvons remarquer cette idée dans les travaux de MM. Bert et Planckeel : « *Il n'existe pas de droit des obligations propre à la matière commerciale. Le droit commercial comporte néanmoins une série de règles dérogatoires au droit civil. Si certaines règles sont présentées comme spécifiques à la matière commerciale, force est de constater que le particularisme du droit commercial par rapport au droit civil s'amenuise néanmoins. La distinction entre droit civil et droit commercial tend ainsi à s'estomper, relançant le débat sur l'unité du droit privé* »¹³⁹.

73. Parmi les anciens auteurs du droit commercial, nous pouvons citer M. Rodière qui définit les contrats commerciaux comme les engagements contractuels qui, pour l'une des parties au moins, constituent un acte de commerce. En d'autres termes, ce sont les actes de commerce et les actes mixtes coulés dans la forme juridique du contrat¹⁴⁰. Bien qu'il pense que le régime juridique applicable au contrat commercial est celui du droit commun, il reproche au code de commerce de 1807 de ne pas préciser les règles générales applicables aux transactions commerciales¹⁴¹. En réalité les auteurs qui s'intéressent aux contrats commerciaux du point de vue des règles de fonds, essaient d'articuler le régime juridique des contrats commerciaux entre la théorie générale du droit des contrats et les règles spécifiques.

L'idée dominante des auteurs de droit commercial se résume ainsi : « *Les contrats commerciaux n'existent pas. Du moins ne constituent-ils pas une notion assez ferme pour fonder un régime cohérent* »¹⁴². Ils considèrent que le contrat commercial est un contrat civil : « *le commerçant est placé au cœur de relations qui se nouent par le moyen du contrat, il doit s'approvisionner auprès de ses fournisseurs et revendre marchandises ou proposer ses services à ses clients parfois aussi établir son fonds de commerce dans un local qui appartient à un tiers, s'assurer contre certains risques, s'appuyer sur un ou plusieurs établissements bancaires pour financer son activité, employer du personnel.*

Le moyen juridique de ces collaborations et associations est le contrat dont la théorie

¹³⁹ BERT Daniel, PLANCKEEL Frédéric, *Op. cit.*, p. 303.

¹⁴⁰ RODIERE René, *Droit commercial : contrats commerciaux, faillites*, SIREY, 1972, p. 1.

¹⁴¹ *Ibid.*, l'auteur écrit : « on devrait trouver dans le code de commerce indépendamment des dispositions spéciales à tel ou tel contrat commercial, l'exposé des règles générales applicables aux transactions commerciales. Mais le code de commerce, mal et hâtivement rédigé, ne contient rien de pareil. Il ne contient aucune disposition générale concernant les contrats commerciaux et les règles spéciales à tel ou tel contrat de commerce sont énoncées sans ordre et de façon tout à fait insuffisante, sauf en matière maritime ».

¹⁴² *Ibid.*, p. 37.

générale est établie par le Code civil. Derrière le contrat, il y a les contrats dans toute leur diversité, imposant de conjuguer la théorie générale et les dispositions spéciales à chaque figure contractuelle »¹⁴³.

* Enfin, la troisième position doctrinale au sein de ce courant (définition du contrat commercial par rapport au régime juridique applicable) est la suivante : L'idée de reconnaissance d'un contrat commercial distinct du contrat civil, même si elle est rare, existe parmi les juristes. Mais cette distinction ne s'accompagne pas d'une définition précise du contrat commercial.

Cette idée insiste sur l'originalité juridique et la grande utilisation pratique de certains contrats commerciaux, notamment la vente commerciale en ce qu'elle permet tant d'écouler son stock de marchandises que de s'approvisionner ; et le contrat de distribution, qui favorise les échanges commerciaux par la mise en place d'un réseau ou la nomination d'un représentant¹⁴⁴. Ce courant ne définit pas le contrat commercial. Il ne théorise pas non plus le régime juridique du contrat commercial mais il attire l'attention sur le régime original de certains contrats commerciaux.

M. Guéval est parmi les rares auteurs qui reconnaissent l'idée selon laquelle un contrat civil peut avoir un équivalent commercial. Il écrit que l'« *on ne peut évidemment être exhaustif en cette matière, les contrats commerciaux étant, le plus souvent, des créations de la pratique et restant innomés. On peut cependant tenter de les classer par catégories. Il y a tout d'abord des contrats commerciaux qui se sont développés à partir de contrats existant en droit civil et qui s'en sont peu à peu différenciés ou des contrats qui existent à la fois en droit civil et en droit commercial, mais avec un régime juridique distinct. Il y a ensuite des contrats commerciaux originaux qui n'ont pas leurs pendants en matière civile (ou qui n'ont pas encore leur équivalent en matière civile, puisque l'on a vu que, très souvent, le droit commercial sert de laboratoire d'essais »¹⁴⁵. Bien que cette distinction entre le contrat commercial et le contrat civil soit très intéressante et qu'elle soit la base de notre théorie, l'auteur ne s'explique pas sur le **critère** de la distinction. L'analyse des théories du droit des contrats pourrait nous aider à déterminer ce dernier.*

¹⁴³ CLAVIER Jean-Pierre, LUCAS Françoise-Xavier, Droit commercial, Manchecourt, Flammarions, 2003, p. 178.

¹⁴⁴ DECOCQ Georges, BALLOT-LENA Aurélie, *Op. cit.*, p 411.

¹⁴⁵ GUEVAL Didier, Droit commercial et des affaires, LGDJ, 4^e éd., Paris, 2016, p. 141-142.

Nous avons analysé les travaux des auteurs du droit commercial sur le contrat commercial, il convient maintenant d'étudier les travaux des auteurs du droit des contrats qui s'intéressent aussi à cette matière.

b) L'étude doctrinale des contrats spéciaux

74. Il s'agit d'étudier le raisonnement des auteurs du droit des contrats pour le comparer avec celui des auteurs du droit commercial afin de trouver les origines de l'ambiguïté d'un même concept utilisé par les deux types d'auteur, à savoir, le contrat commercial.

75. Rappelons que certains auteurs n'opèrent pas de distinction entre contrat civil et contrat commercial et se contentent d'étudier les seuls contrats énoncés dans le code civil. Leurs plans d'études ne permettant pas d'éclairer notre théorie sur la détermination de critère(s) de distinction, leurs conclusions ne seront pas étudiées ici¹⁴⁶. Leur idée se résume dans cet extrait : *« il est usuel de répartir les contrats en contrats civils et en contrats commerciaux. Cette distinction doit être bien comprise. Elle ne signifie nullement qu'il existe dans notre droit une réglementation propre aux contrats civils et une réglementation propre aux contrats commerciaux. Un même contrat peut être civil ou commercial en fonction de la qualité des contractants et de leur objectif »*¹⁴⁷.

La position des auteurs du droit des contrats par rapport au contrat commercial n'est pas, elle non plus, unique. Quant à la définition du contrat commercial, tous les auteurs sont muets, ce qui ne nous aide pas à déterminer quel est le critère permettant de distinguer un contrat commercial d'un contrat civil¹⁴⁸.

Ce qui différencie les auteurs du droit des contrats, de ceux du droit commercial, c'est

¹⁴⁶ Cf., PUIG Pascal, Contrats spéciaux, Dalloz, Paris, 2019, 8^e éd ; RAYNARD Jacques, SEUBE Jean-Baptiste, Droit civil, Contrats Spéciaux, LexisNexis, 10^e éd., Paris, 2019.

¹⁴⁷ GROSS Bernard, BIHR Philippe, Contrats, ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux, PUF, 2^e éd., Paris, 2002, p. 12.

¹⁴⁸ BENABENT Alain, Droit civil ; les contrats spéciaux civils et commerciaux, LGDJ, 13^e éd., Paris, 2019, l'auteur ne donne aucune définition du contrat commercial, mais de son plan d'étude des contrats, il s'ensuit que les contrats mentionnés dans le code de commerce sont les contrats commerciaux et ceux du code civil sont les contrats civils ; BARBIERI Jean-Jacques, Contrats civils, contrats commerciaux, Mason/Armand Colin, Paris, 1995, l'auteur sans distinguer les contrats civils des contrats commerciaux ni les définir suggère la classification rationnelle des contrats en fonction de l'économie de contrat (l'obligation principale autour de laquelle s'ordonnent les alvéoles du contrat ; c'est-à-dire à partir de l'opération que chaque contrat permet de réaliser). Par conséquent, l'auteur ne fait aucune distinction entre le contrat civil et le contrat commercial.

l'étude du régime juridique applicable aux contrats commerciaux¹⁴⁹. Ces derniers s'intéressent exclusivement au régime juridique des contrats commerciaux. Cette approche peut s'expliquer en faisant référence à l'ancien article 1107 du code civil (nouvel article 1105) qui distingue le contrat commercial des autres contrats, mais sans en donner une définition¹⁵⁰. En fait, cet article se contentait de proposer une classification des différentes sortes de contrat commercial existantes, sans le définir. Les auteurs ont suivi cette classification sans expliciter la notion de contrat commercial.

Afin de déterminer le régime juridique des contrats, leur démarche consiste à différencier contrat spécial et contrat de droit commun. D'après les auteurs du droit des contrats spéciaux, le régime juridique des contrats dépend soit des seules issues de la théorie générale des obligations, soit, pour partie au moins, de règles propres qui tiennent à leur nature juridique. Ce sont ces derniers contrats qu'il est convenu d'appeler les contrats spéciaux, même si cette terminologie n'est pas à l'abri de toute critique¹⁵¹. Selon cette distinction, le contrat commercial doit a priori être considéré comme tel car il a des règles lui sont propres. Mais en réalité, au sein même de cette pensée différenciant contrat de droit commun et contrat spécial, il n'existe pas de commun accord entre les auteurs sur la détermination de ce qui est ou n'est pas un contrat spécial. Pour certains le contrat commercial est un contrat spécial, pour d'autres non.

Pour le premier groupe : le contrat commercial est un contrat spécial, donc régi par le code civil à ce titre. Cette position a, même s'ils sont rares, séduit ses partisans. Selon cette idée, « *Tant que le Code civil contenait la quasi-totalité de la réglementation applicable aux différents contrats, la notion de contrat spécial ou de contrat nommé ne soulevait guère de difficulté ; il suffisait de se reporter au Code pour connaître la liste des contrats spéciaux ; on pouvait la compléter en y ajoutant les contrats dont traitait l'ancien Code de commerce, comme le courtage ou la commission* »¹⁵².

Pour d'autres auteurs (deuxième groupe), le contrat commercial est exclu du domaine

¹⁴⁹ LE TOURNEAU Philippe, FICHER Jérôme, TRICOIRE Emmanuel, principaux contrats civils et commerciaux, Ellipses, Paris, 2005, p. 12-13 ; pour les auteurs la distinction entre les contrats civils et les contrats commerciaux paraît assurée par un critère formel qui est la distinction des codes (l'idée de M. Bénabent). Estimant ce critère artificiel et malencontreux, ils les traitent indifféremment l'un et de l'autre.

¹⁵⁰ Cette approche du code civil est aussi intéressante qui a instauré implicitement une classification au sein des contrats sans le définir.

¹⁵¹ GROSS Bernard, BIHR Philippe, *Op. cit.*, p. 1.

¹⁵² *Ibid.*, p. 7

des contrats spéciaux. D'abord parce que le particularisme de certains contrats commerciaux est devenu tellement marqué qu'ils disposent désormais de leur propre droit, échappant presque complètement au droit commun, comme par exemple les baux ruraux et commerciaux. « *La plupart de ces contrats étaient étudiés en qualité de contrats spéciaux de droit civil par les auteurs de droit civil du XIX^e siècle et ne le sont plus par les contemporains, car du fait de leur complexité ils relèvent de disciplines distinctes. Si des contrats anciens s'en vont, de nouveaux naissent : la théorie des contrats spéciaux est un renouvellement constant. Le droit civil ne s'applique que partiellement aux contrats commerciaux* »¹⁵³.

Pour ces auteurs, certains contrats sont devenus tellement spécialisés qu'ils ont leur propre régime et deviennent autonomes (le contrat de travail et le contrat de mariage en sont deux exemples). Comme nous l'avons vu, ils considèrent que le contrat commercial est exclu du domaine des contrats spéciaux, alors que, la définition même de ce type de contrat indique le contraire. En réalité, ils ne s'expriment absolument pas sur la raison de l'exclusion des contrats commerciaux de la théorie générale des contrats spéciaux.

76. Après cette analyse de la position des théoriciens du droit sur le contrat commercial et son articulation avec la théorie générale du droit des contrats, nous nous attarderons sur quelques points spécifiques.

77. Tout d'abord, en droit *interne*, il n'y a pas de définition du contrat commercial, et même parmi les différentes classifications de contrats présentées par les auteurs, il n'existe pas de critère autonome de distinction selon la nature du contrat. En outre, si la doctrine ou la jurisprudence ont essayé de dégager les critères comme la spéculation, la circulation et l'acte fait par l'entreprise pour déterminer l'acte commercial, il n'en va pas de même pour le contrat commercial. (On voit la qualification de contrat synallagmatique et unilatérale, à titre onéreux et à titre gratuit, commutatif et aléatoire).

78. Nous pensons que l'origine de ces divergences dans la conception du contrat commercial se trouve dans la classification implicite opérée par le code civil à son ancien article 1107 et, surtout, dans l'absence de définition du contrat commercial. Le droit français a implicitement procédé à une distinction entre le contrat civil et le contrat commercial. Il a choisi deux critères différents pour cette distinction : d'abord un critère formel, la **qualité** des cocontractants. Le deuxième critère est celui de la **règle applicable au contrat**. Ce constat

¹⁵³ MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, GAUTIER Pierre-Yves, Droit des contrats spéciaux, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 11^e éd., 2020, p. 39.

amène plusieurs interrogations. D'abord, avons-nous besoin d'une telle distinction ? Autrement dit, à quoi sert une telle distinction en droit français ? Si l'on retient le critère de la qualité des cocontractants, les contrats commerciaux bénéficiant de certains avantages procéduraux, une distinction se matérialise dans les faits. Mais si l'on retient le critère du droit applicable au fond du contrat, cette distinction n'a guère d'avantage. Le critère de droit applicable réduit certains contrats commerciaux à des contrats nommés.

79. Le second questionnement qui découle de ce constat consiste à déterminer si les critères utilisés sont pertinents pour classer les contrats. Et si la réponse est négative, quels critères utiliser pour procéder à cette classification ?

80. Autre question que ces différents critères de classification soulèvent : étant donné que le but principal d'un juge ou d'un juriste est de déterminer le régime juridique d'un contrat et que le droit français limite l'application du régime juridique des contrats commerciaux à quelques contrats, la spécialisation des contrats (l'expansion des contrats) ne remet-elle pas en cause la démarche intellectuelle de qualification du contrat ? Cela ne constitue-t-il pas une entrave à l'autonomie de la volonté des contractants ? N'est-on pas en présence d'une atteinte à l'article 1102 et au principe de liberté contractuelle qu'il énonce ?

Ensuite, ce défaut de définition ou de critère unique de distinction entre le contrat commercial et le contrat civil n'est pas en soi un problème en droit interne. En effet, pour le juge ou les juristes, c'est le régime juridique applicable à un contrat qui importe ; une définition aiderait simplement dans la détermination de ce régime. Le résultat de l'analyse du droit français relatif au contrat commercial par deux groupes d'auteurs (auteurs en droit des contrats et auteurs en droit commercial) est identique : le contrat commercial n'a pas de régime juridique spécifique, autonome. C'est ce que l'on constate lorsque l'on étudie le code de commerce et les manuels de droit commercial. Nous ne sommes pas en présence d'un corps de règles homogènes s'appliquant aux contrats commerciaux et définissant leur régime juridique, sauf en ce qui concerne le contrat de société, qui est un type de contrat commercial. Plus précisément, le code de commerce, en France et dans les pays représentant les principaux systèmes juridiques, se contente d'énoncer les principes inhérents au monde du commerce comme la solidarité, la rapidité et certains avantages procéduraux. Il ne présente donc pas un régime juridique propre au contrat commercial, quelle qu'en soit la raison (inutilité d'un tel régime), alors qu'un régime spécifique existe pour le contrat de vente par exemple. De plus, le code civil a facilité la détermination du régime juridique du contrat commercial en imposant les règles du code civil cumulant les règles spéciales. Comme le disent MM. Loussouarn et

Bredin « *la distinction des contrats civils et commerciaux n'emporte pas en droit interne de nombreuses conséquences : les Tribunaux de commerce sont compétents pour connaître des contrats commerciaux* »¹⁵⁴. En revanche, en ce qui concerne la distinction entre contrat commercial et contrat civil selon le critère juridictionnel, il semble que cette analyse n'ait pas influencé les contrats commerciaux et leur qualification de façon notable¹⁵⁵. En fait, les tribunaux de commerce n'ont que peu d'influence sur la jurisprudence en ce qui concerne les litiges issus des contrats commerciaux. Cela s'explique par l'organisation du système judiciaire : « *Les tribunaux de commerce ne statuent qu'au premier degré : les affaires entrent en cause d'appel ou sur le pourvoi en cassation dans le rôle des juridictions civiles. Ces juridictions apportent à leur solution les méthodes juridiques que la pratique du droit civil leur a données* »¹⁵⁶. « *Les tribunaux de commerce sont conduits très largement à faire application de règles empruntées au droit civil car les contrats commerciaux restent pour l'essentiel sous l'empire de la théorie générale des obligations et même sous celui des règles applicables aux contrats spéciaux* »¹⁵⁷.

Et enfin, pour la majorité des théoriciens du droit commercial et du droit des contrats spéciaux, bien que le contrat commercial soit soumis à la théorie générale du droit des contrats il demeure un contrat spécial.

81. On peut faire le même constat concernant les auteurs qui considèrent qu'un contrat spécial peut être de nature civile ou commerciale. « *Le débat sur la distinction du droit civil et du droit commercial commande le particularisme des contrats commerciaux. La plupart des contrats spéciaux peuvent être ou civils ou commerciaux ; par exemple la vente : il existe des ventes civiles et des ventes commerciales. Quand ils sont commerciaux, ils ont un particularisme, surtout lorsqu'ils sont internationaux* »¹⁵⁸. D'après cette réflexion, qui prend en compte les règles applicables à un contrat comme critère de distinction, nous pouvons affirmer l'existence de trois types de contrats commerciaux :

- les **contrats civils** qui sont conclus **par les commerçants ou pour leurs besoins**.

C'est le code civil qui régit ces contrats, avec en sus certaines règles procédurales issues du

¹⁵⁴ LOUSSOUARN Yvon, BREDIN Jean-Denis, Droit du commerce international, Sirey, Paris, p. 589.

¹⁵⁵ Nous pouvons mentionner l'acceptation de l'infraction du contrat comme un remède pour l'inexécution des contrats commerciaux.

¹⁵⁶ DIDIER Paul, DIDIER Philippe, Droit commercial, T. I, Economica, Paris, 2005, p. 10.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 729.

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 36.

code de commerce.

- les **contrats civils à l'origine**, qui, pour les besoins du monde du commerce et des commerçants, ont trouvé une **autonomie en matière commerciale**, comme les contrats de société commerciale.

- les contrats **nés pour des raisons purement commerciales**, comme le contrat de distribution ou le contrat de commission. Ils sont à mi-chemin entre les deux premières catégories. En effet, ils sont soumis au droit commun des contrats mais certaines règles spécifiques régissant le fond du contrat et énumérées par le code du commerce seront également appliquées.

Cependant, cette manière de définir le contrat commercial, n'est pas le propre de la France, il en est de même dans les grands systèmes juridiques ou les conventions internationales. Tous les systèmes, qu'ils comportent ou non un droit commercial autonome, soumettent les relations commerciales à des principes généraux communs à l'ensemble du droit privé et à des règles particulières qu'imposent parfois les nécessités du commerce¹⁵⁹.

B) Le contrat commercial en droit international

82. La définition du contrat commercial, en droit international, est complexe. Tout d'abord la terminologie utilisée afin de désigner cette notion n'est pas claire. De plus, il n'existe pas de définition légale du « contrat commercial » en droit international alors que dans la plupart des conventions internationales, cette terminologie est utilisée¹⁶⁰. En revanche, une définition jurisprudentielle du contrat commercial international existe, elle sera étudiée et comparée avec notre théorie du contrat commercial. Nous pouvons également étudier le concept de « contrat de commerce » utilisé par *Les Principes Unidroit*¹⁶¹ de l'Institut international pour l'unification du droit privé, qui ont harmonisé les principales règles relatives aux contrats du commerce international.

a) Le contrat commercial dans les instruments internationaux

¹⁵⁹ LOUSSOUARN Yvon, BREDIN Jean-Denis, *Op. cit.*, p. 6.

¹⁶⁰ Par exemple le premier article du règlement de Rome I relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles dispose que ce dernier s'applique, dans des situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale. Cependant, la distinction entre la matière commerciale et la matière civile en droit européen n'est pas définie.

¹⁶¹ Les principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international sont des principes, élaborés par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), destinés à régir les contrats du commerce international.

83. Les instruments internationaux qui ont tenté d'harmoniser ou de définir le régime juridique de certaines relations contractuelles ne sont pas nombreux. Cependant, le peu de conventions internationales traitant du régime juridique utilisent le concept de contrat commercial sans le définir précisément. Cet état des choses résulte du fait que le système juridique *Common Law* contrairement au système continental ne reconnaît pas la distinction entre le contrat civil et le contrat commercial. Les rédacteurs des instruments internationaux, afin de satisfaire aux exigences des deux systèmes juridiques recourent alors à la terminologie de contrat commercial. De plus, la valeur juridique de ces instruments n'est pas la même. D'un côté, il y a des instruments de droit dur et de l'autre côté, les instruments de droit mou. Le seul texte international qui a réussi à rapprocher les opinions divergentes des différents systèmes juridiques est *Les Principes Unidroit*.

84. **La définition du contrat de commerce dans les *Principes Unidroit* :** *Les Principes Unidroit* constituent l'un des rares, voir l'unique, instrument international se prononçant sur le concept de « contrat de commerce » international. Il s'agit d'un document relevant du droit mou qui reflète des concepts que l'on trouve dans de nombreux systèmes juridiques, sinon dans tous. Ces Principes sont destinés à fournir un ensemble de règles spécialement adaptées aux besoins des opérations du commerce international. Ils renferment également les solutions qui sont perçues comme étant les meilleures, même si celles-ci ne sont pas encore adoptées de façon générale. Ils ont pour objectif d'établir un ensemble équilibré de règles destinées à être utilisées dans le monde entier quelles que soient les traditions juridiques et les conditions économiques et politiques des pays dans lesquels elles doivent s'appliquer¹⁶².

85. Les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international révèlent des points très intéressants sur la commercialité d'un contrat. Évidemment cette position par rapport à la définition du contrat commercial n'engage que les rédacteurs de ce texte et ne définit le contrat commercial que lorsque le texte est applicable au contrat.

Tout d'abord, ce texte écarte certains critères qui ne seront donc pas pris en compte dans la qualification d'un contrat commercial. En effet, « *La limitation aux contrats "du commerce" ne vise en aucune façon à adopter la distinction traditionnelle qui existe dans quelques systèmes juridiques entre les parties et/ou les opérations "civiles" et "commerciales", c'est-à-dire à faire dépendre l'application des Principes de la question de*

¹⁶² Introduction des Principes d'Unidroit, première version, p. 27.

savoir si les parties ont le statut formel de “commerçants” (“merchants”, “Kaufleute”) et/ou si l’opération a un caractère commercial »¹⁶³. Ainsi, le critère formel (le statut de commerçant) et le critère économique (le caractère commercial de l’opération) sont écartés.

Ce texte instaure un nouveau critère établissant une nouvelle distinction pour déterminer le domaine du contrat de commerce. « *L’idée poursuivie est davantage d’exclure du champ d’application des Principes ce qu’on appelle les “opérations de consommation” qui sont de plus en plus soumises dans les divers systèmes juridiques à des règles spéciales, impératives pour la plupart, visant à la protection du consommateur, c’est-à-dire une partie qui conclut un contrat autrement que pour son commerce ou sa profession* »¹⁶⁴. Ce critère est celui utilisé par certains auteurs afin de désigner le concept de contrat d’affaires. Il constitue également l’une des bases de notre théorie que nous étudierons bientôt.

Le critère retenu par cet instrument international pour écarter un type de contrat de la qualification de contrat du commerce international est le même que celui qui est utilisé en droit de la consommation. Ce critère est alors utilisé comme un critère formel, tandis que nous l’utilisons ici comme un critère substantiel.

L’approche des juristes en droit international concernant ce qui est ou n’est pas de contrat de commerce international est casuistique. C’est-à-dire que lorsque les juristes essaient de déterminer ce que recoupe le concept de contrat du commerce international, ils ont tendance à inclure ou d’exclure une catégorie entière de contrats dans le champ des contrats internationaux, sans donner de critère précis.

b) La définition doctrinale et jurisprudentielle La terminologie présentée par les auteurs

86. La définition du contrat en droit international semble être délaissée¹⁶⁵ par rapport

¹⁶³ Préambule des Principes d’Unidroit 2016, p. 5.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ CHATILLON Stéphane, Droit des affaires internationales, Vuibert, 5^e éd., Paris, 2011 ; DELACOLLETTE Jean, Les contrats de commerce internationaux, De Boeck&Larcier, 3^e éd., Bruxelles, 1996 ; GOURION Pierre-Alain, PEYRARD Georges, SOUBEYRAND Nicolas, Droit du commerce international, LGDJ, 4^e éd., Paris, 2008 ; RACINE Jean-Baptiste, SIIRIAINEN Fabrice, Droit du commerce international, Dalloz, 3^e éd., Paris, 2018 ; MOUSSERON Jean-Marc, RAYNARD Jacques, FABRE Régis, PIERRE Jean-Luc, Droit du commerce international, LexisNexis, 4^e éd. Paris, 2012 ; LEBEN Charles, Le droit international des affaires, PUF, Que sais-je ?, 6^e éd., Paris, 1972; KENFACK Hugues, Droit du commerce international, Dalloz, 7^e éd., Paris, 2019 ; KESSEDJIAN Catherine, PIRONON Valérie, Droit du commerce international, PUF, 2^e éd., Paris, 2019; CACHARD Olivier, Droit du commerce international, LGDJ, 2^e éd., Paris, 2011.

au droit interne (même si, on l'a vu, aucune définition claire et précise n'a été établie au niveau interne) puisque la plupart des ouvrages consacrés au droit du commerce international ne définissent pas la notion de « contrat de commerce international ». Cette absence de définition quelle-qu'en soit la raison (la soumission au droit civil qui est une branche de droit interne), est à l'origine de l'utilisation d'expressions et groupes nominaux différents pour désigner un même concept. On peut citer à titre d'exemple les expressions « contrat commercial international » et « contrat du commerce international » qui, quoique ressemblantes, ne sont pas identiques¹⁶⁶.

Afin de décoder ces expressions fréquentes parmi les juristes, nous pouvons imaginer plusieurs hypothèses :

*Une fonction exclusive pour l'adjectif commercial. C'est-à-dire qu'en ajoutant le mot « commerce », seules sont visées les relations contractuelles qui ont une dimension économique. Ainsi, certains contrats sont exclus de fait comme les contrats de travail ou de mariage.

*Les contrats sont l'une des opérations du commerce international. Dans ce cas, le commerce international est un concept autonome qui englobe plusieurs activités et les contrats sont des instruments de réalisation de ces activités. Autrement dit, le mot commercial n'est pas un adjectif pour le contrat. Donc, le régime juridique d'un contrat international ne se résume pas à celui du droit commercial.

Ces deux hypothèses illustrent la multitude de réponses possibles à la question de la détermination du régime juridique d'un contrat international, comme nous le verrons plus tard en étudiant la *Lex Mercatoria*, le droit international privé et la théorie universaliste.

87. A défaut de définition autonome du contrat commercial, les auteurs se contentent d'expliquer la façon dont il faut déterminer le régime juridique applicable à ce contrat¹⁶⁷. La plupart des auteurs du droit de commerce international distinguent « le contrat commercial international » du « contrat commercial interne » en raison des spécificités liées au régime juridique du contrat international. Ils prétendent même l'existence de deux ordres juridiques

¹⁶⁶ « Le contrat commercial international » désigne un contrat commercial qui possède un élément d'extranéité alors que le contrat du commerce international désigne un contrat qui est conclu à l'occasion d'une opération commerciale internationale.

¹⁶⁷ AUDIT Mathias, BOLLEE Sylvain, CALLE Pierre, Droit du commerce international et des investissements étrangers, LGDJ, 3^e éd. Issy-les-Moulineaux, 2019.

différents. Mais ils ne prêtent pas à un contrat international une autonomie et une définition indépendante de celui du droit interne. La détermination du régime juridique applicable à un contrat international se fait souvent par référence à un droit national (comme c'est le cas en droit français). Cela pose un problème important en raison de l'absence de frontières clairement définies entre le contrat commercial et le contrat civil en droit interne français, comme nous l'avons vu précédemment. Les auteurs se limitent à la définition du contrat en droit interne pour définir un contrat du commerce international.

Cette approche pourrait être justifiée historiquement. En effet, ce sont les règles du droit international privé qui encadrent cette matière. Le droit international privé étant une branche du droit privé, ce sont donc les dispositions nationales qui encadrent les relations privées internationales.

Nous pouvons illustrer les difficultés liées à la notion de « contrat du commerce international » avec cette tentative de définition : *« Les opérations du commerce international se nouent et se dénouent dans le cadre de contrats. Ces contrats obéissent aux règles usuelles de formation et d'exécution prévues par les textes et mises en musique par la jurisprudence. Ce sont d'abord des contrats comme les autres, c'est-à-dire, s'il faut proposer une définition, des accords entre deux ou plusieurs personnes auxquels le droit donne force juridique en sanctionnant les engagements qu'il inclut.*

Les contrats du commerce international correspondent par ailleurs à des figures juridiques connues : il s'agit pour l'essentiel de ventes, de transports, de prêts, de mandats, de louages d'ouvrage, bref de contrats, le plus souvent, tout à fait ordinaires, mais qui, soit par leur économie, soit par leurs stipulations, présentent des traits particuliers qu'il faut savoir combiner avec des règles communes. Ces contrats spéciaux du commerce international appellent des précisions.

Il faudra cependant se demander, avant toute analyse, si tous ces contrats n'obéissent pas à ce que l'on pourrait appeler des règles communes, ce que l'on fera en commençant par examiner la question du droit applicable »¹⁶⁸. L'idée sous-entendue dans le dernier paragraphe de cet extrait, commune à la plupart des auteurs du droit du commerce international, est l'établissement d'une théorie du droit des contrats internationaux en parallèle de celle du droit interne. En effet, pour rechercher si les contrats du commerce international obéissent à des

¹⁶⁸ JACQUET Jean-Michel, DELEBECQUE Philippe, CORNELOUP Sabine, Droit du commerce international, Dalloz, 3^e éd., Paris, 2015.

règles communes, il convient pour les auteurs de se référer au droit applicable, et, à un ordre juridique étatique.

Cependant, certaines réponses ont été apportées à ces critiques. Ainsi, certains auteurs affirment que la jurisprudence définit la notion de « commercialité » dans le groupe nominal « le contrat du commerce international ». Mais nous verrons que cette définition n'existe pas en réalité.

88. La définition jurisprudentielle : La jurisprudence existante en matière de contrat commercial international ne le définit pas clairement. Elle n'est pas nombreuse et traite en principe la commercialité de l'arbitrage. L'arrêt rendu le 13 juin 1996 par la cour d'appel de Paris dans l'affaire *Sté Kuwait Foreign Trading Contracting and Investment c. Sté Icori Estero Spa/Sté Lombardini Estero Spa (ci-après KFTCIC)* est l'unique jurisprudence qui se prononce spécifiquement sur la commercialité d'un contrat international¹⁶⁹.

En l'espèce, la société KFTCIC essaie de soulever l'exception d'incompétence du tribunal d'arbitrage en raison de la nature non commerciale du contrat. Elle fait valoir en premier lieu que le principe tiré de l'ordre public international qui valide les clauses compromissoires insérées dans les contrats commerciaux passés par les États pour les besoins et dans les conditions du commerce international est sans application au marché conclu par la Société KFTCIC. Elle revendique qu'elle représentait l'État du Koweït pour la construction d'un ouvrage public, par nature, devant servir à l'exercice des prérogatives de puissance publique de cet État, s'agissant dans ce cas d'un véritable marché de travaux publics ne mettant pas en cause du fait de son objet spécifique et de ses modalités d'exécution les intérêts du commerce international ;

Ainsi, dans cette affaire, nous sommes en présence d'une nouvelle distinction opposant le contrat commercial au contrat administratif ou contrat de droit public. Cette distinction fait l'objet d'une étude poussée par les théoriciens de droit public, elle est issue de l'ordre judiciaire du droit interne français. Cette distinction constitue en fait une utilisation différente voire inexacte du terme de « contrat commercial » dans cette branche du droit, par rapport au droit privé. Les critères utilisés par les théoriciens afin de procéder à cette distinction sont assez intéressantes et pertinentes¹⁷⁰. Mais les contrats visés sous l'appellation « contrat

¹⁶⁹ CA Paris, le 13 juin 1996, affaire *Sté Kuwait Foreign Trading Contracting and Investment c. Sté Icori Estero Spa/Sté Lombardini Estero Spa*.

¹⁷⁰ Cf. *infra* n° 95 et s.

commercial » ne correspondent ni au sens visé par les théoriciens du droit commercial, ni à celui des contrats spéciaux. Sont entendus ici les contrats soumis au droit commun par opposition aux contrats administratifs.

Cette distinction était en fait un prétexte afin de soulever l'exception d'incompétence des juridictions dans les litiges concernant les contrats internationaux. Dans cette affaire, la société souhaitait obtenir une reclassification du contrat conclu pour échapper au règlement de son litige devant une juridiction arbitrale.

Cette affaire est également intéressante au regard des critères de qualification de contrat « du commerce international » par la juridiction française :

Mais considérant qu'en matière d'arbitrage international, la notion de commercialité ne se confond pas avec celle d'acte de commerce au sens étroit et technique des droits internes ; que doit être considéré comme commercial, tout arbitrage international portant sur un litige né à l'occasion d'une opération économique internationale, et mettant en cause, dans cette mesure, les intérêts du commerce international ; Considérant que ce caractère commercial ainsi considéré, ne dépend ni de la qualité des parties, ni de l'objet du contrat ni du droit applicable ; qu'il suffit, pour qu'un arbitrage puisse être qualifié tout à la fois de commercial et d'international qu'il intéresse une opération économique impliquant un mouvement de biens, de services ou un paiement à travers les frontières et qu'il importe peu, au regard de cette qualification qu'il oppose un État ou une de ses émanations à une entreprise privée étrangère à l'occasion de l'exécution d'un ouvrage destiné à terme à devenir public¹⁷¹.

Le premier point soulevé par ce tribunal est l'autonomie du concept de « commercialité » dans les contrats internationaux, il n'est donc pas nécessaire de se référer au droit interne pour définir cette notion¹⁷². Pour E. Gaillard, cet arrêt consacre l'effacement en matière internationale de la notion juridique de commercialité, et des distinctions traditionnelles entre le public et le commercial, comme entre le civil et le commercial¹⁷³.

¹⁷¹ CA Paris, 13 juin 1996, *Sté Kuwait Foreign Trading Contracting and Investment c. Sté Icori Estero Spa/Sté Lombardini Estero Spa* ; note E. GAILLARD, *Rev. arb.*, 1997, p. 251 ; note E. LOQUIN, *JDI* (Clunet), 1997, p. 151.

¹⁷² Dans cette affaire, la cour ne se prononce pas sur un contrat commercial mais sur l'arbitrage commercial. Sachant que le seul domaine d'application de l'arbitrage est le contrat, on en déduit que lorsque la cour mentionne l'arbitrage commercial, elle entend l'arbitrage des contrats commerciaux (une comparaison avec l'arbitrage commercial en droit interne).

¹⁷³ Note E. Gaillard précitée, p. 261.

Evidemment, nous ne pensons pas ainsi et nous sommes à la recherche de *criterium* permettant une distinction rationnelle entre contrat civil et contrat commercial.

Selon le second point, la juridiction écarte trois critères non-pertinents pour déterminer la « commercialité » du contrat à savoir : la qualité des parties, le droit applicable (déjà utilisé en droit interne) et l'objet du contrat. Elle utilise un nouveau critère qui est le critère économique : un contrat international devient un contrat commercial dès qu'il relève d'une opération économique. C'est un critère assez large qui simplifie la qualification d'un contrat en contrat international¹⁷⁴.

Enfin, il faut souligner que cette jurisprudence ne permet pas de déterminer la loi applicable à un contrat du commerce international, but recherché par les juristes. Elle nous permet seulement de déterminer ou qualifier les espèces de la catégorie des contrats du commerce international.

89. Sans remettre en cause l'existence des deux ordres juridiques distincts que sont l'ordre interne et l'ordre international, nous considérons que la nature d'un contrat commercial au niveau interne et international reste identique. Il ne s'agit pas de nier les spécificités issues de la qualité des cocontractants et de la sphère de conclusion des contrats commerciaux, mais de telles spécificités ne sont pas intrinsèques aux contrats commerciaux et ne mettent pas en cause le mécanisme et le but d'un contrat commercial. Les parties d'un contrat commercial, qu'elles soient un État, une personne morale, privée ou publique, ou encore un particulier, cherchent à maximiser leurs intérêts. Il convient donc de choisir une stratégie de qualification identique dans une telle hypothèse.

¹⁷⁴ Cf. *infra* n° 496 et s.

Chapitre II : L'autonomie du contrat commercial

90. Nous avons vu que dans l'ordre juridique français, il manque une définition autonome pour le contrat commercial malgré l'importance cette notion. Même s'il y a quelques définitions de ce concept, ce sont des définitions qui sont fondées sur un critère organique à savoir la qualité des parties.

Dans ce chapitre, nous montrerons, tout d'abord, comment la définition de contrat commercial, en fonction d'un critère organique, peut perturber le régime juridique applicable à une relation contractuelle commerciale (**section 1**) et ensuite, nous verrons le sens à donner au mot autonomie pour un contrat commercial (**section 2**).

Section 1 : Les conséquences de l'absence de l'autonomie du contrat commercial

91. Le défaut de définition du caractère commercial d'un contrat ne se limite pas aux contrats de l'ordre juridique privé. Il est à l'origine de difficultés et de dilemmes pour les juristes en droit public et en droit international. Le recours à l'adjectif « commercial » est fréquent, sans connaître la portée exacte de la commercialité d'un rapport juridique contractuel. Nous n'exigeons bien évidemment pas une définition identique de commercialité dans tous les rapports juridiques. Autrement dit, la définition de caractère commercial énoncée dans une branche du droit peut être différente de celle donnée dans une autre. Par exemple, la notion de commercialité en droit fiscal est distincte de celle du droit des contrats. En revanche, nous pensons qu'il est nécessaire que dans le domaine contractuel, l'adjectif « commercial » signifie toujours la même chose, sous peine de confusions sinon. Il n'est pas judicieux d'utiliser le même terme pour désigner plusieurs sens dans le même domaine. Par exemple, il serait acceptable d'utiliser le mot d'« ordonnance » dans deux sens différents dans l'ordre judiciaire et l'ordre administratif, mais l'utiliser pour montrer deux types de décision du juge de l'ordre judiciaire donnerait lieu à confusion. De la même manière, le recours à l'adjectif commercial dans le domaine contractuel entraîne une confusion de concept. C'est le cas des concepts de l'arbitrage commercial, le contrat commercial en droit public et le contrat commercial en droit international public.

92. Au-delà de cette difficulté linguistique, il convient de soulever la difficulté juridique liée au défaut de définition autonome pour le contrat commercial. Il s'agit du régime juridique applicable à un contrat. En effet, nous constatons parfois que l'adjectif commercial, en matière contractuelle, a été utilisé pour appliquer le droit commun mais pas celui du droit commercial. On applique parfois le régime du droit commercial sans faire référence au caractère commercial d'un rapport contractuel.

93. A cela, il faut ajouter la difficulté liée à la détermination du tribunal compétent concernant un rapport juridique. En effet, dans certaines situations où le contrat comprend l'épithète « commercial », le tribunal commercial s'est prononcé incompétent, alors que dans certaines hypothèses où le contrat ne comprend pas l'adjectif commercial, le tribunal commercial s'est déclaré compétent. La compétence des tribunaux commerciaux dans le cas d'un contrat commercial fera l'objet d'une étude indépendante en raison de son important volume. Mais il est nécessaire de savoir que toutes ces confusions et ces insécurités juridiques sont liées au défaut d'une définition autonome du concept de contrat commercial.

94. Nous étudierons l'impact du défaut de définition autonome du caractère commercial dans trois domaines contractuels autres que celui du droit privé : les questions relatives à la définition du contrat d'État et de son régime juridique (§1), les contrats de droit public ayant un caractère industriel et commercial (§2) et enfin l'arbitrabilité interne pour les personnes publiques et à l'international (§3)

§1) Le contrat d'État

95. Nous commençons par une première question qui a fait couler beaucoup d'encre, tant au niveau de la notion elle-même que de son régime applicable¹⁷⁵. Il s'agit du contrat d'État. Bien qu'aujourd'hui un tel contrat soit plus ou moins bien connu des juristes, on constate qu'il existe des doctrines complètement différentes concernant son régime juridique applicable. Depuis les premiers travaux sur ce sujet¹⁷⁶ jusqu'à aujourd'hui, la littérature et les théories utilisées afin de décrire et encadrer ces relations contractuelles n'ont pas cessé d'évoluer. Un contrat d'État, signé entre un État souverain et une entreprise internationale suscite plusieurs qualifications. Il peut être un contrat commercial international lorsqu'il met en cause le commerce international. Il peut être également un contrat de droit public en raison de la présence de l'État. Comme nous pouvons le voir, la divergence de choix liée à la détermination du régime juridique de contrat d'État est en lien avec la définition inexacte de telles relations contractuelles. Afin de mieux comprendre cette divergence, il est en premier lieu nécessaire de cerner la définition d'un contrat d'État afin de pouvoir s'exprimer sur le régime juridique approprié à cette relation contractuelle.

À cette fin, nous présenterons toutes les tentatives doctrinales, institutionnelles privées et internationales effectuées, sans rentrer dans les détails, afin de trouver le critère pris en compte pour qualifier un contrat d'État en contrat commercial ou écarter le caractère

¹⁷⁵ LANKARANI EL-ZEIN Leila, *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international*, Coll. Droit international, Bruylant, Bruxelles, 2001 ; BETTEMS Denis, *Les contrats entre États et entreprises étrangères*, Métra, Paris, 1989 ; GRIGERA NAON Horacio A., « Les Contrats d'État : Quelques Réflexions », in *Les États dans le Contentieux Economique International*, Paris, 24 janvier 2003 ; *Revue de l'arbitrage*, 2003, n° 3, p. 667-690 ; LEBEN Charles, « L'évolution de la notion de contrat d'État », *Rev. arb.*, 2003, p. 629-686 ; WEIL Prosper, « Droit international et contrat d'État », *Mélanges offerts à P. Reuter*, Pedone, Paris, 1981, p. 578-579 ; KAMTO Maurice, « La notion de contrat d'État : Une contribution au débat », *Rev. arb.*, n° 3, 2003, p. 719-751.

¹⁷⁶ WEIL Prosper, *Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier*, 1969 ; LALIVE Jean-Flavien, « développements récents » suscités par la pratique des « contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1983, Vol. 302 ; AUDIT Bernard, *L'arbitrage transnational et les contrats d'État : Bilan et perspectives*, in *L'arbitrage transnational et les contrats d'État*, Académie de droit international, Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, Dordrecht, Nijhoff, 1987.

commercial d'un tel contrat (A), et diverses théories permettant de déterminer son régime juridique, dans l'état actuel (B). Nous analyserons les critères utilisés pour apprécier les nuances et les subtilités entre différentes approches ainsi que le degré de réalisme de chacune afin d'avancer notre propre vision du contrat d'État en fonction du critère de commercialité. Nous développerons pour cela un critère qui permet de classer des contrats internes ou internationaux selon la nature commerciale du contrat et non selon la qualité des contractants. La lecture du paragraphe consacré au contrat d'État doit être mise en regard de celui du contrat public interne¹⁷⁷.

La deuxième partie de notre thèse est constituée par l'étude de la notion de contrat d'état et de son régime juridique. Nous mettrons en exergue le régime juridique propre à un contrat commercial à travers une sentence arbitrale concernant le contrat *farmout* (affermage pétrolier). Celui-ci est un contrat sous-jacent d'un contrat d'État pétrolier. Afin d'analyser son régime juridique en tant que contrat commercial, nous sommes contraints de nous référer au concept et au régime juridique d'un contrat d'État. De plus, le contrat d'affermage pétrolier est un contrat commercial international triparti qui a généré beaucoup de questions¹⁷⁸. D'où la nécessité d'étude du contrat d'État.

A) La définition du contrat d'État

96. La première définition institutionnelle que nous pouvons trouver concerne les travaux de la conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED)¹⁷⁹. Un contrat d'État peut être défini comme un contrat conclu entre l'État ou un organisme public (qui, aux fins présentes, peut être défini comme un organisme créé par la loi au sein d'un État auquel est conféré le contrôle d'une activité économique), et un ressortissant étranger ou une personne morale de nationalité étrangère¹⁸⁰. Cette définition n'est pas très loin

¹⁷⁷ Cf. *infra* n° 114 et s. En effet, le même débat concernant un contrat d'État a eu lieu autour d'un contrat administratif public. Dans ce type de relation contractuelle, on peut constater un contrat entre une personne de droit privé et une personne de droit public. La seule différence avec le contrat d'État est que le premier est au niveau de l'ordre international alors que le deuxième appartient au droit interne.

¹⁷⁸ LHUILIER Gilles, *Le droit transnational*, Dalloz, Paris, 2016, p. 117.

¹⁷⁹ CNUCED est un organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations unies créé en 1964, qui vise à intégrer les pays en développement dans l'économie mondiale ; voir, MERLOZ Georges, *La CNUCED : droit international et développement*, Bruylant, Bruxelles, 1980.

¹⁸⁰ Collection de la CNUCED sur les questions des accords internationaux d'investissement, *Contrat d'État*, 2004.

de celle de la doctrine. M. Lehen déduit, après une étude minutieuse des jurisprudences et de la doctrine sur ce sujet, qu'il est aujourd'hui admis par la plupart des observateurs. Les contrats d'État sont, par définition, des contrats conclus par un État avec une personne privée étrangère (ou une filiale nationale de celle-ci), que ces contrats portent le plus souvent, mais non exclusivement, sur des investissements, qu'ils sont parfois dénommés accords de développement économique, et qu'il existe certaines dispositions contractuelles spécifiques à ce type de contrats¹⁸¹.

97. La dénomination de ce type de relation contractuelle a beaucoup varié au fil du temps. Ils se sont appelés successivement « contrats de développement économique », « contrats d'états » et « contrats d'investissements »¹⁸². Cependant, le point commun à ces définitions reste le même : l'existence d'un accord entre un État ou une entité étatique et une personne privée. La définition de contrat d'État en fonction de la qualité des cocontractants montre très vite sa limite, dans la mesure où plusieurs types de relation contractuelle pourraient s'en prévaloir, comme lors d'un contrat commercial ou d'un contrat administratif. C'est pour cette raison que l'on a essayé de le distinguer selon des critères différents. Citons par exemple le cas où la partie privée s'engage sur un projet de longue haleine, qui mobilise d'importantes ressources et dont la rentabilité est probable mais non garantie. Ou l'État de son côté entendait obtenir une participation à la mise en valeur de ses ressources naturelles, ou la réalisation d'un grand projet dont il avait pris l'initiative et conservait la maîtrise d'œuvre¹⁸³.

98. Cela devient encore plus important lorsqu'on a à l'esprit que les contrats d'État sont généralement considérés comme différents des contrats commerciaux « ordinaires », expression intéressante qui désigne une catégorie de contrats ayant comme partie un État ou ses représentants. Un contrat commercial ordinaire est un contrat selon lequel l'État achète et vend comme un commerçant ordinaire. Étant données les considérations majeures de politique nationale qui peuvent être à la base des contrats souscrits par les gouvernements, que ce soit en rapport avec des projets d'investissement et développement ou avec d'autres fonctions économiques parrainées par l'État, un élément de réglementation en droit public et de pouvoir discrétionnaire du gouvernement est souvent mis

¹⁸¹ LEHBEN Charles, *Op. cit.*, p. 634, n° 57.

¹⁸² LEHBEN Charles, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, Vol. 302.

¹⁸³ JACQUET Jean-Michel, « Contrat d'État : Des contrats d'État aux contrats d'investissement : continuité et discontinuités », JDI, Janvier 2020, n° 1.

en avant dans la négociation, la conclusion, le fonctionnement et la résiliation de tels contrats.

La distinction entre les contrats commerciaux ordinaires conclus entre des parties privées et un contrat conclu entre une partie privée et un État ou un organisme public qui en dépend est universellement reconnue dans plusieurs systèmes juridiques nationaux¹⁸⁴. Généralement, les systèmes juridiques nationaux traitent les contrats d'État comme une catégorie spéciale de contrats, soumise à des procédures réglementaires spécialisées. Il peut être exigé qu'un contrat soit signé par un ministre et il peut y avoir d'autres procédures précises pour examiner et contrôler le contrat. L'exigence d'une capacité de contrôle et d'une procédure aussi stricte s'explique par le fait que la résiliation d'un contrat d'État peut dépendre de considérations d'intérêt public qui ne sont pas entièrement fondées sur des considérations commerciales.

Les moyens de résiliation peuvent également différer entre les contrats commerciaux ordinaires et les contrats d'État. Les uns et les autres peuvent être résiliés pour des manquements, mais les contrats d'État sont souvent résiliés ou rendus entièrement ou partiellement inopérants par une action publique. Selon plusieurs théories du droit national, le pouvoir législatif peut ne pas être restreint par des engagements contractuels, même si alors une indemnisation peut être prévue en vertu de protections constitutionnelles.

99. Tout cela peut justifier que les contrats d'État sont tout à fait différents des contrats commerciaux ordinaires. Comme nous pouvons remarquer, la conférence des Nations-Unies sur le commerce et développement distingue les contrats d'État des contrats commerciaux ordinaires car le régime juridique de ces types de contrats est différent. Il convient de faire deux remarques rapides sur une telle proposition. Tout d'abord, le concept de contrats commerciaux ordinaires n'est pas exact ; plus précisément, le recours à la dénomination de « contrats commerciaux ordinaires » ne peut pas refléter le véritable domaine des contrats commerciaux internes ou internationaux. Même si nous pouvons accepter cette expression en raison de la commodité de langage, il y a un deuxième problème d'ordre logique dans la proposition de la conférence. En effet, il n'est pas possible d'utiliser le critère de régime juridique pour distinguer les contrats d'État des contrats commerciaux. Car l'étape de la qualification d'un contrat précède celle de la détermination du régime juridique. Autrement dit, tant que le sort de contrat n'est pas défini, on ne peut pas appliquer son régime.

¹⁸⁴ Collection de la CNUCED sur les questions des accords internationaux d'investissement, Contrat d'État, 2004, Introduction, p. 4.

Il devient bien nécessaire de chercher un autre critère qui permette la qualification d'un contrat d'État, et l'exclusion d'un contrat commercial ordinaire.

100. Ce sont les travaux préparatoires de la commission du droit international de l'ONU concernant les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens qui mettent à notre disposition ce critère¹⁸⁵. En effet, la commission, pour répondre à la question de savoir si la violation des obligations contractuelles d'un État pourrait engager sa responsabilité, a pris en compte deux critères pour définir un contrat d'État. C'est à travers, d'une part, la notion de contrats commerciaux ou de « transactions commerciales », et, d'autre part, la prise en compte de critère de « développement économique » de l'État qu'il est possible de rendre compte du statut des contrats d'État.

a) L'activité commerciale de l'État déterminant le contrat d'État

101. La troisième partie de ladite convention énumère des cas où un État ne peut pas invoquer son immunité. Dans son article 10, nous lisons que « si un État effectue, avec une personne physique ou morale étrangère, une transaction commerciale, [...] l'État ne peut invoquer l'immunité de juridiction devant ce tribunal dans une procédure découlant de ladite transaction ».

Mais que doit-on entendre par « transaction commerciale » ?

C'est l'article 2-1-c de la convention qui le définit. L'expression transaction commerciale désigne :

- i) *Tout contrat ou transaction de caractère commercial pour la vente de biens ou la prestation de services ;*
- ii) *Tout contrat de prêt ou autre transaction de nature financière, y compris toute obligation de garantie ou d'indemnisation en rapport avec un tel prêt ou une telle transaction ;*
- iii) *Tout autre contrat ou transaction de nature commerciale, industrielle ou portant sur la fourniture de biens ou de services, à l'exclusion d'un contrat de travail.*

102. La première chose que nous pouvons retenir de cette convention est la

¹⁸⁵ La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 2 décembre 2004 et signée par la France le 17 janvier 2007. Cette convention est le résultat de très longs travaux menés au sein de la Commission du droit international des Nations Unies (CDI), puisque ces travaux ont commencé en 1977.

conception d'un nouveau type de contrat autres que les contrats de droit international que l'on appelle aujourd'hui des contrats d'État. Il faut noter que dans les travaux préparatoires, le rapporteur général a utilisé l'expression « contrat commercial » pour désigner le contrat entre un État et une personne physique¹⁸⁶. C'est dans la version finale du projet que l'on préfère une dénomination plus générale, à savoir « transaction commerciale ». En d'autres termes, c'est le caractère commercial qui permet de distinguer un contrat d'État d'un contrat étatique de droit international public. Dans les commentaires du projet de cette convention, nous pouvons lire que pour la commission, les contrats conclus entre État et personnes privées relèvent de l'activité gestionnaire de l'État.¹⁸⁷ En effet, les États ont de plus en plus tendance à se comporter comme des personnes privées. Ils interviennent désormais dans des domaines variés et ont ainsi multiplié les cas dans lesquels leur souveraineté n'est absolument pas engagée. C'est pourquoi on distingue aujourd'hui les actes de *jure imperii* (ou actes régaliens de l'État) où on applique la théorie de l'immunité, et les actes de *jure gestionis* (où l'État se comporte comme un particulier), où l'immunité de juridiction subit des atténuations.

103. De plus, afin de déterminer le caractère commercial d'un contrat, les commentateurs du projet ont proposé deux critères. Ces critères concernent d'une part la nature des contrats et d'autre part la finalité ou le but du contrat¹⁸⁸. Selon l'article 2.2 de la convention, « *Pour déterminer si un contrat ou une transaction est une 'transaction commerciale' ... il convient de tenir compte en premier lieu de la nature du contrat ou de la transaction, mais il faut aussi prendre en considération son but si, dans la pratique de l'État qui y est partie, ce but est pertinent pour déterminer la nature non commerciale du contrat ou de la transaction* »¹⁸⁹.

Les commentateurs de cette disposition insistent sur le fait qu'il est nécessaire d'appliquer successivement les deux critères (nature et but du contrat) afin de déterminer le caractère commercial d'un contrat ou d'une transaction entre un État et une personne privée étrangère. Si l'application, première, du critère de la nature du contrat conduit à penser que le contrat serait commercial, il est loisible à l'État contractant de contester cette conclusion en prenant en considération son but, lorsque selon sa pratique ce but intervient dans la

¹⁸⁶ Annuaire de la commission du droit international, 1983, Vol. II, Deuxième partie, Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa trente-cinquième session, p. 27.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 30.

¹⁸⁸ Annuaire de la commission du droit international, Vol. I, Comptes rendus analytiques des séances de la trente, Quatrième session, 3 mai -23 juillet 1982, p. 185.

¹⁸⁹ Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens.

détermination du caractère non commercial du contrat. Il en est ainsi notamment, ajoute le commentaire, lorsque le but est destiné à sauvegarder et protéger dûment les intérêts des pays en voie de développement, principalement dans leurs efforts pour promouvoir leur développement économique où les États doivent avoir la possibilité de démontrer que tels ou tels contrats doivent être considérés comme non commerciaux, ce qui les fait bénéficier ainsi de l'immunité, car leur but est manifestement public, ou est dans « l'intérêt public », et répond à une « raison d'État »¹⁹⁰.

b) Le développement économique, un critère qui singularise le contrat d'État

104. Le critère de développement économique, comme but de la transaction, s'applique à tous les types de contrats commerciaux, afin d'écarter le caractère commercial du contrat conclu. Les États doivent avoir la possibilité de démontrer que, dans leur pratique, tel contrat ou transaction doivent être considérés comme étant non commerciaux, parce que leur but est manifestement public et répond à une raison d'État, qu'il s'agisse d'acheter des vivres pour nourrir une population, combattre la famine ou secourir une zone menacée, etc. à condition qu'il soit conforme à la pratique de ces États de conclure des contrats ou accords de ce genre à des fins publiques. C'est-à-dire lorsque cela concerne aussi bien les contrats de vente ou d'achat à court terme que les contrats dans l'industrie manufacturière ou les contrats d'investissement.

Il est permis d'en conclure que pour la Commission du droit international, la prise en considération du critère de « développement économique » dans les contrats entre État et personnes privées étrangères, tend à les localiser, dans le cadre des prérogatives de puissance publique internes de l'État. Le critère de la commercialité, au sens des articles 2 et 10, se mesure aussi selon la pratique interne de l'État pour projeter les contrats soit dans le droit privé, soit dans le droit public.

En conclusion, il faut retenir que la définition du contrat d'État en fonction de la qualité des cocontractants induit le juge en erreur. Un contrat doit être qualifié en fonction du but de l'État et de la nature de son activité. Une fois établi le critère qui nous permet de définir le contrat d'État, il convient de s'intéresser à son régime juridique.

¹⁹⁰ Documents officiels : quarante-sixième session, supplément n° 10 (A/46/10), Rapport de la commission du droit international sur les travaux de sa quarante-troisième session, 29 avril-19 juillet 1991, p. 32.

B) Le régime juridique du contrat d'État

105. Du fait de l'absence d'une définition légale et unique pour le contrat d'État, le régime juridique de ce contrat est l'objet de plusieurs théories. D'une manière générale, nous savons que la détermination de droit applicable à une situation juridique est réalisée par la juridiction compétente. Le contrat d'État ne fait pas exception à cette règle. De plus, comme toute relation contractuelle, les parties ont le choix de déterminer le droit applicable à leur contrat. Par conséquent, afin de déterminer le régime juridique applicable d'un contrat d'État, il faut prendre en compte la nature de la juridiction (étatique ou arbitrale) et le choix des parties. Cependant, dans l'hypothèse où ce choix fait défaut, peut-on éventuellement réfléchir au régime juridique le plus approprié ? La doctrine, la jurisprudence et les institutions internationales publiques et privées ont proposé plusieurs choix que nous pouvons séparer en deux catégories. : le régime juridique des contrats d'État en fonction de la qualité des parties (a) et celui en fonction de la nature de la relation contractuelle (b).

a) Le régime juridique du contrat d'État, variant de la qualité du cocontractant

106. Les spécialistes du contrat d'État, qui le définissent en fonction de la présence d'un État souverain dans le contrat, se divisent en deux catégories lorsqu'ils veulent déterminer son régime juridique. Ceux qui considèrent que l'État agit en tant que personne de droit interne et par conséquent soumise à son droit national, et ceux qui considèrent que l'État agit en tant que personne de droit international, soumise alors au droit international.

- **L'État est soumis à son propre droit national**

107. Les contrats d'État peuvent-ils, ou doivent-ils être soumis à la loi de l'État contractant ?¹⁹¹ La solution avait été présentée comme s'imposant à titre subsidiaire (en l'absence d'un choix différent des parties) par la Cour permanente de justice internationale¹⁹².

¹⁹¹ Cf. JACQUET Jean-Michel, *La loi de l'État contractant*, Mél. L. Boyer : Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 283 s. ; *Le choix de la loi d'un autre État n'est pas inconcevable, même en dehors de la matière financière. V. pour un exemple du choix de la loi anglaise, Dutch Companies, International Holdings, Azpetrol Group c/ Republic of Azerbaïdjan, ICSID ARB 06/15 affaire terminée par une transaction, accord du 16 déc. 2008).*

¹⁹² CPJI, 12 juillet 1929, série A, n° 20, p. 41, *Affaires des emprunts serbes et brésiliens* ; CPJI, 28 février 1939, série A/B, n° 62, p. 18, *Affaire du Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*.

Et on constate qu'il existe des jurisprudences internationales qui confirment cette idée¹⁹³. Le principe ne vaut pas moins à l'égard des droits contractuels qu'un étranger peut faire valoir contre l'État avec lequel il a contracté, une telle convention étant en principe soumise au droit interne, selon l'opinion des deux arrêts du 12 juillet 1929¹⁹⁴.

Elle figure encore aujourd'hui dans le cadre beaucoup plus structuré de l'article 42 (b) de la convention de Washington, toujours à titre subsidiaire, c'est-à-dire, en l'absence de volonté des parties à cet égard. Pourtant le rôle de cette loi doit être bien délimité. Il connaît d'abord une extension par rapport à la fonction subsidiaire qui vient d'être évoquée pour l'article 42 (b) de la convention de Washington, dans la mesure où tout contrat d'État est susceptible de contenir une référence explicite, voire exclusive à la loi de l'État contractant. Dès lors, son application a lieu à titre primaire, et non subsidiaire.

L'un des autres efforts doctrinaux pour la définition de la notion et du régime juridique des contrats d'État est la thèse¹⁹⁵ de M. Anzilotti¹⁹⁶, défendue par Mme Lemaire¹⁹⁷. Il s'agit de différencier l'État en tant que sujet de droit international et l'État en tant que sujet de droit interne. Mme Lemaire montre que la doctrine, qui n'a pas fait cette distinction, a pu sans s'en rendre compte, confondre des contrats passés par l'État personne de droit interne avec ceux passés avec l'État personne de droit international. Elle ne nie pas l'existence possible de contrats conclus avec l'État souverain du droit international. Mais elle cherche minutieusement à montrer que, dans la plupart des cas, sans doute, c'est l'État - Administration qui est en cause. C'est donc une théorie des contrats internationaux de

¹⁹³ CPJI, 28 février 1939, série A/B, n° 62, p. 18. Dans cette affaire, la CPJI, a justifié la règle classique de l'épuisement préalable des recours internes par la circonstance que : « en principe, dans tous les États, les droits de propriété et les droits contractuels des particuliers relèvent du droit interne, et de ce chef c'est avant tout aux tribunaux internes qu'il appartient d'en connaître ».

¹⁹⁴ « Tout contrat qui n'est pas un contrat entre deux États en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale. La question de savoir quelle est cette loi fait l'objet de la partie du droit qu'aujourd'hui on désigne sous le nom de droit international privé ou de théorie des conflits de lois ».

¹⁹⁵ La thèse selon laquelle le terme État au sens où il désigne [...] le sujet d'un ordre juridique étatique, détermine un sujet qui diffère du tout au tout de l'État en tant que sujet de droit international. En particulier, lorsque des lois nationales s'appliquent à des États étrangers (par exemple si l'État étranger acquiert des biens ou passe des contrats), « le mot État désigne un sujet juridique différent de celui auquel se réfère le même mot en droit international ». La science juridique, ajoute Anzilotti, « ne peut pas ne pas voir deux sujets différents là où le langage commun semble en désigner un seul ».

¹⁹⁶ Corso di diritto internazionale, Vol. I, Introduzione e teorie generali, Roma, Athenaeum, 3^e éd., 1928, trad. G. Gidel, Cours de droit international, Vol. I, Introduction, Théories générales, Sirey, 1929, réédition éd. Panthéon-Assas, 1999.

¹⁹⁷ LEMAIRE Sophie, Les contrats internationaux de l'administration, LGDJ, Paris, 2005.

l'Administration qu'il est nécessaire de développer, c'est elle qui présente l'intérêt doctrinal majeur et non pas une théorie des contrats d'État sur lesquels elle laisse planer, implicitement, un doute quant à l'importance réelle, voire, à la limite, quant à leur existence.

- **L'internationalisation des contrats d'États**

108. A l'opposé de la première théorie, une autre tendance défend l'internationalisation des contrats d'État¹⁹⁸. Cela concerne les cas où le droit international tranche des litiges concernant ces derniers. Les partisans de cette école se distinguent à leur tour. Une partie d'entre eux considère une nature privée pour le contrat d'État et par conséquent, ils recourent aux règles de conflit des lois ; l'autre partie considère une nature interétatique et favorise l'application du droit international public.

109. Le contrat d'État, un contrat de droit privé : cette théorie est proposée par les arbitres afin de déterminer les droits qui régissent le contrat entre un État et une personne privée. Nous avons vu que dans l'hypothèse de l'absence de choix de droit applicable, la CPJI a mis en place une présomption : l'État est présumé avoir contracté sous l'empire de sa propre loi. Cependant, les arbitres ont écarté cette présomption. Pour ces derniers, un contrat d'État est un contrat international de droit privé. C'est-à-dire un contrat qui présente des éléments de rattachement avec plus d'un droit national. De plus, il remplit les conditions de la définition économique du contrat international, car il met en cause les « intérêts du commerce international »¹⁹⁹. Par conséquent, il faut recourir au système de conflit des lois et au mécanisme de droit international privé afin de trouver le droit qui régit un contrat d'État.

110. Le contrat d'État, un contrat de droit international public : cette approche doctrinale, soutenue par certains auteurs, est basée sur deux fondements différents. Selon le premier fondement, un contrat d'État qui met en cause le développement économique de l'entité étatique sur une longue durée dans un contexte économique-politique international, implique forcément des intérêts interétatiques. Par conséquent, il faut le soumettre au droit international public²⁰⁰. Selon le deuxième fondement le contrat d'un État souverain avec un partenaire privé étranger est un acte juridique international. Les partisans de ce fondement

¹⁹⁸ WEIL Posner, Préface à l'ouvrage de L. Lankarani El Zein, *Les contrats d'État à l'épreuve du droit international*, *op. cit.*, n° 2, p. XVIII.

¹⁹⁹ Sur ces différents points, V. Kassis Antoine, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, p. 5 et s. ; JACQUET Jean-Michel, *Op. cit.*, p. 8 s.

²⁰⁰ La communauté internationale : mélanges offerts à Charles Rousseau, Pedone, Paris, 1974, p. 301 et s. ; *Le droit international : unité et diversité*, Mélanges offerts à Paul Reuter, Pedone, Paris, 1981, p. 549 et s.

prétendent que les contrats d'État au sens strict du terme sont des contrats qui sont conclus avec une personne privée par l'État sujet du droit international (l'État souverain), par opposition avec l'État-Administration. Les contrats passés par l'État-Administration sont des contrats conclus dans l'ordre juridique interne de l'État et sont soumis au droit interne (par exemple, droit des contrats administratifs là où cette catégorie existe). En revanche, les contrats conclus par l'État souverain sont conclus en dehors de son ordre juridique. Les partisans de cette théorie, s'appuyant sur le principe de *pacta sunt servanda*, voient l'application immédiate du droit international public comme base des obligations contractuelles²⁰¹.

111. L'application de telles théories nécessite la réalisation de plusieurs conditions. Ce qui, en pratique, restreint son champ d'application. L'une des conditions concerne la nature du contrat conclu entre l'État souverain et la personne privée. Plus précisément, pour pouvoir appliquer le droit international public, le contrat conclu ne doit pas être de nature purement privée ou commerciale mais doit contenir de la part de la partie étatique des obligations en rapport avec des actes de puissance publique telles que des modifications de la législation, la non application de la loi à certains égards, des actes administratifs²⁰².

Comme nous pouvons le constater, cette idée prend en compte la qualité de l'un des contractants, en l'occurrence l'État, afin de déterminer son régime juridique applicable. Les deux fondements soutiennent l'application du droit international public mais ce n'est pas absolu. Le premier fondement prend en compte l'objectif et le but du contrat d'État pour le soumettre au droit international. Ainsi le régime juridique d'un contrat d'État est internationalisé uniquement si le but du contrat est le développement économique de l'entité étatique. De la même manière, pour le deuxième fondement, un contrat d'État ayant une nature commerciale ne peut pas être soumis au droit international.

Mais la question essentielle reste toujours sans réponse. Quel critère détermine le caractère commercial d'un contrat d'État ? Nous allons voir si les auteurs qui déterminent le régime juridique du contrat en fonction de la nature de contrat répondent à cette question.

b) Le régime juridique d'État, une variante de la nature contractuelle

²⁰¹ BÖCKSTIEGEL Karl-Heinz, « Les règles de droit applicables aux arbitrages commerciaux internationaux concernant des États ou des entreprises contrôlées par l'État, in Arbitrage international, 60 ans après : regard sur l'avenir », Publication CCI, Paris 1984, p. 127-190, spéc. p. 178.

²⁰² LANKARANI EL-ZEIN Leila, *Op. cit.*, p. 10.

112. Les tentatives de détermination du régime juridique des contrats d'État ne se résument point à l'alternative entre droits internationaux public et privé²⁰³. La distinction binaire ne rend cependant qu'incomplètement compte de l'encadrement juridique des relations internationales. Pour le faire de manière plus complète, Philip Jessup²⁰⁴ a lancé l'idée d'un « droit transnational » dans lequel, tout à la fois, le droit international public et le droit international privé trouveraient leur place, mais qui s'étendrait au-delà et couvrirait également le droit interne à portée internationale et les relations juridiques directement nouées par les personnes privées entre elles ; il a appelé cet ensemble de normes à portée internationale, quelles que soient leurs origines, droit transnational²⁰⁵. En effet, dans cette approche, on ne s'intéresse plus à la qualité des cocontractants pour déterminer le régime juridique car cette dernière mène à la confusion (entre l'application du droit interne ou celle du droit international).

Le droit transnational est, aujourd'hui, couramment utilisé pour désigner un « tiers ordre juridique » constitué de règles d'origine purement privée qu'appliquent les pouvoirs privés, principalement économiques (entreprises transnationales) dans leurs rapports *inter se* ou avec les États ; en ce sens ces règles sont semblables à la *lex mercatoria*, dont on peut soutenir qu'elle forme un « tiers ordre juridique » distinct du droit international public et des droits nationaux.

La notion de droit transnational, qui se prête mal à la distinction entre droit public et droit privé, englobe en réalité plusieurs ordres juridiques distincts, dont le degré d'autonomie réelle par rapport à ceux des États est variable : comme le droit international public lui-même, l'effectivité de ces droits transnationaux dépend en partie de la tolérance que leur manifestent les États - investis du monopole de la contrainte sur leur territoire. Chaque État peut en effet, dans l'exercice de sa souveraineté territoriale, limiter l'effectivité de ces divers droits transnationaux ou au contraire les laisser déployer leurs effets. Au demeurant, même lorsque le droit étatique s'oppose à un droit transnational, cette opposition ne peut produire d'effet que sur le seul territoire de l'État en cause ; il n'en résulte pas une remise en cause de la

²⁰³ LANKARANI EL-ZEIN Leila, *Op. cit.*, p. 2-3.

²⁰⁴ Philip C. Jessup, le représentant des États-Unis à la Cour internationale de justice, nommé en 1961 par les Nations Unies pour un mandat de neuf ans. Il a joué un rôle capital dans la création de la Commission du droit international.

²⁰⁵ PELLET Alain, DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, *Droit international public*, LGDJ, 9^e éd., Paris, 2021, p. 46.

cohérence globale de l'ordre juridique transnational concerné²⁰⁶.

Cet ordre est proposé non seulement comme un droit applicable aux contrats d'État mais aussi aux contrats commerciaux internationaux. Nous verrons plus loin, dans le dernier chapitre de notre thèse, que ce troisième ordre juridique a suscité beaucoup de controverses. Les questions liées à cette source de droit sont nombreuses : quel est le contenu de cette source ? Quelles sont les limites du recours à cette source ? Quel est le tribunal compétent pour appliquer cette source (étatique ou arbitral), etc. ?

113. Conclusion : Chacune de ces théories a une part de vérité. Dans une relation contractuelle entre un État souverain et une personne privée, l'une des théories suppose que l'État agit en tant que personne administration, et le contrat mérite d'être soumis au droit interne, tandis que l'autre théorie implique qu'il agit en tant que personne privée. Ce qu'on peut reprocher à ces théories, c'est le manque de critère universel permettant de déterminer le régime juridique de tous rapports juridiques contractuels entre un État et une personne privée.

L'étude de la définition et du régime juridique des contrats d'État est intéressante à deux points de vue. Tout d'abord, cela montre que définir une relation contractuelle en fonction de la qualité des parties peut aboutir à l'application de régimes juridiques différents. Ce qui se produira sûrement pour un contrat commercial en droit interne. En effet, si on définit le contrat commercial en fonction de la qualité des parties, la détermination d'un régime juridique de ce type ne sera sans doute pas aisée. Ce qui met en cause la sécurité juridique des cocontractants. C'est pourquoi nous insistons à nouveau sur un régime juridique spécifique à une catégorie de contrat défini d'une manière autonome. Si on définit le contrat d'État et si on détermine son régime juridique en fonction de la qualité d'État, nous arrivons à des résultats confus et variés. La meilleure façon de qualifier un contrat d'État est la prise en compte du but et de la nature du rapport contractuel entre un État souverain et une personne étrangère. Quand le but est purement spéculatif, il faut le considérer comme un contrat commercial ordinaire et son régime juridique approprié est le troisième ordre judiciaire ou le droit *a national*.

L'étude des contrats d'État montre également que le contour du caractère commercial d'une relation contractuelle n'est pas défini précisément. Cependant, la prise en compte du but des cocontractants peut exclure du domaine des contrats d'État des contrats purement

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 1189.

commerciaux. Quand l'État et une personne privée concluent un contrat dans le but de développement économique d'un État souverain, tel contrat peut être considéré comme un contrat d'État.

Ce type de rapport contractuel a attiré l'attention de juristes publicistes français dans la mesure où, dans un contrat d'État, le cocontractant étatique est une personne de droit public français. Les auteurs ont soulevé à nouveau la question de savoir si c'est le droit des contrats administratifs français qui doit s'appliquer ou le droit commun français. Nous verrons la réponse à cette question dans les paragraphes suivants.

§2) Le caractère commercial en droit public

114. Le droit public est l'ensemble des règles qui régissent le domaine de la chose publique²⁰⁷. La détermination de cette chose publique est difficile. C'est pourquoi les juristes publicistes ont opté pour un critère plus concret. La chose publique est ainsi constituée de l'État et des entités étatiques. En effet, le droit public encadre l'État et ses relations dans la sphère interne et internationale²⁰⁸.

Le rôle de l'État a évolué au fil du temps dans la société. De plus, ce rôle varie d'une société à l'autre. Par exemple, alors que dans les pays anglo-saxons, l'État joue, en principe, un rôle réduit, la présence de l'État est marquée en France²⁰⁹. Dans le domaine de l'économie, l'État français joue plusieurs rôles : régulateur de l'économie ou État prescripteur²¹⁰, État opérateur économique²¹¹ et enfin État collaborateur avec les opérateurs économiques²¹². Ce

²⁰⁷ ZOLLER Elisabeth, Introduction au droit public, Dalloz, 2^e éd., Paris, 2013, p. 14.

²⁰⁸ DUBOUIS Louis, PEISER Gustave, Droit public, Dalloz, 21^e éd., Paris, 2013, p. 1.

²⁰⁹ BRAUN Gérard, l'Étude comparative portant sur la réforme de l'État à l'étranger, fait au nom de la commission des finances, Rapport d'information, déposé le 31 mai 2001 au sénat ; PONTIER Jean-Marie, « La réforme de la fonction publique en France », in Fonction publique : vers une privatisation ?, AUBERT Gabriel (dir.), Schulthess, Zurich, 2000, p. 117-137.

²¹⁰ C'est l'hypothèse où l'État intervient comme autorité publique afin de réglementer, influencer, orienter, diriger ou protéger le marché et ses opérateurs économiques. L'État administre l'économie et apparaît comme une autorité publique extérieure au marché auquel il imprime sa volonté. C'est à travers des lois financières et fiscales que l'État joue ce rôle.

²¹¹ C'est l'hypothèse où l'État est lui-même fournisseur de biens et de services sur le marché pour des raisons tenant à la présence d'un service public, à l'existence d'opérateurs publics historiques, ou simplement pour se procurer des ressources. C'est la situation dans laquelle l'État est offreur de biens et de services sur le marché.

²¹² L'État est amené à collaborer avec les opérateurs économiques, pour satisfaire directement ses besoins ou plus indirectement un besoin d'intérêt général en faveur de sa population. Il est alors en position de demandeur sur le marché.

qui nous intéresse c'est la deuxième forme de relation : l'État entrepreneur ou l'État en tant qu'opérateur économique. En effet, l'action économique des personnes publiques peut s'exprimer par la participation directe au marché. La personne publique devient elle-même opérateur économique, en exploitant une activité économique de production de biens et de services marchands. L'opérateur public agit sur le marché et entre en concurrence avec d'autres opérateurs économiques. La personne publique n'est alors plus conçue comme une puissance publique extérieure au marché qu'elle régule, mais comme un véritable opérateur à l'intérieur du marché auquel elle participe. Cette situation est plus originale et ne correspond pas aux missions premières des personnes publiques et aux lois prévues dans le code civil²¹³. Dans cette hypothèse, l'État ou ses représentants concluent différents contrats. Ces derniers font l'objet de règles juridiques appelées « droit des contrats administratifs ».

La qualification des contrats administratifs est importante car elle fixe la compétence de l'ordre administratif et du juge administratif²¹⁴ ainsi que l'application d'un régime juridique spécifique pour tel contrat. Cette tâche n'est pas aisée car les critères utilisés à cette fin sont variés. En effet, de la même manière que la qualification d'un contrat signé par l'État en droit international a suscité beaucoup de débats, la qualification d'un contrat par une personne de droit public en droit interne a donné lieu à diverses controverses. Quand l'État agit en tant que commerçant, la compétence des tribunaux de l'ordre administratif se voit écartée. Cet impact de la commercialité sur la qualification d'un contrat administratif nous intrigue. La qualification administrative d'un contrat est également importante car, par application de la théorie de l'accessoire, tous les contrats annexes ou accessoires issus du contrat administratif principal revêtent la même qualification, alors que ces contrats annexes peuvent être par nature des contrats de droit privé²¹⁵. La qualification du contrat administratif a suscité beaucoup de litiges et a mis en place beaucoup de critères jurisprudentiels. Avant d'étudier ces critères (b), il convient de présenter un rapide rappel historique afin de contextualiser le problème de qualification administrative (a).

A) La raison historique de la naissance de contrat administratif

115. L'histoire du droit administratif moderne commence à la fin de l'ancien

²¹³ NICINSKI Sophie, *Droit public des affaires*, LGDJ, 8^e éd., Paris, 2021, p. 29-48.

²¹⁴ CE, 13 décembre 1889, n° 66145 Cadot, rec. p. 1148, conclusions JAGERSCHMIDT, S. 1892-3-17, Note HAURIOU, GAJA 2015, n° 5.

²¹⁵ GUETTIER Christophe, *Droit des contrats administratifs*, PUF, 3^e éd., Paris, 2004, p. 75.

régime²¹⁶. Au XVII^e siècle, Colbert, puis les intendants du XVIII^e siècle préfèrent déléguer des activités économiques à des compagnies privées sous forme de concessions²¹⁷. Ces procédés continuent de s'appliquer jusqu'à la période de l'entre-deux guerres²¹⁸. Date à laquelle le contexte et la philosophie dominants de cette époque commandent la nationalisation des entreprises²¹⁹. Par conséquent, l'État se retrouve comme une partie de plusieurs contrats et c'est à cette période que le droit des contrats administratifs commence à se former. Mais l'État, en tant que partie est ultra puissant et ne respecte pas forcément les règles prescrites dans le code civil. Si on ne veut pas accuser l'État d'abus de pouvoir, il est nécessaire de rappeler que les règles du code civil n'étaient pas forcément adaptées à une telle relation contractuelle²²⁰.

En effet, le contrat administratif n'est pas né contrat mais comme une sorte de dérivé, de bifurcation de l'acte unilatéral, une procédure menée par l'administration. Le terme même de contrat n'apparaît que tardivement dans le vocabulaire du droit administratif. Jusqu'au milieu du XIX^e siècle en effet, un contrat ne pouvait pas être administratif : il était de droit privé ou il n'était pas un contrat²²¹. Ce constat révèle une autre difficulté liée au contrat administratif. Il s'agit de son régime juridique. En effet, si au départ le droit commun des contrats encadrait le contrat administratif, aujourd'hui son régime juridique est tellement complexe que le juriste de droit privé doit avouer qu'il sait peu de choses²²².

116. La nationalisation des entreprises engendre de nombreux litiges liés aux contrats dont une partie est une personne publique. Les litiges relatifs à la compétence du

²¹⁶ PETIT Jacques, FRIER Pierre-Laurent, Droit administratif, LGDJ, 15^e éd., Paris, 2021, p. 28.

²¹⁷ NICINSKI Sophie, *Op. cit.*, p. 340.

²¹⁸ Sauf quelques exceptions en matière de transport de courrier, journaux officiels ou fiscalité des tabacs.

²¹⁹ L'idée de la nationalisation est l'objet d'un large consensus des politiques et des philosophes suite à la crise économique des années 1930. Cette dernière a ruiné la confiance des gens dans l'entreprise privée et dans le marché libre.

²²⁰ Nous allons voir plus tard que la rédaction des règles du droit des contrats ne prend pas en compte un esprit commercial ni un esprit administratif. Ce sont des règles qui sont écrites pour une relation contractuelle entre deux parties privées dans une société interne. D'ailleurs c'est ce qu'a mis en avant PEQUIGNOT Georges, Contribution à la théorie générale du contrat administratif, Thèse, Montpellier, 1944 ; dans la deuxième et troisième partie de sa thèse il présente toutes les règles qui sont une adaptation, voire une modification ou une déformation des règles du droit privé.

²²¹ HOEPPFNER Hélène, Droit des contrats administratifs, Dalloz, 2^e éd., Paris, 2019, p. 37.

²²² ANDRE Marie-Elisabeth, RAYNARS Jacques, « Regards dubitatifs de juristes de droit privé sur la clause exorbitante », in Contrats publics, en l'honneur de professeur Michel Guibal, Vol. I, Presses de la faculté de droit de Montpellier, Montpellier, 2006, p. 748.

tribunal administratif ont également été multipliés. D'où les conflits liés à la qualification administrative d'un contrat et l'effort de la jurisprudence pour déterminer des critères de qualification du contrat administratif.

B) Les critères de qualification d'un contrat administratif

117. On apprend que les contrats peuvent être qualifiés d'administratifs par deux autorités. Il y a ainsi les contrats qualifiés par le législateur²²³ et ceux qualifiés par le juge. Les critères posés par la jurisprudence ont fortement évolué au fil du temps et montrent l'instabilité et l'incertitude de la jurisprudence dans les choix effectués. C'est le tribunal des conflits qui en 1983 révèle le premier critère jurisprudentiel qualifiant un contrat administratif²²⁴. Il annonce qu'un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif, impliquant la compétence des juridictions administratives pour connaître des litiges portant sur les manquements aux obligations en découlant, sauf dans les cas où, eu égard à son objet, il ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé²²⁵.

Mais cette présomption n'est pas irréfragable et doit céder dans les cas où précisément le contrat ne correspond à aucune gestion publique et ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé (tels les contrats relatifs à la gestion du domaine privé ; ainsi que les contrats conclus conformément aux lois et usages du commerce, comprenant notamment les contrats entre établissements publics à caractère industriel et commercial et leurs usagers publics, et la plupart des contrats conclus entre établissements publics à caractère industriel et commercial)²²⁶.

Ce critère de la création des rapports de droit privé comme critère de l'administrativité d'un contrat est ambigu. Il complique seulement la détermination d'un contrat administratif car c'est une tautologie. En effet le rapport de droit privé n'a pas une définition précise. Tous les rapports entre deux personnes privées sont qualifiés de rapport privé. Sauf si, par la

²²³ Depuis la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (loi dite « MURCEF »), les marchés passés en application du Code des marchés publics sont des contrats administratifs ; L'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession précise que ces contrats sont des contrats administratifs.

²²⁴ T. Confl., 21 Mars 1983, n° 02256, Arrêt Union des assurances de paris ; Dans cet arrêt, le tribunal instaure le critère organique afin de déterminer la nature d'un contrat.

²²⁵ T. Confl., 15 novembre 1999, n° 03144, Commune de Bourisp / Commune de Saint-Lary-Soulan,

²²⁶ De BERRANGER Thibaut, De VILLIERS Michel, Droit public générale, LexisNexis, 8^e éd., Paris, 2020, p. 710.

dénomination « rapport privé », on entend un autre sens ! Mais ce dernier reste à définir. Nous verrons en détail comment la jurisprudence détermine le domaine des contrats administratifs ; mais il faut citer brièvement ici qu'en utilisant l'expression « un rapport de droit privé », le tribunal voulait exclure les conflits qui ne sont pas en lien avec un service public. Encore à titre comparatif avec un contrat d'État, il semble que le tribunal utilise ce critère pour exclure des contrats commerciaux ordinaires.

118. La jurisprudence a pu se prononcer à l'occasion d'une hypothèse fréquente afin d'avancer un nouveau critère. Il s'agit du rapport contractuel entre une personne publique et une personne de droit privée. Le conflit est évident car chaque partie a priori est soumise à un ordre juridique différent (ordre judiciaire pour la personne privée et ordre administratif pour la personne publique). Dans cette hypothèse, la jurisprudence administrative a, après plusieurs arrêts rendus pendant une période de 50 ans, pu fixer ces critères. Il faut deux critères cumulatifs pour qualifier d'administratif un rapport contractuel. D'abord, un critère organique selon lequel la présence d'une personne publique dans le rapport contractuel est obligatoire. Deuxièmement, un critère matériel relatif à l'objet du contrat. C'est la première fois que la jurisprudence explique autant l'objet du contrat en droit administratif, alors que cette notion de l'objet du contrat existait aussi en droit privé.

D'après le critère matériel posé par la jurisprudence, un contrat peut être administratif soit parce que l'objet du contrat est l'exécution d'un service public²²⁷, soit parce que le contrat comporte une ou plusieurs clauses exorbitantes du droit commun²²⁸. En d'autres termes, « les contrats passés par l'administration ne sont pas tous et nécessairement des contrats de droit public (ou contrats administratifs). Certains peuvent être des contrats de droit privé soumis aux règles du droit civil, du droit commercial ou du droit du travail »²²⁹. Ce principe connaît cependant une véritable inversion. Lorsque le contrat, en raison de son objet, « ne fait naître entre les parties [personnes publiques] que des rapports de droit privé », il est présumé ne pas être un contrat administratif. C'est le cas par exemple d'un contrat de bail entre personnes publiques, ou des contrats de prestations de services publics à caractère industriel et commercial (SPIC) conclus entre la personne publique prestataire et une personne publique usager. Nous pouvons constater à nouveau que la jurisprudence argue du « rapport de droit

²²⁷ CE, 4 mars 1910, n° 29373, publié au recueil Lebon ; PICHAT Georges, conclusions sous CE, 4 mars 1910, Thérond, S. 1911.III.17, La jurisprudence administrative, T. 3, p. 679-689.

²²⁸ CE, 31 Juillet 1912, n° 30701, Société des granits porphyroïdes des Vosges.

²²⁹ De BERRANGER Thibaut, De VILLIERS Michel, *Op. cit.*, p. 711.

privé » comme critère de l'exclusion sans le définir.

119. Mais cette inversion de la jurisprudence soulève plusieurs questions. Tout d'abord, il faut s'interroger sur la raison ou les raisons qui mènent et convainquent les juges administratifs d'appliquer le droit commun entre deux personnes publiques. Quel est le critère juridique utilisé par le juge afin de distinguer un contrat administratif d'une relation contractuelle de nature privée ou de nature commerciale et industrielle ? Quand on étudie la jurisprudence ces dernières années, on constate que ce critère porte des qualificatifs différents : contrat économique, commercial, de nature privée.

Ensuite, une fois que le contrat est soumis au droit privé, il faut déterminer le droit applicable. Parce qu'en l'espèce, le tribunal a renvoyé le régime juridique du contrat public au régime juridique de droit commun. Alors que d'un côté le régime juridique de droit commun n'est pas bien distingué du régime juridique du contrat commercial, et d'un autre côté le régime des contrats commerciaux déroge de celui du droit commun. On peut s'interroger au final : quel est le régime juridique d'un contrat public de nature commerciale : est-ce le droit commun ou le droit des contrats spéciaux ?

120. En effet, la jurisprudence fait référence à deux notions qui ne sont pas précisément définies elles-mêmes pour déterminer le domaine du contrat administratif. Il s'agit du service public et du rapport de droit privé. Le premier sert à déterminer les rapports contractuels qui rentrent dans le domaine des contrats publics et le deuxième sert à les exclure. Nous savons également qu'on a deux distinctions au sein du service public : le service public administratif et le service public à caractère commercial et industriel²³⁰. Il convient alors de cerner la définition de service public industriel et commercial (SPIC) afin de pouvoir qualifier le contrat. La consultation des ouvrages de droit public nous montre rapidement que le SPIC n'est pas défini par le texte ni par la jurisprudence. Ce qui a engendré à nouveau des questions complexes concernant la portée de cette notion. Les tentatives doctrinales en la matière sont insatisfaisantes²³¹. Nous pouvons résumer l'ensemble des critères avancés par la jurisprudence et la doctrine ainsi : la nature de l'activité exercée, le mode d'organisation et les conditions de fonctionnement identiques ou analogues à celle des

²³⁰ Pour plus de renseignement cf. MORAND-DEVILLER Jacqueline, BOURDON Pierre, POULET Florian, *Droit administratif*, LGDJ, 15^e éd., Issy-Les-Moulineaux, 2017, p. 566.

²³¹ De BERRANGER Thibaut, De VILLIERS Michel, *Op. cit.*, p. 532.

entreprises privées similaires²³².

Dans deux hypothèses différentes, le SPIC affecte la qualification d'un contrat et son régime juridique. La première hypothèse concerne les contrats de louage de service conclus entre des services publics industriels et commerciaux : ce sont des contrats de droit privé et soumis à l'ordre judiciaire²³³, alors que ceux concernant des agents d'un service public administratif sont des contrats administratifs. Ce cas de figure est en effet une exception sous l'hypothèse selon laquelle un contrat est administratif si son objet est l'exécution d'un service public.

La deuxième hypothèse concerne les contrats passés entre les services publics industriels et commerciaux d'un côté et leurs usagers de l'autre côté. Ceux-ci sont toujours des contrats de droit privé²³⁴.

Nous pensons que l'importance de qualification du droit administratif et de son régime juridique sera à nouveau le centre des attentions car depuis une trentaine d'années, la privatisation des sociétés et l'ouverture des réseaux à la concurrence sont l'objet de règlements communautaires et ensuite européens²³⁵. Le marché libre et en particulier l'article 106 de TFUE dessinent une nouvelle ère où le rôle de l'État sera minimisé. Par conséquent le recours au contrat administratif sera réduit. Cette ouverture à la concurrence ne sera plus limitée aux aspects techniques du droit de la concurrence. Elle affectera tôt ou tard le régime juridique des contrats administratifs. Il en ressort que les États ne peuvent plus protéger les services publics à travers des régimes juridiques contractuels protectionnistes. Ils doivent déléguer la gestion des services publics aux entreprises privées ou à des services publics à caractère industriel et commercial. Ce qui sans doute augmentera le nombre de conflits en la matière. D'où la nécessité de penser à un critère fiable de détermination du domaine d'un contrat administratif.

121. L'évolution des critères permettant de qualifier un contrat administratif nous révèle plusieurs choses :

²³² T. Conf., 24 juin 1968, n° 1915, Ursot, publié au recueil Lebon, p.798.

²³³ CE, 26 janvier 1923, De Robert Lafrégeyre, cf. Guettier Christophe, droit des contrats administratifs, PUF, 3^e éd., Paris 2004, p. 104-105.

²³⁴ CE, 13 octobre 1961, Etablissements Campanon-Rey, n° 44689, cette jurisprudence a été approuvée et généralisée par le T. Confl. 17 décembre 1962, Dame Bertrand. Dans cette affaire, le tribunal de conflit a qualifié de droit privé tous les liens juridiques entre le SPIC et ses usagers.

²³⁵ Pour une vue complète, AMILHAT Mathias, La notion de contrat administratif : L'influence du droit de l'Union Européenne, Bruylant, Bruxelles, 2014.

Tout d'abord, le critère organique permettant de qualifier un contrat n'est pas efficace, nous avons besoin d'un autre critère qui reflète le but du contrat. La littérature utilisée afin de montrer le but du contrat varie dans la terminologie utilisée en droit public. L'objet du contrat, la nature du contrat sont des notions qui montrent le but des contrats et des contractants. De plus, étant donné que ses limites ne sont pas définies minutieusement, le caractère commercial est utilisé comme critère afin d'écarter certains régimes juridiques. Autrement dit, on énonce que c'est un contrat commercial, ce qui implique que ce n'est plus administratif, sans savoir exactement ce qu'est un contrat commercial.

Ensuite, ces critères ne sont pas exclusivement utilisés pour déterminer le régime juridique du contrat administratif. Ces critères sont utilisés surtout pour déterminer la juridiction compétente. C'est pour cela que nous pensons qu'ils ne sont pas appropriés pour trancher les litiges liés aux problèmes de droit.

Le régime juridique d'un contrat administratif est d'une manière générale soumis aux règles de droit commun des contrats, c'est-à-dire celles adoptées au sein du code civil. Les grands principes du droit commun comme la liberté contractuelle, la nullité du contrat, l'effet relatif du contrat sont applicables au contrat administratif. Nous pouvons même aller plus loin et constater l'application différente de la notion de droit privé dans le règlement des litiges concernant les contrats administratifs. Le dol, l'erreur et ... sont des exemples de ces applications.

D'après cette approche, le contrat administratif est spécifique du droit commun des contrats, de la même manière que le contrat de consommation. Si le traitement d'un contrat de consommation nécessite l'intervention de l'État dans l'instauration de certaines règles spécifiques, le traitement d'un contrat administratif nécessite certaines mesures appropriées afin de rendre plus juste le régime juridique d'un contrat administratif en fonction du but recherché par le contrat. Il n'est donc pas judicieux de parler d'un contrat qui n'est pas soumis au droit commun des contrats. Si une juridiction administrative est compétente pour statuer sur un contrat public, ce n'est pas pour autant que le droit commun des contrats n'est pas applicable au contrat.

Cette spécificité du régime juridique du contrat administratif ne doit pas être justifiée en fonction d'un critère organique. M. Fort explique bien le critère approprié pour la qualification d'un contrat administratif : « *le contrat administratif est en conséquence un acte singulier, singularité qui n'est pas fondée sur un privilège découlant de la nature de puissance*

publique mais résultant du caractère finaliste de l'acte et non de sa nature. L'intérêt général et le service public qui en est la traction principale, constituent le fondement du contrat administratif »²³⁶. C'est ce critère que nous allons utiliser pour définir le contrat commercial.

§ 3) La notion de commercialité en contrat d'arbitrage

122. Le contrat d'arbitrage est le contrat selon lequel les parties s'engagent en vue de faire juger leur différend par un ou des arbitres. Il fut initialement utilisé par les commerçants²³⁷. De ce fait l'expression de « contrat d'arbitrage » est l'équivalent de celle de « contrat d'arbitrage commercial ». Nous pouvons remarquer la même chose concernant l'arbitrage en droit international. L'« arbitrage international » ou l'« arbitrage commercial international » sont deux expressions souvent utilisées par les auteurs. Quelle expression reflète davantage la réalité des contrats d'arbitrage ? Certains auteurs optent pour la première²³⁸ et certains autres pour la deuxième²³⁹. Malgré cette divergence linguistique, il semble que ces deux concepts signifient la même réalité. Car ceux qui utilisent l'expression de l'arbitrage international présupposent que l'arbitrage international est utilisé par les parties pour une opération de commerce international. En effet, même s'ils ne se servent pas de l'adjectif commercial explicitement, ils considèrent préalablement que le domaine d'utilisation de tel contrat est le commerce international.

La démocratisation des pratiques des actes de commerce d'un côté, et l'expansion du phénomène contractuel ont entraîné le recours massif à ce mode de règlement des différends. La question de l'arbitrabilité, qui était réservée initialement au seul domaine du commerce, a été posée par diverses instances juridiques. Il est nécessaire de savoir ce qu'on entend exactement par « arbitrage commercial ». Etant donné que le droit positif français a divisé les conventions d'arbitrage en interne et international²⁴⁰, nous étudierons cette question en fonction de la nature interne ou internationale du contrat d'arbitrage.

²³⁶ FORT François-Xavier, « Les aspects administratifs de la liberté contractuelle », Rev. Droit public, Vol. 1, p. 30.

²³⁷ Cf. *Supra* 99 et s.

²³⁸ JACQUET Jean-Michel, DELEBECQUE Philippe, CORNELOUP Sabine, *Op. cit.*, p. 817 et s.

²³⁹ BEGUIN Jacques, MENJUCQ Michel, *Traité du droit du commerce international*, Litec, 3^e éd., Paris, 2019, p. 833 et s.

²⁴⁰ C'est le code de procédure civile qui encadre les règles concernant les arbitrages interne et internationaux.

A) En arbitrage interne

123. Le code de procédure civile ne définit pas l'arbitrage interne mais seulement l'international. D'après l'article 1504 du code de procédure civile, l'arbitrage international est celui qui met en cause l'intérêt du commerce international. Cette définition nous donne quelques éléments importants qui permettent *a contrario* de définir l'arbitrage interne. Cette définition montre que l'élément essentiel pour définir l'arbitrage international est la mise en cause de l'intérêt du commerce international. Nous pouvons alors en déduire que l'arbitrage interne est celui qui met en cause l'intérêt du commerce interne²⁴¹. Sauf si on imagine l'hypothèse selon laquelle la définition de l'arbitrage n'est pas forcément en lien avec le commerce, à savoir que l'arbitrage n'est pas limité au monde du commerce. Il relève alors d'autres domaines, par exemple l'arbitrage dans les contrats du travail, l'arbitrage dans l'administration, comme dans le cas des États unis ou des autres pays. Pour réfuter cette idée, il faut rappeler que d'un côté le droit français a interdit le recours à l'arbitrage dans plusieurs domaines comme le contrat du travail²⁴², le droit de la concurrence²⁴³, la propriété littéraire et artistique²⁴⁴ ainsi que la propriété industrielle²⁴⁵, et d'un autre côté, comme nous l'avons dit ci-dessus, en droit français l'arbitrage est utilisé surtout dans le domaine du commerce²⁴⁶. C'est donc cette notion qui détermine l'élément essentiel de l'arbitrage. Autrement dit, c'est à l'occasion d'une relation commerciale que le contrat d'arbitrage en droit interne français est accepté. Mais qu'est-ce qu'on doit entendre par « arbitrage commercial » ? est-ce un contrat entre deux commerçants ou non ?

²⁴¹ SERAGLINI Christophe, ORTSCHIEDI Jérôme, Droit de l'arbitrage interne et international, Lextenso, 2^e éd., Paris, 2019, p. 75, pour définir un arbitrage interne les auteurs utilisent un raisonnement *a contrario* et ajoutent une précision. Ils décrivent l'arbitrage qui ne satisfait pas la condition de l'arbitrage international, et qui vise donc un litige strictement interne, qui relèvera des règles sur l'arbitrage interne.

²⁴² CA Paris, 3 juill. 1997, Rev. arb. 1997. 611, note L. Degos., CA Douai, 24 févr. 2012, RG n° 11/04048, Cah. arb. 2012. 422. CA Paris, 10 janv. 2012, RG n° 10/17158, Gaz. Pal. 6-8 mai 2012, note Bensaude.

²⁴³ Paris, 28 avr. 1988 et 20 juill. 1989, Rev. arb. 1989. 280, note Idot.

²⁴⁴ CPI, art. L. 331-1 prévoit une compétence exclusive au profit des tribunaux judiciaires en matière de propriété littéraire et artistique.

²⁴⁵ CPI, art. L. 716-4 prévoit une compétence exclusive au profit des tribunaux judiciaires en matière de propriété industrielle.

²⁴⁶ Après un mouvement réduisant le recours à l'arbitrage en droit français, la France ayant ratifié le Protocole relatif aux clauses d'arbitrage signé à Genève le 24 septembre 1923, le Parlement votait la loi du 31 décembre 1925, ajoutant un alinéa à l'article 631 de l'ancien code de commerce, pour autoriser la clause compromissoire en matière commerciale. MOREAU Bertrand, BEREGOI Andrian, DESCOURS-KARMITZ Romy, MALLET Paul E., Adrien LELEU, Arbitrage en droit interne, Répertoire de procédure civile, Dalloz, Décembre 2019, N° 12 et s.

124. L'évolution du domaine d'application d'un contrat d'arbitrage en droit interne peut nous éclairer davantage sur la notion de commercialité et montrer également la difficulté liée à cette notion. En l'absence de disposition légale, c'est la jurisprudence qui définissait le sens de commercialité en droit d'arbitrage. La cour de cassation annonçait « que la clause compromissoire n'est valablement stipulée que dans les contrats qui sont commerciaux à l'égard de toutes les parties et qui relèvent de la compétence exclusive du tribunal de commerce »²⁴⁷. C'est-à-dire qu'une telle clause est acceptable dans un contrat où les deux parties sont des commerçants, c'est-à-dire un contrat commercial (défini en fonction du critère organique).

Il y a une autre jurisprudence intéressante dans le même sens. Il s'agit d'un arrêt de cassation de la chambre commerciale de la Cour de Cassation. En l'espèce, les juges du fond ont rejeté l'exception d'incompétence du demandeur en pourvoi, au motif adopté que s'agissant d'une convention de garantie de passif annexée à une cession de "parts sociales", les parties ne pouvaient soumettre leurs litiges à l'arbitrage (car ce n'était pas un contrat commercial). Mais, la cour de cassation énonce que la cession litigieuse ayant porté sur la totalité des actions d'une société et ayant ainsi transféré le contrôle de la société, il en résultait qu'elle avait un caractère commercial et pouvait donc faire l'objet d'un arbitrage²⁴⁸. En l'espèce la Cour, pour valider la clause d'arbitrage, a raisonné en fonction de la nature du contrat initial.

Mais le domaine de l'arbitrage ne s'arrête pas à ces hypothèses. En premier lieu, depuis la loi du 15 mai 2001 modifiant l'article 2061 du code civil²⁴⁹, le législateur a abandonné les critères relatifs à l'acte de commerce et au commerçant en faveur d'un critère plus général qui est celui de l'activité professionnelle. Nous verrons dans la deuxième section que le législateur a recours à ces nouveaux concepts nommés « le professionnel » ou « l'activité professionnelle » au lieu de « commerçant » ou « acte de commerce » dans plusieurs domaines²⁵⁰. Cela n'est pas seulement en opposition avec le concept de consommateur, mais c'est surtout pour une raison pratique. En effet, les notions classiques de commerçant et d'activité commerciale ne reflètent pas la réalité et restent imprécises. En

²⁴⁷ Cass. com. 2 juillet 1962, publié au bulletin.

²⁴⁸ Cass. com. 5 mars 1991, n° 89-19.940 ; Cass. com. 2 juillet 2002, n° 99-21.440, Inédit.

²⁴⁹ C. civ., art. 2061 : la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle.

²⁵⁰ SERAGLINI Christophe, ORTSCHIEDI Jérôme, *Op. cit.*, p. 34-35.

choisissant ces nouvelles dénominations, le critère devient plus concret car il se base sur l'objectif des parties. Ainsi, pour déterminer si une activité est commerciale ou si une personne est un commerçant, on n'est plus obligé de s'embrouiller dans différentes théories. L'objectif recherché par les parties est alors plus simple et plus exact pour déterminer la commercialité.

B) En arbitrage commercial international

125. L'arbitrage est aussi utilisé comme mode de règlement de différend dans les contrats internationaux. Cependant de nombreux systèmes juridiques nationaux, inspirés souvent du droit français, interdisaient traditionnellement à l'État et aux personnes morales de droit public de se soumettre à l'arbitrage²⁵¹. Plusieurs fondements juridiques ont été cités pour justifier cette prohibition en France. Tout d'abord, la décision du 23 janvier 1987, quant à la création du conseil de la concurrence et au transfert à la juridiction judiciaire du contrôle des décisions du conseil de la concurrence, réaffirme la séparation des autorités administratives et judiciaires²⁵². Cette décision *a priori* écarte la possibilité de recours à l'arbitrage en matière d'actes administratifs.

Dans le cadre de la signature des contrats entre la société américaine Walt Disney et un département français, visant à la construction du parc d'attraction, la partie américaine, afin de protéger ses intérêts dans le cas d'un éventuel litige, avait demandé l'inscription d'une clause compromissoire dans le contrat. Le département invoquant sa difficulté à signer telle clause, a saisi le Conseil d'État. Ce dernier a alors annoncé clairement l'interdiction d'une clause compromissoire pour les personnes publiques²⁵³ ; Une jurisprudence qui a été affirmée²⁵⁴.

²⁵¹ AUDIT Mathias, « Arbitrage international et contrats publics en France », in Contrats publics et arbitrage international, AUDIT Mathias (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 76.

²⁵² Considérant que les dispositions des articles 10 et 13 de la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor An III qui ont posé dans sa généralité le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'ont pas en elles-mêmes valeur constitutionnelle ; que, néanmoins, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif, leurs agents, les collectivités territoriales de la République ou les organismes publics placés sous leur autorité ou leur contrôle.

²⁵³ « Il résulte des principes généraux du droit public français, confirmés par les dispositions du premier alinéa de l'article 2060 du Code civil que, sous réserve des dérogations découlant de dispositions législatives expresses ou, le cas échéant, des stipulations de conventions internationales incorporées dans l'ordre juridique

De la même manière, le Conseil d'État a, dans l'arrêt AREA rendu en 1989, jugé que tous les contrats administratifs, c'est-à-dire même conclus par des personnes privées comme dans l'affaire en cause, relèvent de la compétence exclusive du juge administratif, leur contentieux ne pouvant donc en principe être confié à un tribunal arbitral²⁵⁵.

Ensuite, c'est la protection de l'ordre public qui justifie le recours aux juridictions étatiques. L'ordre public comprend les valeurs fondamentales d'un ordre juridique, l'intérêt général, que les initiatives individuelles ne doivent pas pouvoir ignorer. Un bon nombre de ces questions relève du droit public, car c'est surtout cette branche du droit qui s'occupe du maintien de l'intérêt général. Il est donc logique que le juge administratif ait la compétence exclusive en la matière²⁵⁶. Cette logique apparaît bien dans l'article 2060 du code civil.

126. Malgré cette interdiction, l'État français ainsi que divers établissements publics ont signé des clauses compromissaires dans leurs relations contractuelles avec leurs partenaires économiques internationaux. Ces derniers exigeaient une telle clause pour échapper aux juridictions étatiques²⁵⁷. Ils signaient ces clauses soit par négligence, soit dans l'espoir que celles-ci seraient annulées par les juridictions étatiques. Mais lorsque, le litige né, ils invoquaient leur inaptitude à compromettre, leur déloyauté était dénoncée et sanctionnée, non seulement en France, par la Cour de cassation, mais aussi, et plus énergiquement, par des conventions internationales et des lois qui déclaraient inopposables, dans **le commerce**

interne, les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne » (EDCE 1987, n° 38, p. 178).

²⁵⁴ CE, 23 déc. 2015, n° 376018, Société Broadband Pacifique.

²⁵⁵ CE, 3 mars 1989, Sté AREA, Rec., p. 69, concl. E. Guillaume ; Obs Y. Gaudemet, Rev. arb., Rev. arb., 1989.215 et Rev. / arb., 1992.279, obs. Y. GAUDEMET ; AJDA, 1989, II, 361, note J. Dufau ; RFDA, 1989.620, note B. PACTEAU ; JCP, 1989, II, 21323, note P. LEVEL. V. ég. D. FOUSSARD, « Le juge administratif et l'arbitrage (Remarques à propos de l'arrêt ARE A du 3 mars 1989) », Rev. arb., 1989.167. Pour une présentation complète : P. DELVOLVE, « L'arbitrage en droit public français », in L'arbitrage en droit I public, sous la dir. de D. RENDERS, P. DELVOLVE et Th. TANQUEREL, Bruylant, 2010, p. 189-226.

²⁵⁶ Pour plus de renseignement sur les fondements juridiques et extra juridiques de l'incompatibilité du recours à l'arbitrage en droit français ; Cf. LOMBARD Frédéric, « Arbitrage et droit administratif : une incompatibilité de principe ? », CAPJIA, 2015, n° 2, p. 209.

²⁵⁷ Une telle prohibition présente des inconvénients évidents en matière de commerce international. Elle freine la participation active des personnes publiques au commerce international, l'insertion d'une clause compromissoire étant généralement exigée par le cocontractant privé étranger. Aussi, la personne publique est incitée à ne pas respecter la prohibition posée par son propre droit. BEGUIN Jacques, MENJUCQ Michel, *Op. cit.*, p. 851.

international, de telles prohibitions nationales²⁵⁸.

127. Mais cette inarbitrabilité des contrats administratifs ne résiste pas longtemps en face de l'ampleur des contrats d'État et a été renversée. L'idée derrière ce changement d'attitude est intéressante. Il s'agit de la mise à l'écart de l'intérêt public en faveur du commerce. « Dans ces conditions, on peut comprendre que la prohibition de compromettre des personnes morales de droit public édictée par certaines lois nationales ait été largement neutralisée, tant par le droit français de l'arbitrage international, que par de nombreux droits étrangers et par la pratique arbitrale.»²⁵⁹.

Apparemment ces clauses sont un besoin de commerce. Il convient de les détailler davantage. La loi du 5 juillet 1972 instituant « un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile » a intégré les articles 2059 et 2060 concernant l'arbitrabilité des litiges au sein du code civil²⁶⁰. En 1975, une nouvelle loi a apporté un assouplissement à l'article 2060 en ajoutant un second alinéa. L'article 2060 devient ainsi :

On ne peut compromettre ... sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.

Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre.

Le Sénateur M. Jean-Marie Girault rapporteur de cette loi et désirant justifier cette modification écrit : « *Cette interdiction n'apparaît pas justifiée pour tous les établissements publics et en particulier pour ceux qui, ayant un caractère industriel et commercial, usent de procédés de gestion privée et ne sont pas dotés d'un comptable public. De tels établissements interviennent dans le secteur concurrentiel où, précisément, la plupart des litiges se règlent par voie d'arbitrage, par exemple dans le domaine pétrolier, et l'interdiction de compromettre constitue pour eux une gêne considérable* »²⁶¹.

Par ailleurs, et plus généralement, des dérogations ont également été posées par voie

²⁵⁸AUDIT Mathias, *Op. cit.*, p. 123.

²⁵⁹BEGUIN Jacques, MENJUCQ Michel, *Op. cit.*, p. 852.

²⁶⁰ Ces dispositions faisaient auparavant partie du code de procédure civile. Il s'agissait des articles 1003, 1004 dudit code.

²⁶¹ Annexe au procès-verbal de la séance du 29 juin 1975, n° 479.

législative²⁶². Chacun de ces textes prévoit bien une exception à l'inarbitrabilité de contrats internationaux conclus par des personnes publiques françaises, mais leur périmètre d'application est très circonscrit.

En parallèle du conseil d'État²⁶³ qui s'est prononcé sur l'arbitrabilité des litiges liés aux contrats internationaux des personnes de droit public, la Cour de Cassation a également eu l'occasion de se prononcer sur ce sujet ! Dans la même perspective et pour élargir l'arbitrabilité des litiges relatifs au droit public, l'arrêt Galakis de la Cour de cassation en 1966 a prononcé que la prohibition de compromettre pour les personnes publiques ne s'applique pas à un contrat international passé pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce maritime. En d'autres termes, les litiges relatifs aux contrats du commerce international conclus par des personnes publiques peuvent être soumis à l'arbitrage.

Maintenant il reste l'interprétation entre la solution de l'arrêt Galakis et la position du conseil d'État concernant l'interdiction des clauses compromissoires pour les personnes publiques dans les contrats internationaux. Certains auteurs dans le commentaire de cet arrêt réduisent la portée de cet arrêt à des relations de droit privé²⁶⁴. Une interprétation qui n'est pas très claire à notre sens.

En effet, du fait de la dualité juridictionnelle française, cette jurisprudence n'est en principe applicable qu'aux contrats certes internationaux, mais surtout de droit privé conclus par des personnes publiques françaises. La Cour de cassation qui a prononcé l'arrêt Galakis ne

²⁶² L'art. L. 311-6 du Code de justice administrative ; L'art. 128 du nouveau code des marchés publics ; L'art. L. 311-6 du Code de justice administrative ; L'art. 11 in fine de l'ordonnance du 17 juin 2004, pour les partenariats de l'État ou des établissements publics nationaux, et l'art. L. 1414-12 inséré au Code général des collectivités territoriales par l'art. 14 de la même ordonnance, pour les partenariats des collectivités territoriales et de leurs établissements publics, l'art. 9 de la loi du 19 août 1986 autorise certes le recours à l'arbitrage s'agissant des contrats conclus avec des sociétés étrangères « pour la réalisation d'opérations d'intérêt général ».

²⁶³ CE, 23 déc. 2015, n° 376018, Société Broadband Pacifique ; Le Conseil d'État a récemment statué, réaffirme sa position dans un considérant ainsi rédigé : « il résulte des principes généraux du droit public français que, sous réserve des dérogations découlant de dispositions législatives expresses ou, le cas échéant, des stipulations de conventions internationales régulièrement incorporées dans l'ordre juridique interne, les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquelles elles sont parties » ; BIZARD Agnès, DE KERSAUSON Quirec, « Le Conseil d'État bâtit sa jurisprudence en matière d'arbitrage », *Lextenso*, CAPJIA, 2016, n° 2, p. 429.

²⁶⁴ Civ. 1^{re}, 2 mai 1966, Galakis, Bull. civ. I, n° 256 ; D. 1966. 575, note J. Robert ; JCP 1966. II. 14798, note P. Ligneau ; JDI, 1966, p. 563, note D. G. ; Rev. crit. DIP 1967. 533, note B. Goldman ; AUDIT Mathias, *Op. cit.*

connaît bien évidemment que ces contrats de droit privé, et il en va de même pour l'ensemble des autres juridictions de l'ordre judiciaire. En revanche, s'agissant des contrats administratifs, même internationaux, peuvent-ils être considérés comme des opérations de commerce international ? Ils relèvent en principe de la compétence des juridictions de l'ordre administratif et la jurisprudence Galakis ne leur est donc a priori pas applicable.

La question que l'on peut poser aux partisans de cette interprétation est de savoir qu'elle est exactement la définition des contrats de droit privé. Plus précisément, comment doit-on comprendre ce concept ? Nous avons déjà vu qu'en droit public interne, les contrats de droit privé sont les contrats qui sont soumis au régime juridique du droit privé mais qu'il n'y a pas de définition²⁶⁵. De plus, quand on parle des opérations du commerce international, normalement on suppose que ce sont des relations de droit privé. Cette interprétation ne nous semble donc pas tout à fait cohérente. Nous allons ainsi analyser la réponse de la Cour de cassation afin de présenter notre interprétation.

La rédaction de la solution de l'arrêt afin de rejeter le pourvoi est intéressante. La Cour dans son motif déclare : « que la cour d'appel avait seulement à se prononcer sur le point de savoir si cette règle, édictée pour les contrats internes, devait s'appliquer également à un contrat international passé pour les besoins et dans des conditions conformes aux usages du commerce maritime ».

La première partie du problème de droit soulevé par la Cour nous paraît très judicieuse. La Cour distingue l'ordre juridique interne, international et *a* national. Elle demande s'il est défendable d'appliquer les règles conçues pour un ordre juridique interne à un ordre juridique *a* national. La deuxième partie de la question est encore beaucoup plus judicieuse car elle nous donne une définition, et elle informe également sur le régime juridique des contrats internationaux commerciaux. En effet, pour la Cour, la réponse à la première partie de sa question est négative et implicitement détermine le régime juridique d'un type de contrat. Pour la Cour, un contrat international, conclu pour les besoins du commerce maritime et selon des usages du commerce maritime, est régi par les besoins et usages de commerce. Il est donc clair que la Cour de Cassation n'a pas qualifié le régime juridique applicable au contrat en fonction d'un critère organique.

²⁶⁵ Nous pensons qu'on doit définir ce contrat d'après le même critère que celui utilisé pour définir le contrat de consommation ou le contrat commercial. C'est-à-dire le but du contrat ; d'après ce critère un contrat de droit privé conclu par une personne publique est un contrat dans le but de satisfaire le besoin personnel ou professionnel de la personne publique mais pas dans le but d'un intérêt général.

Cette interprétation semble être en harmonie avec l'évolution de l'arbitrabilité en droit français : d'une interdiction ferme pour les personnes publiques jusqu'à une autorisation étape par étape, surtout dans le domaine du commerce. Actuellement le recours à l'arbitrage n'est pas encore accepté pour les contrats administratifs²⁶⁶, d'où la forte présence de la souveraineté juridique en droit français. Cependant la soumission du régime des contrats administratifs de nature commerciale et industrielle au régime de droit commun est le premier signe de changements. Et on peut se demander si, pour les contrats de droit public de nature commerciale, soumis au droit commun, l'arbitrage est autorisé ou non. En principe l'arbitrage pour de tels contrats, du fait qu'ils sont soumis au droit commun, doit être autorisé. En toute logique, si l'arbitrabilité en droit interne est autorisée, que peut-on peut faire des articles qui interdisent le recours à l'arbitrage au droit interne pour les personnes de droit public ?

Malgré la position précédente précisant qu'il ne faut pas prendre en compte le critère organique pour déterminer le caractère commercial d'un contrat, le souci reste toujours de déterminer ce qu'est un arbitrage commercial. Nous avons déjà donné la seule réponse à cette question. Il s'agit de l'arrêt du 13 juin 1996 de la cour d'appel de Paris²⁶⁷. En l'espèce, la cour d'appel de Paris devait trancher et donner une définition de l'arbitrage commercial international. Par conséquent, la cour d'appel de Paris a considéré qu'en matière internationale, la notion de commercialité ne se confond pas avec celle d'actes de commerce, au sens étroit et technique des droits internes. Ensuite, la cour d'appel de Paris a considéré que doit être admis comme commercial, tout arbitrage international portant sur un litige né à l'occasion d'une opération économique internationale et mettant en cause, dans cette mesure, les intérêts du commerce international. Dès l'instant où le litige porte sur un contrat qui produit un mouvement de biens, services ou devises à travers les frontières, il s'agit d'un contrat commercial. L'arbitrage devient alors un arbitrage de commercial international.

128. Un autre exemple montrant la difficulté liée à une définition organique mais pas forcément à un manque de définition du caractère commercial est le problème que

²⁶⁶ La solution semble toutefois devoir évoluer. Un rapport sur l'arbitrage en droit public a en effet été remis au Ministre de la Justice en mars 2007 par un groupe de travail proposant de généraliser l'arbitrabilité en matière de contrats administratifs. Toutefois, pour l'heure, ses propositions n'ont toujours pas fait l'objet d'un texte entré en vigueur. Discours 13 octobre 2009 par Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'État, L'arbitrage et les personnes morales de droit public, Colloque du 30 septembre 2009 organisé par la Chambre Nationale pour l'Arbitrage Privé et Public, Conseil d'État.

²⁶⁷ LOQUIN Éric, Comm. sous CA paris, 13 juin 1996, JDI, 1997, p. 151.

les juridictions françaises ont rencontré à l'occasion des arrêts INSERM et RAYANAIR²⁶⁸. Dans ces arrêts, il y avait un conflit de juridiction entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif. En effet les juges devaient décider quelle juridiction était compétente pour exercer le droit de contrôle des sentences arbitrales²⁶⁹ ou quelle autre était compétente pour exercer le droit de recours contre une sentence arbitrale²⁷⁰. La réponse à ces questions pour un juriste de droit privé est simple, car en application des dispositions de la convention de New York et l'article 1520 du code de procédure civile, ce juriste annoncera la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire. Cependant, la réponse à cette question pour le juriste publiciste n'est pas si simple. En effet, il se demande si le conseil d'État doit exercer ce droit car ce dernier doit être considéré en tant que juridiction d'appel de la sentence²⁷¹. Dans ces affaires, le dilemme en face duquel le droit français se trouve relève de la qualification d'un contrat. D'un côté, ce sont des contrats internationaux et de l'autre côté, ce sont des contrats administratifs²⁷². Si le contrat est qualifié d'international, ce sont les tribunaux de l'ordre judiciaire qui sont compétents. Et si le contrat est qualifié d'administratif, ce sont ceux de l'ordre administratif qui sont compétents. Les contrats internationaux ayant au moins comme partie une personne française de droit public sont des contrats internationaux en tenant compte d'un critère géographique²⁷³ ; ils sont administratifs en tenant compte d'un critère organique.

²⁶⁸ LAZOUZI Malik, « Le contentieux étatique et arbitral des contrats administratifs internationaux : quelles interactions ? », CAPJIA, n° 2, 2015, p. 217.

²⁶⁹ T. Confl. 17 mai 2010, n° C3754 ; AJDA, 2010, p. 1564, note Cassia ; BJCP, 2010, p. 280, concl. Guyomar ; RFDA, 2010, p. 959, concl. Guyomar ; RJEP 2010, n° 40, note Paris ; ACCP, n° 102, 2010, p. 72, note Lanzarone.

²⁷⁰ JAEGER Laurent, « Les conséquences de la jurisprudence INSERM/SMAC sur la pratique de l'arbitrage », CAPJIA, n° 2, 2015, p. 253 ; Le BOT Olivier, « La procédure devant le juge administratif en matière d'arbitrage : quel contrôle ? quelle procédure ? », CAPJIA, 2015, n° 2, p. 243.

²⁷¹ C'est l'art. L. 321-2 du Code de justice qui lui reconnaît cette qualité : « Dans tous les cas où la loi n'en dispose pas autrement, le Conseil d'État connaît des appels formés contre les décisions rendues en premier ressort par les autres juridictions administratives ». MOURALIS Denis, Rapport de synthèse (l'arbitrage et le droit administratif), CAPJIA, n° 2, 2015, p. 277.

²⁷² AUDIT Mathias, « L'arbitrabilité des litiges impliquant une personne publique française dans le nouveau contexte des affaires INSERM et Ryanair (SMAC) », CAPJIA, n° 2, 2015, p. 235.

²⁷³ BATIFFOL H., Encyclopédie Dalloz Droit international, v° Contrats et Conventions, n° 9. Parmi les exemples rencontrés en jurisprudence, on relèvera notamment la nationalité différente des cocontractants retenue dans la célèbre affaire American Trading C° (Cass. civ. 5 décembre 1910, Grands arrêts jurispr. DIP n° 11), leur résidence dans des pays différents (Cass. com. 19 janvier 1976, préc.) ou le lieu d'exécution du contrat à l'étranger (Cass. 1^{re} civ. 9 janvier 1968, JDI, 1968, p. 717, note M. SIMONDEPITRE; JCP 1968, II, n° 15451, note G. LYON-CAEN; Cass. soc. 8 juillet 1985, Rev. crit. DIP 1986, p. 113, note H. GAUDEMET-TALLON ; Cass. soc. 6 novembre 1985, Rev. crit. DIP 1986, p. 501, note LAGARDE P., sous Cass. 1^{re} civ. 7 octobre 1980, JCP 1980, II, n° 19480, concl. GULPHE ; Rev. crit. DIP 1981, p. 313, note J. MESTRE, dont la solution n'est sans doute pas étrangère à des considérations d'espèce).

C'est ici qu'on peut voir le problème de droit français dans la définition et classification de ces contrats. Ce genre de problème peut se produire pour les contrats commerciaux car on choisit un critère organique pour qualifier un contrat commercial (le tribunal compétent pour les contrats commerciaux) et ensuite la loi applicable dans ces litiges.

129. En droit français un contrat est international s'il met en cause le commerce international. Le tribunal d'appel, qui a bien tranché l'affaire à notre sens, prétend qu'en l'espèce, le transfert d'une somme d'argent ne met pas en cause le commerce international. Alors que le tribunal de conflit n'est pas d'accord. En effet, ici nous sommes en face d'un concept abstrait- le commerce international- qui n'a pas une définition exacte.

Cependant les conclusions de M. Mattias Guyomar²⁷⁴ pour le tribunal de conflit de lois, comprend certains enseignements qui sont intéressants de notre point de vue. Le commissaire du gouvernement rappelle l'existence de la Convention européenne sur l'arbitrage international du 21 avril 1961, dite convention de Genève, signée par la France et publiée par un décret du 26 janvier 1968 qui reconnaît « aux personnes morales qualifiées par la loi qui leur est applicable de personnes morales de droit public, la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage »²⁷⁵. Ce qui est intéressant, c'est le champ d'application matériel de cette Convention. Le premier article de ladite prévoit son champ d'application aux clauses d'arbitrage conclues pour le règlement de litiges nés ou à naître d'opérations de commerce international. Ceci bien que la convention ne définisse pas les opérations du commerce international, mais nous pouvons supposer néanmoins qu'elle envisage les relations commerciales.

130. Nous avons montré à plusieurs reprises qu'il n'y a pas de définition autonome pour un contrat commercial. De ce fait, il résulte des confusions dans plusieurs branches de droit. Avant d'étudier, dans une prochaine partie, la définition autonome du contrat commercial et ses fondements, il convient d'expliquer ce que nous entendons par « autonomie de contrat commercial ».

Section 2 : Les différents aspects de l'autonomie du contrat commercial

131. Tout d'abord, nous allons nous intéresser à la définition de l'autonomie, et ensuite voir son application en droit.

²⁷⁴ Maître des requêtes au Conseil d'État, commissaire du gouvernement près le Tribunal des conflits

²⁷⁵ Concl. M. Guyomar: Rev. arb., 2010, p.275 et RFDA, 2010, p.959.

De la racine grecque *autonomia* (composé de *autos* : soi-même et *nomos* : loi, règle), l'autonomie désigne la capacité d'un objet, individu ou système à se gouverner soi-même, selon ses propres règles²⁷⁶. Elle désigne également par extension la faculté d'agir librement, d'avoir son indépendance²⁷⁷. Comme nous pouvons le constater, ce concept revêt deux cas de figures différents. Ce qui a entraîné deux courants opposés parmi les auteurs et théoriciens juridiques²⁷⁸. Une partie d'entre eux dénie l'existence de l'autonomie pour les nouvelles branches de droit²⁷⁹ et l'autre partie lui reconnaît cette autonomie, sans la doter néanmoins d'un sens uniforme²⁸⁰. M. Chazal pense que la polysémie de l'autonomie a pour conséquence les débats souvent faussés par la diversité des significations attribuées à ce terme, les auteurs ne parlant pas, le plus souvent, de la même chose²⁸¹.

D'après la première approche, l'autonomie est considérée comme le fait de dégager un corps de principe homogène, différent des principes juridiques classiques ou généraux, mais cohérent et opposant sa cohérence à celle des autres principes. Si on prend en compte cette approche, la question de l'autonomie du contrat commercial n'est jamais posée par la doctrine

²⁷⁶ Dans le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* publié par LGDJ en 1993, Michel VAN DE KERVOCHE définit la notion d'autonomie comme l'existence de systèmes « se distinguant d'un environnement avec lequel ils entretiennent des échanges : il s'agit d'une part de l'irréductibilité de tels objets à d'autres objets et d'autre part du fait que de tels objets possèdent une organisation "interne" (une "grammaire", une "forme logique") leur permettant de se maintenir dans un contexte changeant, d'évoluer selon leur propre dynamique et de se réaliser selon les intentions qui sont spécifiques à chacun d'eux ».

²⁷⁷ Concernant la définition de l'autonomie dans le dictionnaire de Littré, nous lisons que c'est le « droit que les Romains avaient laissé à certaines villes grecques, de se gouverner par leurs propres lois. Par extension, indépendance ».

²⁷⁸ Le terme d'autonomie est souvent utilisé en droit pour différents concepts. On parle de l'autonomie de droit public du droit civil.

²⁷⁹ Cf. PLESSIX Benoit, *Droit administratif général*, LexisNexis, Paris, 2016, p. 655 et s.

²⁸⁰ CHAGNY Muriel, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, Paris, 2004, p. 62-63 : distingue deux idées de l'autonomie dans la doctrine : une partie se satisfait d'une autonomie largement entendue, qui, déduite de caractères originaux et de règles dérogatoires au droit commun, ne se distingue guère de la spécificité ou du particularisme. D'autres auteurs considèrent que l'autonomie stricto sensu est synonyme de séparation, de détachement complet, ou encore d'indépendance conceptuelle et/ ou fonctionnelle.

²⁸¹ CHAZAL Pascal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2003, p. 280, explique que l'on peut repérer trois sens pour le concept de l'autonomie. **Au sens fort**, un droit autonome, à la lumière de cette définition, est une matière qui trouve en elle-même sa propre source de règles, qui ne dépend d'aucun autre droit pour déterminer le contenu et le sens de ses solutions. **Au sens faible**, l'autonomie est synonyme de particularité, de spécificité. Il suffirait qu'un droit se distingue, d'une manière suffisamment marquée, du droit commun pour que son autonomie soit acquise. **Au sens modéré**, il s'agit d'apprécier le caractère autonome ou non d'un droit en fonction de son objet et de sa logique intrinsèque. Pas en fonction d'une approche simpliste consistant à déduire l'autonomie d'un droit spécial de la seule absence de référence à une règle du droit commun et à la refuser en raison de l'existence d'un renvoi à une ou plusieurs d'entre elles.

contemporaine²⁸². D'après une autre approche, parler de l'autonomie d'une branche de droit n'a pas de sens et est une erreur de langage car le contrat commercial fait partie du droit commun des contrats ; il fait partie également du droit civil, et enfin il fait partie du droit privé. Les règles des contrats commerciaux ne peuvent pas être plus autonomes que le droit commercial lui-même²⁸³, ou le droit commun des contrats.

Nous ne souhaitons pas prendre parti pour l'un ou l'autre courant de pensée car nous pensons que cette divergence n'est pas due à la polysémie de l'autonomie, mais à la particularité de ce concept. En effet, l'autonomie fait partie des concepts dont l'antinomie est inséparable de sa substance. De la même manière que la froideur se détermine par le manque de chaleur (ou l'inverse), ou que l'obscurité est définie par le défaut de lumière (ou l'inverse) l'autonomie se définit par le défaut de dépendance. Autrement dit, pour apprécier l'autonomie, l'existence préalable de dépendance est nécessaire. On parle de l'autonomie de quelque chose par rapport à quelque chose. En effet, quand on évoque l'autonomie de quelque chose, il existe toujours une idée d'émancipation.

Une autre caractéristique de l'autonomie, nous permettant de mieux comprendre son sens, est son caractère évolutif. Etablissons de nouveau une comparaison avec le concept de chaleur et de lumière dans une pièce afin de mieux cerner ce caractère évolutif. De la même manière que la température ou la lumière d'une pièce peuvent varier d'un degré à l'autre, l'autonomie d'une branche de droit peut être partielle ou complète. Ce qui explique l'utilisation des adjectifs « relative » ou « absolue » afin de déterminer l'autonomie d'une branche de droit²⁸⁴. Les exemples sont nombreux : le droit public et administratif²⁸⁵, le droit pénal, le droit fiscal²⁸⁶. Tous sont des branches ayant une autonomie absolue par rapport au droit civil. Donc, la question que nous nous posons dans notre thèse est de savoir si le contrat commercial au cours de son existence s'est assez métamorphosé pour se doter d'une

²⁸² Comme nous avons démontré dans le premier chapitre, la plupart des auteurs ne reconnaissent même pas la catégorie des contrats commerciaux.

²⁸³ BAUDRILLART Paul, *L'autonomie du droit commercial*, Thèse Paris, 1966, PARDESSUS J.-M., *Bibliothèque de droit commercial, précédée d'un discours sur l'origine et les progrès de ce droit*, Paris, Imprimerie d'A. Ergon, 1821 ; URVOIS Louis, *L'émergence de l'autonomie du droit commercial*, Mémoire Master II, Histoire du droit, Paris II, (dir.) Professeur Olivier Descamps.

²⁸⁴ A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, Thèse, L'Université Lyon III, éd. de l'AGEL, 1975, sous la dir. de A. ROBERT, p. 709- 710, n ° 388, p. 21 ; DUVERGER Maurice, « Essai sur l'autonomie du droit professionnel », *Dr. soc.*, 1944, p. 276.

²⁸⁵ CHEVALLIER Jacques, « L'obligation en droit public », *APD*, Dalloz, 2000, T. 44, p. 179-194.

²⁸⁶ VINDARD Virginie, *La qualification en droit fiscal*, Thèse, L'Université de Renne, 2014, p. 15-16

autonomie²⁸⁷. Plus explicitement : une société comme la France se sent-elle tenue de reconnaître cette autonomie ? Certainement, l'autonomie ne se crée pas en une nuit. Plusieurs facteurs (sociétaux, économiques, politiques, historiques) peuvent déclencher ou accélérer une telle autonomie. Ce caractère évolutif peut être notamment observé en matière contractuelle. Tels sont le droit de l'assurance, le droit du travail ou le droit de consommation etc. Ce sont des branches de droit qui sont passées par la reconnaissance du contrat d'assurance, du contrat de travail ou du contrat de consommation. Ces contrats pendant longtemps ont été considérés comme une exception au droit commun des contrats²⁸⁸.

Pourquoi cherchons-nous l'autonomie du contrat commercial ? Est-ce un patriotisme disciplinaire ou est-ce une simple propension défendant l'intégrité voire la primauté du contrat commercial par rapport aux autres contrats ?²⁸⁹ Y-a-t'il un simple intérêt pélagique dans la recherche de cette autonomie ?²⁹⁰ Cette question est importante car certains civilistes dénoncent ou se méfient de cette tentation de proclamer l'autonomie des nouvelles branches de droit²⁹¹, à moins qu'ils n'y voient aucun intérêt opérationnel.

132. Si nous reprenons en compte l'hypothèse de patriotisme, nous devons nous assurer que l'autonomie du contrat commercial du droit civil existe pour une raison valable. En effet, la reconnaissance du statut de discipline pour une branche de droit n'est pas toujours l'expression d'une nécessité objective et d'une logique purement interne au droit. Il se peut

²⁸⁷ Dès lors, en assumant une conception relative de l'autonomie au sens de Vedel et non une conception absolue de celle-ci, c'est-à-dire en considérant que l'autonomie d'une branche du droit s'analyse comme une unité de solutions disposant d'une rationalité propre conforme à son objet se différenciant des solutions apportées par les autres corps de règles.

²⁸⁸ Cette démarche dans notre thèse est inversée car l'autonomie de droit commercial par rapport au droit civil est déjà reconnue ou presque. Donc, Nous allons à la recherche de l'autonomie de contrat commercial.

²⁸⁹ DUPRE DE BOULOIS Xavier., « La critique doctrinale », in La doctrine en droit administratif, Actes du colloque organisé par l'Association française pour la recherche en droit administratif, Litec, Paris, 2010, p. 221. Relève qu'il existe « une propension assez généralisée chez les spécialistes d'une discipline à défendre son autonomie, son intégrité voire sa primauté par rapport aux autres disciplines », ce qu'il qualifie de « patriotisme disciplinaire ».

²⁹⁰ Chagny Muriel, *Op. cit.*, écrit que l'étude de l'autonomie n'a d'intérêt pratique que si la notion présente une valeur opérationnelle, si elle permet d'exclure ou de filtrer les règles extérieures à la branche du droit considérée. Ces deux acceptions, intermédiaire et large, de l'autonomie la cantonneraient dans un rôle purement descriptif, n'ayant d'autre portée que pédagogique.

²⁹¹ COZIAN Maurice, « Propos désobligeants sur une tarte à la crème : l'autonomie et le réalisme du droit fiscal », in Les grands principes de la fiscalité des entreprises, Litec, 4^e éd., 1999, p. 3 et s. ; MAZEAUD L., Cours de droit commercial, Licence 3^e année, Montchrestien, Paris, 1966- 1967 ; MÉMETEAU G., « La guerre de sécession n'aura pas lieu ou la question des frontières et de l'autonomie du droit médical, ou, plus simplement, introduction à un cours de droit médical », RRJ, 1995, p. 743.

que cette autonomie reflète des stratégies corporatives déployées par les professionnels concernés pour asseoir leur autorité et consolider leur prestige²⁹².

Nous pensons que la nécessité de la reconnaissance d'une telle autonomie pour le contrat commercial dépasse le seul fait de l'aspect stratégique. L'autonomie permet et garantit le développement et la continuité de la logique intérieure d'une discipline sans se voir cristalliser ou fausser par d'autre logique²⁹³.

133. Si nous reprenons l'hypothèse de l'intérêt pédagogique, cela montre que la distinction du contrat commercial du contrat civil n'a aucun intérêt pratique. Nous expliquons en détail les conséquences de cette distinction dans la deuxième partie de notre thèse. Mais il convient, dès maintenant, de présenter brièvement, au moins l'un des intérêts pratiques de la reconnaissance de l'autonomie pour le contrat commercial. Nous verrons que la réforme de droit des contrats s'est faite sur une logique commerciale²⁹⁴. Le droit des contrats, conçu en 1804, très loin des enjeux d'une économie mondialisée, s'est basé sur une logique non-commerciale²⁹⁵ ; ce qui pendant des années avait paralysé les juges, les avocats et les commerçants en tant qu'acteurs des litiges en matière commerciale dans l'interprétation des lois en matière contractuelle. Nous saluons bien évidemment la réforme de droit des contrats, mais cette réforme aurait pu être évitée de cette manière si l'autonomie du contrat commercial avait été reconnue.

134. Après avoir expliqué différents aspects du concept d'autonomie et de son application au contrat commercial, deux questions essentielles restent à traiter. La première concerne le domaine de l'autonomie du contrat commercial : de quel point de vue cherchons-nous une autonomie pour le contrat commercial (§1) ? La deuxième question, elle, concerne les critères qui permettent d'identifier l'autonomie du contrat commercial (§2).

§1) Le domaine de l'autonomie du contrat commercial

135. Nous avons dit que l'émancipation est une des caractéristiques de

²⁹² CHEVALLIER Jacques., « Ce qui fait discipline en droit » in Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Férédiq ue Audren et Ségolène Barbou des Places (dir.), Coll. Contextes, LGDJ, Paris, 2018, p. 47-60.

²⁹³ De plus, nous pouvons attester que cette thèse est issue d'une spéculation sur le concept du contrat commercial international. Cette thèse n'est financée par aucun organisme professionnel et n'est recommandée par aucun professeur. Son seul but est de vérifier la rationalisation du concept de contrat.

²⁹⁴ Cf. *infra* n° 348.

²⁹⁵ Comme nous l'avons montré auparavant, le droit romain, la justice, le droit naturel et même la religion se sont attribués le droit des contrats avant la réforme.

l'autonomie. Nous devons alors déterminer de quoi le contrat commercial souhaite se libérer. La plupart des auteurs juridiques étudie seulement cette question sous un angle juridique. Ils s'intéressent plus particulièrement à l'articulation d'une branche avec les autres branches de droit, par exemple, le rapport entre le droit pénal et le droit civil. Ou ils s'intéressent à la spécialisation d'une branche à l'intérieur d'une discipline juridique. Telle est par exemple la recherche d'une autonomie pour le droit pénal des enfants²⁹⁶. Mais rares sont les auteurs qui étudient l'impact des autres branches des sciences humaines et sociales sur la confection d'une discipline juridique. Nous pensons qu'il est nécessaire d'élargir le champ de l'étude de l'autonomie du contrat commercial. Il faut s'intéresser à la position du droit des contrats commerciaux par rapport aux autres disciplines. Autrement dit, un regard juridique en vase clos n'est pas suffisant et l'étude de l'autonomie du contrat commercial par rapport aux facteurs extra-juridiques est importante²⁹⁷. Cela est d'autant plus nécessaire que la science juridique n'est pas autonome elle-même²⁹⁸. Des impératifs politiques ou religieux, la trace de l'histoire ou les phénomènes sociologiques ou psychologiques ont sans doute un impact sur la formation du droit²⁹⁹. Et cette influence est plus ou moins ressentie dans une branche de droit ou dans une autre. Par exemple le droit fiscal est plutôt impacté par des directives

²⁹⁶ MICHEL Olivia, *L'autonomie du droit pénal des mineurs*, Thèse de doctorat, Aix-Marseille, 1999 ; DREUILLE Jean-François, « La justice pénale des mineurs : vers quelle autonomie ? La justice des mineurs en Europe : une question de spécialité », Oct. 2009, Lyon, France. (hal-01661100) ; BONFILS Philippe, « L'autonomie du droit pénal des mineurs français », L'Université de Chuo, Tokyo (Japon), Jul 2016, Tokyo, Japon. (hal-01467522).

²⁹⁷ SUPIOT Alain, « État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités », Leçon inaugurale au Collège de France, 29 nov. 2012, pense que les juristes sont les grands champions de l'enfermement disciplinaire.

²⁹⁸ BARRAUD Boris, « La science du droit parmi les sciences sociales : la tradition de l'autonomie et la tentation de l'ouverture », RRJ., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 27 s. explique que les juristes s'opposent traditionnellement aux ouvertures en direction des autres sciences sociales. L'enjeu est simple : préserver l'autonomie du droit, laquelle se rapporte tant à la matière étudiée qu'à la façon de l'étudier et à ceux qui l'étudient.

²⁹⁹ BARRAUD Boris, *La recherche juridique – Sciences et pensées du droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p.556, distingue les branches de la recherche juridique qui ne doivent pas être confondues avec les branches du droit positif. L'identification des branches de la recherche juridique amène à étudier les activités de ceux qui observent et analysent le droit ; elle repose sur la particularisation de leurs intentions, méthodes et objets d'étude. L'identification des branches du droit positif, pour sa part, conduit à étudier les destinataires et les objets des normes en vigueur. C'est subséquent à pareil examen qu'il devient possible de parler de « droit pénal », de « droit civil », de « droit des contrats publics », etc. Les branches de la recherche juridique sont parfaitement indépendantes des branches du droit positif et, par exemple, il est permis d'aborder sous l'angle de l'analyse économique du droit aussi bien le droit pénal que le droit civil ou le droit des contrats publics.

économiques et politiques mais détaché de la religion ou de la psychologie³⁰⁰. Le droit pénal est complètement détaché des traces historiques ou politiques mais plutôt impacté par la sociologie et la criminologie³⁰¹. C'est pour cette raison que nous analyserons l'autonomie du contrat commercial par rapport aux autres branches des sciences humaines (A) et ensuite son autonomie à l'intérieur des branches de droit (B).

A) L'autonomie du contrat commercial et les sciences humaines

136. Quelles sont les branches des sciences humaines et sociales qui peuvent aider le droit des contrats dans la rationalisation de sa logique interne et aider également les juges dans une interprétation appropriée de la nature des contrats commerciaux ?

L'histoire du droit, le droit comparé, la sociologie du droit, l'anthropologie du droit, l'analyse économique du droit, la science politique sont parmi les principales branches de la recherche juridique³⁰². Ces dernières permettent, dans une approche épistémologique³⁰³, d'étudier les connaissances juridiques et, plus particulièrement, les modes de formation des connaissances juridiques. Elles permettent également la critique des intentions, des principes, des hypothèses, des méthodes de droit commercial, en envisageant leurs évolutions possibles. Tout au long de cette thèse, nous utilisons particulièrement des travaux de l'histoire du droit et l'analyse économique du droit afin d'analyser les règles concernant les contrats commerciaux.

L'une des fonctions des outils de la recherche juridique est de montrer l'influence des autres disciplines (économique, politique, sociologique, religieuse, etc.) sur la confection du droit positif en matière de contrat commercial. Plus les normes concernant le contrat

³⁰⁰ De BISSY Arnaud, *La permanence des mécanismes fiscaux à l'épreuve des évolutions dans le domaine économique et social*, in La discontinuité en droit, SIMONIAN-GINESTE Hélène (dir.), Actes de colloques de l'IFR, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, Toulouse, 2014, p. 207 ; explique comment le droit fiscal doit prendre en compte les nouvelles pratiques économiques et sociales dans la mise en œuvre des techniques fiscales ; KOLEVA Kalina, MONNIER Jean-Marie, « La représentation de l'impôt dans l'analyse économique de l'impôt et dans l'économie des dispositifs fiscaux », *Revue économique*, Vol. 60, n° 1, 2009, p. 33-57.

³⁰¹ La communication de Robert Jacques-Henri, directeur de l'Institut de criminologie de l'Université de Paris-II, devant l'académie des sciences morales et politique, est d'une remarquable valeur, se permettant d'établir le lien entre le droit pénal et la criminologie, <https://www.canalacademie.com/ida2623-Criminologie-et-droit-penal.html> GASSIN Raymond, CIMAMONTI Sylvie, BONFILS Philippe, *Criminologie*, Dalloz, 7^e éd., Paris, 2011; FAGET Jacques, *Sociologie de la délinquance et de la justice pénale*. ERES, 2009.

³⁰² ROUVIERE Frédéric, « Qu'est-ce qu'une recherche juridique ? », in *L'évaluation de la recherche en droit : enjeux et méthodes*, FLÜCKIGER Alexandre, TANQUEREL Thierry (dir.), Bruylant, 2015, p. 117-137.

³⁰³ GESLIN Albane, *L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit*, in *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Bertrand SERGUES (dir.), Actes de colloques de l'IFR, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, Toulouse, 2016, p. 79-130.

commercial sont neutres par rapport aux croyances illégitimes, plus le droit des contrats commerciaux est rationnel. Se servir des résultats d'une branche de la recherche juridique afin de concevoir une norme juridique n'est pas l'équivalent de dépendance. Au contraire, l'influence d'autre chose que la raison sur la conception d'une norme juridique est, elle, l'équivalent de dépendance³⁰⁴.

La question de l'autonomie de contrat commercial nous amène également à nous interroger sur la place de contrat commercial par rapport aux autres disciplines juridiques.

B) L'autonomie du contrat commercial par rapport aux branches juridiques

137. Il est important de savoir si le contrat commercial est doté d'une autonomie par rapport aux autres disciplines juridiques, en particulier par rapport au droit civil et au droit commercial. La réponse à cette question semble avoir deux réponses différentes, selon qu'on l'étudie d'un point de vue du droit commercial ou d'un point de vue du droit civil. Comme nous l'avons déjà montré, le contrat commercial est un concept biface. Il est attaché au droit civil par son côté contractuel et il est attaché au droit commercial par son côté commercial.

a) Du point de vue du droit commercial :

138. L'activité commerciale n'a jamais été totalement libre³⁰⁵. La première étape de l'émancipation, d'un point de vue sociologique, est la liberté du commerce et de l'industrie³⁰⁶. Cette liberté a été reconnue à la fin de l'ancien régime à la suite des défauts³⁰⁷ du système corporatif³⁰⁸, et a eu pour conséquence la démocratisation du commerce. Ce qui a

³⁰⁴ Nous pensons particulièrement à cette citation de KELSEN Hans, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? » (1953), *Droit et société* 1992, p. 567-568, L'histoire de la pensée humaine montre que la science, et donc également la science du droit, se libère toujours de l'état de dépendance dans lequel le pouvoir tente continuellement de la maintenir. [...] Dans la lutte incessante du pouvoir contre la pensée, [...] la victoire du pouvoir n'est jamais définitive ; la pensée résiste [...] jusqu'à atteindre à nouveau ce qui seul correspond à sa nature propre, à savoir la liberté.

³⁰⁵ BLAISE Jean-Bernard, DESGORCES Richard, *Droit des affaires ; commerçant, concurrence, distribution*, LGDJ, 9^e éd., Paris, 2017, p. 24-25, évoque la soumission des règles de droit commercial aux facteurs politiques, religieux et professionnels.

³⁰⁶ LUCAS François-Xavier, « La liberté du commerce et de l'industrie », in *Le droit des affaires*, PUF, Paris, 2005, coll. « Que sais-je ? », p. 85-97.

³⁰⁷ Le système présente aussi des inconvénients, car il freine l'initiative individuelle et le progrès technique. Il est source d'inégalités sociales. À partir du XVI^e siècle, les maîtrises deviennent héréditaires et vénales de sorte que les compagnons accèdent difficilement à la maîtrise.

³⁰⁸ Le régime corporatif instauré dans l'Ancien régime précède celui du féodal. Il cherche son autonomie, s'en écartant sur plusieurs points. En effet, la monarchie essaye de généraliser le système corporatif. Dans l'Edit de Colbert de 1673, nous lisons que le système corporatif est le parfait moyen d'encadrement des métiers. BOUINEAU Jacques, SZRAMKIEWICZ Romuald, *Histoire des institutions 1750-1914 : Droit et*

entraîné l'augmentation du nombre des acteurs commerciaux et par conséquent le nombre de litiges.

Le droit commercial s'est également émancipé de l'autorité de la religion³⁰⁹. L'acceptation de cette autonomie dans la confection des normes commerciales est plus difficile car le commerce et la religion sont par nature opposés³¹⁰. Ainsi la transformation d'une norme juridique façonnée par une croyance religieuse n'est pas aisée. Cependant les commerçants ont toujours trouvé des moyens de contourner ces entraves³¹¹.

Et enfin, la politique a très vite compris que son essor était lié à la liberté du commerce. Certes, au fil du temps, il y a des périodes où les rois de France ont entretenu des décisions favorisant et protégeant le commerce, mais il existe également des périodes où les décisions politiques ont encadré les règles de droit commercial sans prendre en compte l'intérêt du commerce. Le droit commercial n'est pas fusionnel avec la politique. Plus précisément, la réglementation agit de manière contraignante, alors que le commerce est muable et s'accommode mal de règles contraignantes permanentes. Cette incompatibilité est problématique quand la réglementation est davantage basée sur les intérêts politiques que sur le commerce. En effet, ce que l'on doit retenir du dialogue entre commerce et politique peut se résumer ainsi : plus la politique essaie d'encadrer le commerce, moins elle réussit³¹².

société en France de la fin de l'Ancien Régime à la Première Guerre mondiale, Litec, 4^e éd., Paris, 1996 ; ESPINAS Georges, « La Société d'Ancien Régime : la situation corporative », in : Mélanges d'histoire sociale, n° 5, 1944, p. 94-99.

³⁰⁹ Il faut distinguer le cas du droit commercial et celui de l'entreprise. Le droit commercial est et doit être commercial, alors qu'une entreprise n'est ni laïque ni religieuse. Elle est seulement commerciale. C'est-à-dire qu'elle cherche à maximiser son profit et maintenir son activité. Nous pensons particulièrement à la thèse de COUARD Julien, *L'entreprise congréganiste en droit des affaires*, Lextenso, Defrénois, Paris, 2009, dans lequel l'auteur évoque l'activité commerciale des institutions congréganistes. Ces dernières sont tenues de respecter les règles religieuses dans l'exercice de leur activité. Ces normes définissent ainsi leur identité propre, identité qui s'exprime ou cherche à s'exprimer même dans le domaine économique. Par conséquent, il déduit que le droit des affaires, ne pouvant ignorer ce fait, doit donc s'en saisir. Réfutant cette idée, nous pensons que dans une société laïque, seule des normes rationnelles doivent en tenir compte. Une entreprise religieuse est libre comme toute autre entreprise d'exercer son activité en respectant les normes en vigueur.

³¹⁰ La religion, au moins dans son interprétation dogmatique, et le droit des sociétés relèvent *a priori* de deux secteurs formellement antagonistes. L'une s'intéresse aux relations de l'homme avec la puissance divine, l'autre répond à des préoccupations essentiellement patrimoniales et financières (la recherche de richesse). Ce qui est prohibé par la religion.

³¹¹ La condamnation du jeu, c'est-à-dire du contrat aléatoire et du prêt à intérêt. Les commerçants, pour détourner la prohibition du prêt à intérêt vont inventer des procédés habiles. Les deux plus importants sont la lettre de change et la commandite.

³¹² PARDESSUS J.-M., Discours sur l'origine et les progrès de la législation et de la jurisprudence commerciale, prononcé à la Faculté de droit de Paris, le 18 novembre 1820, l'imprimerie d'Adroien Egron, Paris,

Cette liberté a toujours varié d'un temps à l'autre. Nous vivons une époque où l'économie du marché et sans restriction est le fondement et le noyau de toute décision institutionnelle. Cependant, nous ne pouvons pas ériger une liberté absolue pour le commerce. L'autonomie du droit commercial par rapport à la religion, si l'on se réfère à sa source historique qui est le droit romain, a été affirmée dès la naissance de cette branche au Moyen Age.

b) Du point de vue du droit civil :

139. Les règles du droit civil concernant un contrat qui régit une relation ou activité commerciale sont-elles à l'abri de l'influence des autres phénomènes extra juridiques ? Plusieurs points doivent être considérés pour répondre à cette question :

140. Tout d'abord, on peut penser que le droit français ne reconnaît pas la catégorie du contrat commercial ! Il est alors inutile d'envisager l'impact de la religion, de l'histoire ou de la politique sur le droit du contrat commercial. Ainsi, il est uniquement possible de mesurer la neutralité des règles de droit des contrats, pas celle du droit des contrats commerciaux.

De plus, on peut entendre que la séparation du droit de la religion et de la morale a été entamée il y a quelques siècles. Désormais cette question n'est plus d'actualité, cela d'autant plus que le droit des contrats a fait l'objet d'une réforme fondamentale en 2016. Ainsi si Napoléon n'avait pas résolu la question, le législateur contemporain l'aurait forcément fait en 2016.

Cependant, nous pensons et nous montrerons qu'il reste toujours des règles de droit des contrats qui plongent leurs racines dans un fondement qui n'est pas forcément rationnel. Evidemment, après la réforme, certaines règles se sont détachées de l'ombre du passé et des autres facteurs extras-juridiques. De plus, elles sont prévues en faveur des relations commerciales, mais cela au détriment de la cohérence et la logique du droit des contrats

1821, p. 5, écrit : « (le commerce) ne fut fait ou préparé par les gouvernements. Ils n'ont eu qu'à protéger ce qui s'est établi sans eux ; quelquefois même ils l'ont troublé en voulant le régler autrement que le permettait la nature des choses.

Le commerce, ennemi de toutes entraves et disparaissant sous la main qui veut l'asservir, ne demande aux gouvernements que protection et liberté. Pour prix de cette sauvegarde et de cette indépendance, il leur offre tous les avantages que peut procurer l'impulsion donnée aux cultures de toute espèce, à l'industrie, facilité de circulation ».

français. Ce qui nous semble fortement regrettable. (Dans notre thèse, nous essayons de régler ce problème en présentant une nouvelle interprétation). Et enfin, il faut rappeler le cas de certains contrats portant sur des activités commerciales qui ont modifié le droit commun des contrats. Nous ne parlons pas des contrats nommés ou de la théorie des contrats spéciaux³¹³. Nous pensons particulièrement aux contrats d'assurance et aux contrats de société commerciale qui furent à la base des contrats commerciaux mais ils sont tellement spécialisés qui ont formé une discipline autonome.

Pour revenir à notre question, l'actuel droit des contrats a fait de forts progrès en matière d'autonomie, mais le travail n'est pas achevé et dans une certaine mesure n'est pas cohérent³¹⁴. Au-delà de ces restrictions ou encadrements, les contrats commerciaux souffrent en particulier de l'hégémonie des civilistes. Ces derniers cherchent à réguler les relations contractuelles commerciales avec la même logique qu'un contrat civil ou un contrat de consommation. Cet état des choses est compréhensible, car historiquement le droit commercial et en particulier les contrats commerciaux, étaient soumis au droit civil. Tout d'abord, rappelons que jusqu'au XII^e siècle, le droit commercial n'existait pas ; ensuite un rapport juridique contractuel, avant d'être commercial était plutôt un contrat. De ce fait, comme le poids de l'aspect contractuel pesait plus lourd que l'aspect commercial, les juristes civilistes se sont occupés du régime juridique de ces contrats.

Cependant, le droit commercial a toujours montré qu'il prétend à un certain degré d'autonomie par rapport au droit civil. Pour mesurer cette autonomie du contrat commercial par rapport au droit civil, il faut posséder des paramètres que nous allons préciser.

§2) Les critères de l'autonomie du contrat commercial

141. Nous avons vu qu'afin de déterminer l'autonomie d'un phénomène, on a besoin de paramètres. Par exemple, l'autonomie d'un enfant par rapport à ses parents s'apprécie sur le plan physique, financier, émotionnel et décisionnel. Ces paramètres sont d'autant plus nécessaires en droit puisque l'autonomie est un concept abstrait. Or il est difficile d'établir un critère concret. Ce paramètre est-il subjectif ou objectif ? De la même

³¹³ Cf. *infra* n° 332 et s. pour l'articulation entre la théorie des contrats spéciaux et notre théorie de contrat commercial.

³¹⁴ Nous pensons surtout à la réforme de droit des contrats, qui a consacré des nouvelles dispositions qui sont applicables en particulier aux contrats commerciaux. Nous pensons que ces dispositions n'auraient pas été inscrites dans un code général comme celui du code civil.

façon que le critère qui permet de mesurer la chaleur ou l'obscurité d'une pièce varie d'une personne à l'autre, peut-on dire que l'évaluation de l'autonomie d'une branche de droit est subjective ? Ou y a-t-il un seuil à partir duquel nous pouvons objectivement parler d'une autonomie ? Nous devons donc nous intéresser au degré de l'autonomie. Cette question se pose naturellement suite à la position des auteurs qui croient à un sens modéré³¹⁵ ou médian³¹⁶ de l'autonomie. Ces derniers estiment qu'il ne faut pas chercher l'autonomie d'une branche ou discipline juridique dans son émancipation au droit commun, car ce critère n'est pas déterminant de l'autonomie. C'est pourquoi il nous faut déterminer un ou plusieurs critères³¹⁷.

Nous allons étudier l'autonomie de plusieurs branches de droit, à savoir le droit public et administratif, le droit pénal, le droit fiscal, le droit commercial, le droit de la consommation, afin de dégager des critères qui peuvent prouver l'autonomie d'une branche de droit par rapport à une autre branche de droit. Afin de vérifier l'autonomie du contrat commercial par rapport au droit civil, nous partageons ces critères en deux catégories ; les critères substantiels (A) et les critères formels (B).

A) Les critères substantiels de l'autonomie

142. Les critères substantiels sont ceux qui permettent de différencier la nature d'une branche de droit en fonction de la nature des rapports que cette dernière régit. Ils sont fondamentaux pour apprécier une telle autonomie et sans eux il est difficile de la conceptualiser.

143. **L'autonomie de la qualification** : Elle permet la qualification autonome des rapports ou des concepts d'une branche de droit sans emprunter celle d'une autre branche. Par exemple, la théorie de l'autonomie du droit fiscal a été élaborée dans les années 1920 par un publiciste, le doyen Louis Trotabas³¹⁸. Cette théorie a été proposée suite au développement des règles spécifiques au droit fiscal³¹⁹. En effet, durant le XIX^{ème} siècle, les questions

³¹⁵ CHAZAL Pascal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2003, p. 280.

³¹⁶ CHAGNY Muriel, *Op. cit.*, p. 63-64.

³¹⁷ Mme. CHAGNY dans sa thèse soutient que dans le cas où l'autonomie est considérée dans son sens médian, il est nécessaire de déterminer précisément un seuil à partir duquel les dérogations au droit commun sont constitutives d'autonomie. Et cette tâche paraît vouée à l'échec ou pour le moins incertaine.

³¹⁸ TROTABAS L., « Les rapports du droit fiscal et du droit privé », D.H., 1926, Chron. p. 29 et s.

³¹⁹ Evidemment aujourd'hui l'autonomie de droit fiscal a été étudiée d'une manière plus large. Nous nous concentrons sur son autonomie par rapport au droit civil. Pour voir plus, cf. : DURAND Philippe, « Autonomie et contradictions du droit fiscal », *La Revue administrative*, 1994, 47^e Année, n° 279, p. 252-255.

fiscales se résolvait essentiellement d'après une approche privatiste. Pour être précis, afin de régler la situation fiscale d'un rapport juridique, il était préalablement nécessaire de qualifier le rapport selon le droit civil pour régler la situation fiscale d'un rapport juridique. Cependant, à partir du XX^{ème} siècle, cet ordre d'idées a changé. Suite à la création de différents types d'impôt destinés à financer les dépenses de l'État, un nouveau corpus de règle a été formé pour encadrer ces nouveaux impôts³²⁰. Ces derniers engendraient de nouveaux rapports juridiques qui ne rentraient évidemment plus dans les qualifications connues en droit civil. La qualification traditionnelle fondée en droit civil n'était plus adaptée à la réalité de l'impôt. En effet, l'objectif financier, à savoir le recouvrement de l'impôt poursuivi par le législateur fiscal, autorise certaines dérogations par rapport aux notions fondamentales offertes par le droit commun³²¹. Voilà pourquoi le droit fiscal s'est équipé d'une nouvelle logique d'interprétation. Dès lors, le droit fiscal a trouvé une certaine indépendance par rapport au droit civil. Ce qui a entraîné la théorie de l'autonomie de droit fiscal.

144. En matière de contrat commercial, cette autonomie n'existe pas, car *a priori* les relations contractuelles commerciales subissent le même traitement que les autres relations contractuelles. C'est-à-dire qu'elles font l'objet d'une qualification afin de trouver le régime juridique applicable. Comme nous le savons, la qualification est une étape indispensable en matière contractuelle, prenant racine en droit civil. Cependant, nous pensons que le contrat commercial pourrait bénéficier de cette autonomie. En effet, la qualification imposée par le droit civil n'est pas compatible avec le contrat commercial³²². Le contrat commercial, ce qu'on appelle « le droit des gens » à l'époque romaine, ou les contrats « *sui generis* », est un contrat muable. Il ne peut pas rentrer dans des catégories prédéfinies. Voilà pourquoi il est nécessaire de définir une autonomie pour le contrat commercial. Nous expliquerons en détail notre position par rapport à la qualification d'un contrat commercial aux chapitres V³²³ et VIII³²⁴.

³²⁰ DOUET Frédéric, « L'autonomie du droit fiscal ou les qualifications fiscales perfides », la revue du notariat, Defrénois, 2005, n° 19, p. 1479.

³²¹ VINDARD Virginie, *Op. cit.*, p. 69-70.

³²² La locution du Professeur ESCARRA J. lors de la séance d'installation de la commission chargée en 1947 de refaire le code de commerce de 1807 exprime bien cette incompatibilité : « Cristalliser dans des formules durables ce qui, par essence, évolue et se transforme sans cesse »

³²³ Pour la qualification en droit interne Cf. *infra* n° 416 et s.

³²⁴ Pour la qualification en droit international Cf. *infra* n° 616 et s.

145. **L'autonomie de l'objectif**³²⁵ : Elle permet d'identifier les objectifs suivis par une règle de droit permettant une interprétation plus cohérente de ces dernières. Par exemple, le droit pénal a, il y a longtemps, trouvé son autonomie par rapport au droit civil. Il y a pour cela de nombreuses raisons ; la principale, fort bien dégagée par M. Stéfani, est que le droit pénal n'a plus aujourd'hui un rôle simplement sanctionnateur et subsidiaire, que lui reconnaissait autrefois Portalis³²⁶. Le droit pénal n'est pas seulement la sanction de tous les autres droits et particulièrement du droit privé, il est un droit de répression ou comme le signale M. Stéfani, un droit de « défense sociale ». C'est-à-dire qu'il exprime la réaction de la société en présence du fait criminel. M. Hugueney, dans une formule opportunément rappelée par M. Stéfani, relevait déjà que l'indépendance du droit criminel s'explique et se justifie par « la mission particulière du droit pénal qui est de protéger les intérêts essentiels de la société ». Cette justification ressort assez bien des divers exposés qui tendent à décrire cette autonomie à la fois sur le plan du procès pénal et sur le plan de la répression de l'infraction. Cette division permet aux différents auteurs de passer en revue, toujours du point de vue de l'autonomie du droit pénal, la théorie des preuves, la prescription des actions, la notion de décision définitive, la faute et le consentement de la victime, la contrainte et la nécessité.

Ce critère n'est pas propre au droit pénal. Le droit de la concurrence, le droit administratif, le droit fiscal ont chacun leur but respectif. L'ultime intérêt du droit administratif est la satisfaction de l'intérêt général et le maintien de l'ordre public, en garantissant les droits des administrés face au pouvoir public³²⁷. L'intérêt du droit de la concurrence est le maintien d'un marché libre³²⁸ et celui du droit fiscal est de garantir le revenu de l'État en respectant la richesse individuelle de chaque citoyen³²⁹. On pourrait

³²⁵ Nous considérons l'objectif suivi par différentes branches de droit comme un critère de l'autonomie. Cependant, la multiplication des objectifs à atteindre dans différents textes juridiques convainquent certains auteurs à réfléchir à nouveau à la théorie de droit. Faure Bertrand (dir), *Les objectifs dans le droit*, Dalloz, 2010.

³²⁶ STEFANI G., « Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal », *Etudes de droit criminel*, Publications de l'Institut de criminologie de la Faculté de droit de l'Université de Paris, Dalloz, Paris, 1956.

³²⁷ Cf. sur ce point, par ex. TRUCHET Didier, *Droit administratif*, PUF, 2^e éd., Coll. « Thémis », 2009, p. 41 ; FRIER P.-L., PETIT J., *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 5^e éd., Coll. « Domat droit public », 2008, p. 177.

³²⁸ RODA Jean-Christophe, « Réflexions sur les objectifs du droit français de la concurrence », *D.*, 2018, p. 1504-1510 ; MONGOUACHON Claire, « Le droit européen de la concurrence face à ses finalités : un débat philosophique », in *Doctrines juridiques et philosophie politique et morale* (dir.) Chérot Jean-Yves, RRJ., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2018.

³²⁹ Jean-Claude MAITROT, « Impôt - Droit fiscal », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 17 juin 2020. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/impot-droit-fiscal>.

également invoquer le droit de la consommation qui permet la protection du consommateur³³⁰. Chacun de ces intérêts ou objectifs nécessite des règles qui sont novatrices ou en contradiction avec le droit commun ou les autres branches de droit. Ce qui entraîne inévitablement la multiplication des règles propres à une branche. Connaître l'intérêt et le but de chaque branche de droit peut également aider le juge dans l'interprétation des lois. Comme nous le savons il y a plusieurs méthodes d'interprétation. L'une est l'interprétation téléologique³³¹. Ainsi, si nous voulons appliquer cet aspect de l'autonomie au contrat commercial, il faut chercher un intérêt à défendre dans la reconnaissance de catégorie des contrats commerciaux. Nous sommes à nouveau obligés de nous intéresser au droit civil et au droit commercial car le contrat commercial est avant tout lié à ces deux branches.

146. Nous n'avons pas trouvé beaucoup d'écrits sur l'objectif de droit civil sauf concernant l'encadrement de la relation entre les personnes, ce qui est le but de toutes les disciplines juridiques. Concernant le droit commercial, la protection du commerce est citée dans la législation commerciale depuis le XVI^{ème} siècle³³². Ainsi, nous pensons que le contrat commercial a pour but de protéger le commerce. Cela pourrait paraître inutile car le droit moderne des contrats est basé sur l'autonomie de volonté issue d'une économie libérale basée sur l'échange. Autrement dit les règles de droit des contrats sont favorables à l'essor du commerce. Mais nous verrons que cela n'est pas vrai pour autant. Tout d'abord, au fil du dernier siècle, les auteurs ont parlé du déclin de l'autonomie de volonté. Ensuite, l'autonomie de volonté a plutôt été conçue comme une réponse aux formalités et croyances historiques. Evidemment, libérer le contrat de la lourdeur de la religion et du droit romain est un progrès immense, mais cela ne remplace pas l'établissement de règles qui favorisent et protègent le commerce. Cela nécessite une liberté dans l'interprétation des lois en matière contractuelle qui peuvent être opposées au droit commun des contrats³³³.

147. **L'autonomie des sources** : un autre critère cité par les spécialistes des différentes branches de droit est l'existence de sources de droit propres à une discipline

³³⁰ CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, DEPINCE Malo, Droit de la consommation, Dalloz, 10^e éd., 2020, p. 41; Le GAC-PECH Sophie, Droit de la consommation, Dalloz, Paris, 2017, p. 6-7.

³³¹ L'interprétation effectuée en fonction de l'objectif et l'esprit de la loi.

³³² GENEVOIS Erneste, Histoire critique de la juridiction consulaire, Paris, 1866, p. 11-21. L'auteur dans le premier chapitre de son livre fait un état complet des législations commerciales jusqu'au XV^e siècle.

³³³ Cf. *infra* n° 348 et s. pour des exemples d'une interprétation commercialiste du droit commun des contrats.

juridique. La signification de l'expression « source de droit » est l'objet de plusieurs études³³⁴. Sans entrer dans ce débat, nous reprenons le sens classique de cette expression, à savoir tout ce qui contribue à la création des normes juridiques applicables³³⁵. Bien que la question des sources de droit soit plutôt tranchée aujourd'hui parmi les juristes³³⁶, elle ne l'était pas au cours des XIX^e et XX^e siècles³³⁷.

148. L'utilisation de cette expression dans le sens classique donne lieu à une polémique en ce qui concerne les contrats commerciaux, en raison premièrement de la nature des relations contractuelles, et deuxièmement de la divergence de hiérarchie des sources entre le droit civil et le droit commercial. Nous allons détailler ces deux raisons :

La nature des relations contractuelles : Aujourd'hui la loi, la coutume, la jurisprudence et la doctrine sont considérées comme les principales sources de droit³³⁸. Ces dernières déterminent le cadre juridique de chaque branche de droit. Par exemple pour déterminer le lieu et la date de conclusion d'un contrat, on doit tout d'abord se référer aux lois et en particulier à l'article 1121 du code civil. C'est le sens et la fonction classique d'une source de droit. Le contrat a une particularité parmi les autres concepts juridiques. Étant donné que celui-ci encadre la relation de deux personnes, il se peut qu'il arrive plusieurs événements au moment de la formation, de l'exécution ou de l'extinction du contrat que la loi et le contrat lui-même ne prévoient pas. C'est tout à fait normal que les lois écrites ne puissent pas prévoir toutes ces hypothèses et événements en détail. En effet, d'un côté, les espèces d'un contrat sont infinies et d'un autre côté les événements qui surviennent sont également

³³⁴ BARRAUD Boris, « Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit », RRJ., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2017, p. 1499-1535, explique qu'ont été recensées cinq ou même huit significations particulières de cette expression.

³³⁵ Consultant différents ouvrages et manuels juridiques et en particulier la partie de la présentation des sources de chaque branche de droit, il semble que ce sens soit accepté par l'unanimité des auteurs.

³³⁶ Pour le sens et le domaine des sources de droit, V. les trois tomes de Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, T. I, Aspects historiques et philosophiques; T. II, Les sources générales des systèmes juridiques actuels; T. III, Les sources des diverses branches du droit, Recueil de SIREY Paris, 1934; JESTAZ Philippe, Les sources du droit, Dalloz, 2^e éd., Coll. Connaissance du droit, Paris, 2005; AMSELEK Paul, « Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit" », APD, T. 27, 1982, p. 251-258; LEHOT Mireille, « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », RRJ, 2003, p. 2354; TERRÉ François, MOLFESSIS Nicolas, Introduction générale au droit, Dalloz, 12^e éd., 2020, Paris, p. 195.

³³⁷ Florent GARNIER, « De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin XIX^e siècle et au début XX^e siècle », Quaderni Fiorentini, XLI, 2012, p. 299-327.

³³⁸ GOLTZBERG Stefan, Les Sources du droit, Paris, Presses universitaires de France, Coll. Que Sais-je ?, 2016, p. 37-85

infinis. Le droit des contrats a prévu certaines sources générales qui permettent de combler les lacunes d'un contrat³³⁹. Le meilleur exemple est l'article 1195 qui énumère l'usage, l'équité parmi les sources de droit des contrats.

La divergence de la hiérarchie des sources : En droit commercial, la coutume ou l'usage prédomine la loi³⁴⁰. Cette divergence d'opinion concerne la coutume ou l'usage³⁴¹. En effet, un débat principal relatif aux sources de droit occupe une place importante durant le XIX^e siècle parmi la doctrine. Il s'agit de la place de la coutume ou de l'usage en droit positif français. Les spécialistes de droit commercial se sont à leur tour approprié ce débat et ont essayé de théoriser la place des usages en droit commercial. Ce qui a entraîné deux doctrines différentes : une partie qui reconnaît l'autorité de la coutume et à l'opposé, l'autre partie qui la croit dépourvue de toute autorité. Les auteurs de la première catégorie se divisent ensuite en deux catégories : ceux qui assimilent l'usage et la coutume³⁴² et ceux qui considèrent une distinction conceptuelle entre ces deux derniers³⁴³.

Il se peut que le lecteur nous reproche l'inutilité de ce débat au début du XXI^e siècle en droit positif français. Car de nos jours, la coutume ou l'usage, sans s'intéresser à une conception unitaire ou dualiste, sont considérés comme une source de droit. Mais nous pensons que le débat autour de la hiérarchie des sources de droit n'est pas clos, surtout en matière contractuelle. En effet, le problème apparaît lorsqu'on a affaire à un concept biface comme celui de « contrat commercial », puisque ce dernier est attaché à la fois au droit civil

³³⁹ Les juristes au fil du temps ont essayé de dégager des règles générales en fonction de la nature de ces événements. Par exemple les effets ou la suite logique du contrat. Ou l'effet relatif à un contrat ou l'effet extracontractuel. Dans le dernier chapitre, nous avons fait un inventaire de ces règles en Europe.

³⁴⁰ GARNIER Florent, *Op. cit.*, décrit la doctrine de droit commercial sur la place des coutumes : FREMERY affirme que « le droit commercial a été établi par la coutume constante des commerçants... elle est constatée soit par les auteurs contemporains, soit par les décisions de la juridiction commerciale, qui ont attesté le constant usage ». Pour DELAMARRE et Le POITVIN, l'usage est « le supplément de la loi ou, de la convention écrite, et [...] il obtient force de loi ». L'autorité des usages n'est pas à démontrer non plus pour THALLER tant ils ont contribué à la formation du droit commercial. Pour Georges RIPERT le « droit commercial a été pendant longtemps un droit purement coutumier sans qu'il y ait eu aucune rédaction de cette coutume. Même quand il a été codifié, il a conservé une place assez large aux usages ».

³⁴¹ Pour avoir une idée générale de cette divergence voir, KASSIS Antoine, *Théorie générale des usages du commerce*, LGDJ, Paris, 1984, p. 101-121.

³⁴² MOREAU-DAVID Jacqueline, « La coutume et l'usage en France de la rédaction officielle des coutumes au Code civil : les avatars de la norme coutumière », *R.H.F.D.*, n° 18, 1997, p. 125-157.

³⁴³ THALLER E.E., *Traité de droit commercial*, Paris, 4^e éd., 1910, n° 49 p. 42-43 ; M. PEDAMON, « Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ? », *RTD com.*, 1959, p. 335-357.

et au droit commercial. Or, l'importance et la hiérarchie³⁴⁴ des sources pour ces deux branches de droit ne sont pas identiques.

Face au nombre infini de types de contrats commerciaux, et en tenant compte de la spécificité liée aux relations contractuelles (le fait que le contenu d'un contrat ne régit pas tous les aspects d'une relation contractuelle d'une part, et d'autre part le fait que les règles écrites ne prévoient pas en détail les éventuelles réponses), vers quelle source devons-nous nous tourner pour trouver une réponse ? C'est à ce-moment-là que la distinction entre l'usage et la coutume prend toute son importance concernant les contrats commerciaux. Car si on prend en compte l'aspect commercial du contrat, nous pouvons au moins nous poser la question de la différence entre l'usage et la coutume.

Donc, la question de la hiérarchie des normes revit à l'occasion du régime juridique d'un contrat commercial. Si nous montrons que le contrat commercial a une source intrinsèque, nous pouvons prouver un autre critère de l'autonomie du contrat commercial par rapport au droit civil. (Si l'usage et la coutume n'ont pas le même sens, il faut se référer à l'usage pour le contrat commercial et à la coutume pour le contrat civil).

Nous ne voulons pas traiter la question des sources des droits ni la question de leur hiérarchie, cela nécessiterait une étude entière. Mais nous nous intéressons à cette question à propos des contrats commerciaux. Quelle que soit la hiérarchie des sources de droit, en matière contractuelle, il y a une seule vérité ; la coutume ou l'usage prennent une place plus importante que la loi en matière de contrat commercial car ni le code civil, ni le code de commerce ne prévoient de dispositions pour combler ces lacunes. En matière commerciale, dès le code de 1804, le règlement de ce problème d'ordre philosophico-juridique est confié aux usages. Les auteurs de droit commercial sont unanimement d'accord qu'en matière d'obligations conventionnelles, ce sont les usages commerciaux qui tranchent les litiges. Les articles du code civil aussi sont nombreux qui renvoient implicitement les lacunes d'une relation contractuelle aux usages³⁴⁵.

Il est alors important de savoir s'il y a une distinction entre l'usage et la coutume. Cette question a déjà été traitée en droit interne par plusieurs auteurs³⁴⁶ et en droit

³⁴⁴ Nous ne parlons pas ici de la hiérarchie des normes de Kelsen mais de la hiérarchie des sources de droits.

³⁴⁵ Les articles 1120, 1148, 1163, 1166, 1194 du code civil concernant le droit commun des contrats.

³⁴⁶ D'après une approche, l'usage se distingue de la coutume en fonction de l'élément psychologique. En effet, l'usage est l'élément matériel et pour devenir la coutume, il faut le caractère obligatoire chez ceux qui

international sous le nom de la *lex mercatoria*. Nous pensons qu'il est nécessaire de différencier l'usage et la coutume concernant les contrats commerciaux, car les coutumes pratiquées entre commerçants sont différentes de celles pratiquées entre deux particuliers³⁴⁷. C'est pourquoi il est plus approprié d'utiliser l'usage ou la *lex contractus* comme une source de droit pour les contrats commerciaux. Une source qui dans la hiérarchie des normes se trouve après la loi. Mais qui se trouve plus importante que la loi à cause de son étendue d'application. Cette importance est issue de la probation de la loi.

149. **L'autonomie des règles et des principes :** Nous pouvons encore extraire un autre critère des travaux des auteurs qui affirment l'autonomie d'une branche de droit. Il s'agit de l'autonomie des règles et des principes fondés sur la logique propre de chaque discipline³⁴⁸. Par exemple le droit pénal et le droit du travail ont chacun des règles propres, codifiées dans le code pénal et le code du travail. Concernant les principes, nous pouvons citer le principe de l'interprétation restrictive du texte pénal qui n'est pas applicable en droit civil. Par exemple, en droit civil le dédommagement de la mort d'un embryon suite à un accident de la route est possible, alors que la poursuite de l'auteur de ce fait en tant qu'"homicide involontaire ne l'est pas.

Ainsi, si nous devons appliquer ce critère au contrat commercial, il semblerait *a priori* difficile d'établir des règles propres aux contrats commerciaux ou mieux, des principes généraux. Ni le code civil, ni le code de commerce ne prévoient de dispositions particulières concernant le contrat commercial. Certes, l'ancien article 1005 (l'article 1007) du code civil prévoyait le recours à des dispositions particulières qui dérogent en droit commun, mais il ne parle pas des dispositions spécifiques au contrat commercial³⁴⁹.

Cependant, nous pensons qu'au fil du temps, ce corpus de règles a été implicitement

le pratiquent. GENY François, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, T. I, p. 361 ; d'après une autre approche, la coutume est une règle de droit impérative, alors que l'usage est une clause tacite qui est tantôt générale, tantôt limitée à une industrie ou à une place particulière, THALLER E.E., *Op. cit.*, n° 49 p. 42-43.

³⁴⁷ Justement, c'est la jurisprudence commerciale qui permet de constater la différence entre une relation contractuelle commerciale et une relation contractuelle civile.

³⁴⁸ Selon Vedel, l'autonomie d'une branche de droit serait caractérisée si l'application des principes classiques des différentes branches du droit conduit à des solutions erronées et/ou si celui-ci a développé des solutions originales faisant système en rapport avec les problèmes dont il doit traiter. Autrement dit, si on applique un principe de droit civil à un contrat commercial et on règle le problème, il n'y a pas d'autonomie.

³⁴⁹ Certes, dans le code de commerce, pour certains contrats commerciaux, il y a des règles spécifiques. Mais cela n'a pas abouti à des règles ou à des principes généraux applicables à tous les contrats commerciaux.

développé par le droit positif et le droit prétorien. Il n'est malheureusement pas théorisé. Nous essayons de le mettre en exergue tout au long de cette thèse. Nous pensons qu'il convient d'ensuite respecter cette autonomie et d'interpréter les règles de droit des contrats sous le règne de cette autonomie.

Nous pouvons remarquer plusieurs principes qui sont implicitement développés en droit commercial. Ils ne sont jamais attribués directement à un contrat commercial mais l'étude minutieuse de différents types de contrat commercial prouve leur existence. Citons par exemple le principe de rapidité qui justifie la mise à l'écart absolue de formalisme dans les contrats commerciaux. Nous pourrions citer de même la liberté de la preuve ou encore la durée de la prescription des obligations commerciales. Un autre principe est l'application des usages commerciaux pour régler des litiges commerciaux. Ce qui nous amène à parler de l'autonomie des sources. Nous détaillerons plus loin d'autres principes comme la liberté de la détermination du contrat commercial, l'acceptation de la théorie de l'imprévision et la représentation dans la formation.

150. **L'autonomie conceptuelle :** C'est déjà le cas des différentes branches de droit. Par exemple le dommage réparable en droit pénal est différent de celui en droit civil, la notion de bonne foi en droit interne est différente de celle en droit international³⁵⁰. Ce qui montre un aspect de l'autonomie. Nous avons vu plus haut que les coutumes pratiquées en matière commerciale se nomment l'usage. Ici, nous traitons un autre concept plus important qui concerne les parties d'un contrat commercial.

En effet, d'après l'approche dominante en droit positif français, un contrat est commercial si les deux parties sont des commerçants, ou si au moins l'une des parties est un commerçant. Le terme commerçant est opposé au terme particulier. En effet, le contrat civil est plus ancien que la catégorie des contrats commerciaux et les juriconsultes n'ont pas prévu un vocabulaire propre permettant de désigner les parties d'un contrat. Car le droit civil est le droit de tout citoyen. Après l'apparition du droit commercial et afin de distinguer une partie des citoyens qui exerçaient des actes de commerce, les juriconsultes ont utilisé les termes « négociant », « marchand » et aujourd'hui « commerçant ». À partir du moment où il est devenu nécessaire de distinguer le commerçant des autres citoyens, ceux-ci ont alors été qualifiés de « particuliers ». Un particulier peut être une personne physique ou morale mais pas un commerçant. La définition légale de commerçant est aussi mentionnée à l'article 210

³⁵⁰ Cf. *infra* n° 463 et s.

du code de commerce. Ce commerçant peut être une personne physique ou une personne morale.

Depuis le début du XX^e siècle et l'apparition de la catégorie des contrats de consommation, les juristes ont eu recours à de nouveaux concepts afin de désigner les parties d'un contrat de consommation : le consommateur d'un côté et le professionnel ou profane de l'autre. La définition de consommateur est claire mais qu'entend-on par « professionnel » ? S'agit-il d'une personne professionnelle (de « formation » professionnelle) ou s'agit-il d'une simple personne qui contracte dans un but autre que consommer (une personne qui revend ou qui fait une prestation) ? Si c'est le cas, un médecin ou un notaire peuvent être considérés comme des professionnels, et un simple citoyen qui ne contracte pas dans le cadre de sa profession habituelle pourrait également être considéré comme un professionnel.

Ce qui nous conduit à caractériser trois types de contrat en fonction de l'état professionnel des parties.

- Les deux parties contractent dans le cadre de leurs activités professionnelles :
- Les deux parties contractent en dehors de leurs activités professionnelles
- L'une des parties contracte dans le cadre de son activité professionnelle mais pas l'autre partie.

Cette dernière catégorie de contrat est connue, c'est un contrat de consommation. A partir de maintenant, nous déplacerons les deux dernières catégories de contrats dans le contrat civil et nous nous intéresserons seulement à la première catégorie.

151. Le contrat commercial autonome d'après notre thèse s'établit seulement entre deux parties qui agissent dans le cadre de leur activité commerciale. Les parties de la première catégorie ont besoin d'un vocabulaire propre afin de les distinguer des autres catégories de contrats. Nous pourrions choisir le terme « professionnel » ou « contrat professionnel » pour désigner cette catégorie contractuelle. Mais nous pensons que ce vocabulaire ne reflète pas la réalité du contrat commercial. Nous pourrions également choisir le mot « commerçant » pour désigner les parties du contrat commercial. Mais ce serait risqué et pourrait mener à confusion. Comme nous l'avons dit précédemment, le commerçant est déjà défini en droit positif et si nous utilisons ce vocabulaire, il se peut que le lecteur pense à cette définition. Or d'après notre théorie, le contrat commercial est le contrat entre deux personnes dans un but lucratif. Donc les parties peuvent être des commerçants au sens de

l'article 210 du code de commerce ou n'importe quelles personnes.

Afin de surmonter ce problème, nous avons décidé de choisir la terminologie de « commerçant » pour désigner les parties d'un contrat commercial mais avec une nuance : par le mot « commerçant » on entend « une personne professionnelle qui agit dans le cadre de son activité professionnelle ». Donc, nous pouvons constater l'importance d'une autonomie conceptuelle afin de désigner les parties d'un contrat commercial. Il ne faut pas l'entendre au sens de l'article 210 du code de commerce.

B) Les critères formels de l'autonomie

152. Les critères formels pourraient être considérés comme le révélateur du plus haut degré d'autonomie d'une branche de droit. En regardant les différentes branches de droit, nous constatons que si les critères substantiels de l'autonomie sont indispensables, les critères formels ne le sont pas. Cependant, quand ils existent, cela pourrait affirmer une autonomie absolue. Autrement dit, ils ne sont pas une condition *sine qua non* de l'autonomie. Nous pouvons citer la codification des règles propres à une discipline et l'existence de la juridiction spécialisée comme des critères formels de l'autonomie. En effet, il existe des juridictions spécialisées qui ne reflètent pas l'autonomie d'une branche de droit³⁵¹.

153. **Codification** : elle consiste à loger une matière juridique à l'intérieur d'une loi ou mieux d'un code. Ainsi, le droit de la concurrence pouvait asseoir sa singularité sur l'ordonnance du décembre 1986, le droit des sociétés commerciales sur la loi du 24 juillet 1966, tandis que le droit de la consommation peut se prévaloir de l'avènement d'un code qui lui est consacré. Quant au droit commercial, il a eu le privilège d'être la première matière codifiée après le code civil (abstraction faite du code de procédure civile). Considérant la codification comme un critère formel parmi plusieurs étapes de l'autonomie, nous ne sommes plus obligés de critiquer ou de répondre aux critiques de ceux qui la considèrent comme le seul paramètre de l'autonomie³⁵².

154. De ce point de vue, le contrat commercial ne peut prétendre à aucune autonomie par rapport au droit civil, car non seulement il n'y a aucune codification dans le code du commerce concernant le contrat commercial, mais les seules dispositions concernant

³⁵¹ Il est intéressant de regarder l'art. L.261-1 du code de l'organisation judiciaire qui énumère toutes les juridictions d'attribution autres que celles pénales et civiles.

³⁵² CHAZAL Jean-Pascal, *Op. cit.* ; STOFFEL-MUNCK Philippe, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », RTD com., 2013, pp.705

le droit commun des contrats ont été codifiées au sein du code civil³⁵³. La codification peut marquer l'importance de l'esprit de la législation d'une discipline juridique. Et par conséquent, garantir le rôle créateur de la jurisprudence et de la doctrine. En effet, la spécificité d'un droit peut provenir d'un travail prétorien de création et d'adaptation, ou doctrinal de conceptualisation et de systématisation. C'est pour cela que l'existence des juridictions spécialisées peut promouvoir cette tâche.

155. **L'autonomie juridictionnelle** : Un autre critère qui permet d'apprécier le degré de l'autonomie d'une branche est l'existence d'un ordre juridictionnel spécialisé. Nous pensons que ce critère est plutôt organique que substantiel et qu'il peut se placer dans la catégorie des critères formels de l'autonomie. Par exemple, l'existence des juridictions civiles opposées aux administratives justifie deux branches de droit complètement distinctes et autonomes. Ou encore, à l'intérieur de l'ordre judiciaire, les juridictions spécialisées en matière pénale sont distinctes de celles en matière civile³⁵⁴. Ce qui a mené à constater une autonomie absolue de droit pénal par rapport au droit civil. Les exemples de juridictions spécialisées affirmant l'autonomie d'une branche de droit sont nombreux : la juridiction militaire, la juridiction prud'homale, le tribunal paritaire de baux ruraux etc. L'une de ces juridictions spécialisées est la juridiction commerciale, détachée du droit civil depuis le Moyen Age.

156. Certes, de telles juridictions prouvent l'autonomie du droit commercial par rapport au droit civil. Mais est-ce vrai pour autant concernant le contrat commercial ? Est-ce que nous pouvons dire que le contrat commercial est détaché du contrat civil car il existe des juridictions qui ont la compétence exclusive en matière de contrats commerciaux ? La réponse à cette question n'est pas aisée. Si on prend la définition classique du contrat commercial, cela paraît presque vrai. Les litiges issus des obligations entre deux commerçants sont sous la compétence des tribunaux de commerce. Mais cela n'est pas pour autant applicable aux litiges entre un commerçant français et un commerçant étranger !

En comparant la juridiction commerciale avec les autres juridictions, nous pouvons

³⁵³ Personnellement, nous sommes contre une codification détaillée concernant le contrat commercial, mais nous pensons que la reconnaissance générale de ce concept est nécessaire. Et cela est discutable d'après l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité des lois. Cet objectif a été reconnu dans la décision n° 99-421 DC. Le Conseil constitutionnel y considère que l'accessibilité et l'intelligibilité doivent permettre aux citoyens de disposer « d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables ».

³⁵⁴ COJ, art. L.211-1 : Le tribunal judiciaire statue en première instance en matière civile et pénale. Lorsqu'il statue en matière pénale, il est dénommé tribunal correctionnel ou tribunal de police.

constater que les principes directeurs d'un procès commercial et l'organisation du tribunal commercial sont autonomes par rapport aux autres juridictions. Ce qui finit de nous convaincre de penser à l'autonomie du contrat commercial par rapport au contrat civil.

Titre II : Les fondements de la définition du contrat commercial autonome

157. Après avoir étudié la notion de contrat commercial telle qu'elle est définie en droit positif et avoir démontré la confusion issue du défaut de définition autonome pour le contrat commercial, il est nécessaire de présenter une nouvelle définition pour le contrat commercial (chapitre II). Mais cela n'est envisageable qu'à condition de pouvoir justifier la nécessité d'une telle définition. Autrement dit, il faut étudier les fondements qui autorisent et préconisent une définition autonome pour le contrat commercial (chapitre I).

Il est temps de « mettre un terme aux désordres qu'une cupidité sans bornes et la passion d'un luxe effréné avaient introduits dans une profession qui ne peut se soutenir honorablement que par une sage économie et par un respect religieux pour les principes de la bonne foi »³⁵⁵.

Chapitre I : Les fondements de la nécessité du contrat commercial autonome

158. Le droit est une matière normative par essence. C'est à dire qu'il définit ce que les personnes doivent faire ou s'abstenir de faire. Par conséquent, l'une des fonctions du droit est la mise en place des règles déterminant les sanctions des comportements condamnés au sein de la société. C'est cette contrainte de la loi, de la règle juridique qui distingue le droit des autres disciplines normatives. Tout ce qui relève de la norme est essentiel en droit contrairement à d'autres disciplines. La morale, la sociologie, l'économie etc. sont des disciplines essentiellement descriptives. Dans ces disciplines, le chercheur, après une analyse concrète, préconise certaines normes. Au contraire, les normes sont l'essence du Droit. Certaines de ces normes juridiques sont parfois issues des autres disciplines. C'est ce phénomène qui explique une autre caractéristique du Droit à savoir son indépendance par rapport aux autres disciplines. Il résulte de cela qu'une théorie du Droit qui ne réfléchit que sur les normes en elles-mêmes ne relève plus du domaine du Droit mais de la sociologie juridique ou de l'économie juridique. Une théorie en Droit doit non seulement rendre compte des normes que le Droit produit mais aussi légitimer, par un principe normatif, l'usage de la contrainte publique pour faire respecter la loi.

159. Dans l'étude des règles de droit, la question fondamentale est la suivante : quelles

³⁵⁵ Code du commerce, servant de supplément au procès-verbal des séances du corps législatif, rapports et discours sur le code du commerce, rapport fait par M. JARD-PANVILLIER, orateur de la section de l'Intérieur du Tribunal, sur les sept premiers Titres du Livre I^{er} du Projet de Code du Commerce. Séance du 11 septembre. 1807, HACQUART, imprimeur du corps Législatif et Tribunal, Paris, 1807,

idéologies ou quels principes doivent guider le législateur dans l'édification des lois ? Cette question génère une controverse en philosophie du Droit que M. Lemennicier illustre par la question suivante : « *les normes produites par le droit doivent-elles être analysées de façon positive, c'est-à-dire en se refusant à des jugements de valeur ? Ou peut-on faire du droit une discipline objective -à l'image des sciences de la nature- ?* »³⁵⁶.

160. La philosophie du droit cite plusieurs possibilités au fondement d'une loi³⁵⁷. Le premier fondement consiste à établir un certain niveau de justice au sein d'une société³⁵⁸.

161. Sous l'influence du droit naturel, d'autres philosophes ont imaginé un fondement moral aux lois³⁵⁹. Selon eux, les règles de droit sont, avant tout, conçues pour établir l'ordre sociétal. Le droit encadre les relations entre les gens.

162. Enfin, le droit peut être souverainiste³⁶⁰. Dans ce cas, l'intention principale derrière tout type de législation est la fortification et la maximisation de la souveraineté d'un État. Ce fondement de la loi entraîne un dogmatisme juridique³⁶¹ au sein d'un ordre juridique. Selon ce courant de pensée, l'interprétation des lois se fait par une méthode exégétique³⁶² et se ferme aux autres fondements possibles.

163. Durant les dernières décennies, sous l'influence de nouvelles théories économiques, un nouveau courant de pensées a influencé l'élaboration des lois : l'économie ou la croissance économique. Selon ce courant de pensée, le rôle des lois est de promouvoir la

³⁵⁶ LEMENNICIER Bertrand, *Economie du droit*, Cujas, Paris, 1991, p. 5.

³⁵⁷ ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, PUF, 4^e éd., Paris, 1999, p. 189-266 ; SEVE René, *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, 2^e éd., Paris, 2016, p. 9-143.

³⁵⁸ GROS Frédéric. « L'exigence de justice, ou la loi comme fondement ? », *Cah. just.*, Dalloz, 2013, Vol. 3, n° 3, p. 111-115.

³⁵⁹ DABIN Jean, « La notion du droit naturel et la pensée juridique contemporaine », *Revue néo-scholastique de philosophie*, 30^e année, Deuxième série, n° 20, 1928, p. 418-461 ; POUTHIER Tristan, *Au fondement des droits Droit naturel et droits individuels en France au XIX^e siècle*, Classiques Garnier, Paris, 2019 ; Denis Diderot, *Droit naturel*, Article de l'Encyclopédie, T. V, 1755.

³⁶⁰ VIALA Alexandre, *Philosophie du droit*, Ellipses, 2^e éd., Paris, 2019, p. 44-59.

³⁶¹ En effet, ce dogmatisme juridique se forme à partir du moment où un pays souverain décide d'encadrer différents aspects de la vie sociétale au sein de ses frontières. Et elle se manifeste notamment quand plusieurs ordres juridiques nationaux décident d'harmoniser les droits nationaux sur l'un de ces aspects sociétaux. Pendant les travaux de l'harmonisation des règles, il a été constaté que chaque ordre juridique essaie d'intégrer sa propre règle juridique nationale en tant que règle idole dans le projet de l'harmonisation. Cette attitude est issue du fait qu'aucun ordre juridique ne veut mettre en cause ses règles de droit.

³⁶² Une fois qu'un État souverain se décide à cristalliser les règles juridiques à travers des lois écrites, il doit se prononcer sur la manière souhaitable de l'interprétation de ses règles. Dans la plupart des pays de droit civil, et notamment en France, l'interprétation des lois se fait selon la méthode exégétique.

croissance économique³⁶³.

164. Enfin, au-delà de ces divers fondements de la loi, dans tout ordre juridique, il existe toujours des lois qui sont l'héritage de l'histoire sans que l'on sache davantage pourquoi elles existent.

165. Dans ce chapitre nous chercherons à déterminer les fondements justifiant la théorie du contrat commercial autonome. Ceux-ci nous permettent, à tout le moins, d'envisager l'idée selon laquelle le régime juridique du contrat commercial doit être différent de celui du contrat civil. Dans une première section, nous traiterons le fondement juridique (**section 1**) et dans la deuxième les fondements supra-juridiques (**section 2**) de la théorie du contrat commercial.

Section 1 : Les fondement juridique du contrat commercial autonome : La constitution 1958

166. D'après la théorie pure du droit d'Hans Kelsen et le positivisme juridique, le droit est conçu comme une science³⁶⁴ et il existe une hiérarchie entre les normes. Selon cette philosophie, une règle de droit ne peut exister qu'à la condition qu'une norme plus élevée garantisse son existence.

167. Pour asseoir notre théorie, il est nécessaire de montrer la base légale qui justifie ce qui distingue le contrat commercial du contrat civil. Cette base légale semble à première vue inexistante car la distinction entre contrat civil et contrat commercial est loin d'être acceptée par la majorité des droits nationaux³⁶⁵. La catégorie juridique du contrat commercial existe seulement dans les pays de droit civil mais, comme nous l'avons vu, il ne s'agit pas d'une reconnaissance autonome. De plus, en droit international, il n'existe pas d'instruments juridiques internationaux ou régionaux qui prônent une distinction entre le contrat commercial et le contrat civil.

³⁶³ Cela n'est pas le seul objectif de cette branche de la science. Pour voir les fonctions de l'analyse économique du droit, cf. *infra*, n° 202 et s.

³⁶⁴ VILLEY Michel, Philosophie du droit : Définitions et fins du droit, les moyens du droit, Dalloz, Paris, 2001, p. 275 ; TROPER Michel, La science du droit, In. La philosophie du droit, Que sais-je ?, 3^e éd., 2003, Paris, p. 26-65 ; TZITZIS Stamatios, Kelsen et le droit : de la rétribution naturelle à l'imputation, In. Introduction à la philosophie du droit, Vuibert, Paris, 2011, p. 225-237.

³⁶⁵ Même au sein des pays de droit civil qui connaissent le contrat civil et le contrat commercial, il n'y a pas de contrat commercial autonome. Par exemple, nous avons vu dans le premier chapitre que la plupart des auteurs, en droit français, ne reconnaissent pas le contrat commercial comme un concept autonome.

Alors, existe-t-il un fondement juridique nous permettant de faire cette distinction ou celle-ci reste-t-elle une proposition doctrinale, donc une thèse au sens propre du mot ?

168. Dans notre travail, nous essayons de résoudre les difficultés liées à la détermination du régime juridique des contrats commerciaux internationaux en partant du droit interne vers le droit international. Ainsi nous pensons qu'il est nécessaire de reconnaître préalablement un régime spécifique au contrat commercial interne afin de pouvoir rapprocher les droits nationaux sur cette question. En opérant une distinction entre le contrat civil et le contrat commercial au sens du droit interne, nous démontrerons comment déterminer le régime juridique du contrat commercial international. Par conséquent, nous commencerons par chercher la justification du fondement de notre distinction dans la Constitution en tant que source supérieure et principale des droits et des devoirs³⁶⁶.

169. Il faut faire une recherche historique concernant les Constitutions Françaises pour comprendre le moment où le terme d'obligation commerciale est apparu dans la littérature juridique française³⁶⁷.

Parmi les quinze Constitutions françaises des cinq Républiques, celle de 1958 est la première qui reconnaît le concept d'obligation commerciale³⁶⁸. Certes, en 1789³⁶⁹, on a instauré la liberté de commerce mais aucun texte constitutionnel jusqu'à la constitution de la cinquième République n'évoque le concept d'obligation commerciale et d'obligation conventionnelle commerciale.

170. L'article 34 de la Constitution dispose³⁷⁰:

« (...) La loi détermine les principes fondamentaux :

- *du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ;(...)* »

³⁶⁶ Dans la deuxième partie, nous traiterons du fondement juridique de cette distinction en droit international ainsi que de ses conséquences, plus particulièrement en droit européen des contrats.

³⁶⁷ La place du commerce dans la constitution nécessite une étude entière.

³⁶⁸ MORABITO Marcel, Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, LGDJ, 16^e éd., Paris, 2020.

³⁶⁹ La déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

³⁷⁰ Conformément aux dispositions de l'art. 34 de la Constitution, le législateur peut agir, selon les domaines, soit en profondeur et donc fixer les règles, soit de manière plus superficielle et se limiter à déterminer les principes. Pour chaque cas, l'art. 34 énumère les matières concernées. FAVOREU Louis, GAÏA Patrick et al, Droit constitutionnel, Dalloz, 22^e éd., 2020, p. 861.

Cet article de la Constitution détermine les domaines régis par la loi. Parmi eux, nous nous intéresserons aux obligations civiles et aux obligations commerciales qui sont contenues dans le code civil et le code de commerce. En effet, on note clairement dans cet article 34 l'emploi des termes « obligation civile » et « obligation commerciale », ce qui évoque bien une séparation entre « civil » et « commercial ». Mais il n'existe aucune trace dans cet article concernant la notion de contrat, et plus précisément la distinction entre contrat civil et contrat commercial. Alors comment cet article peut-il être le fondement juridique de cette dernière distinction ?

La réponse à cette question se trouve dans la réponse à deux questions importantes :

171. Tout d'abord, y a-t-il une différence entre l'obligation commerciale et l'obligation civile ? Ensuite, quelle est la source d'une obligation ? autrement dit s'agit-il de l'obligation légale, conventionnelle ou non-conventionnelle ?

En effet, ces deux questions relèvent de l'interprétation de l'article 34 de la Constitution 1958. Cette dernière est le premier texte légal qui distingue explicitement l'obligation commerciale de l'obligation civile. Cependant le sens et la portée de l'obligation restent indéfinis.

172. Depuis les Temps Modernes³⁷¹, le premier texte exemplaire de la législation en matière de commerce, est l'Ordonnance de Louis XIV et de son intendant Colbert de 1673, dénommée Ordonnance du commerce de Colbert. Elle est essentiellement rédigée par Jacques Savary³⁷² et sera l'armature du code de commerce napoléonien de 1807. Il convient d'attirer l'attention sur la période au cours de laquelle naît cette Ordonnance. Il s'agit de la période post-Renaissance et en même temps on se situe également à un moment de renaissance du commerce, après plusieurs siècles. Avant la Renaissance, en France, comme dans le monde entier, l'économie reposait alors essentiellement sur la terre et sur l'énergie humaine. Elle restait une économie agricole. Suite à la Renaissance, les activités commerciales commencent

³⁷¹ Ils commencent, selon les uns, quand Luther afficha ses propositions d'où sortit la Réforme qui marqua la fin de l'hégémonie intellectuelle de l'Église. Ils prennent fin en 1789 avec la révolution française. DIDIER Paul, DIDIER Philippe, *Op. cit.*, p. 38-39.

³⁷² SAVARY Jacques, né à Doué-en-Anjou, d'un honnête commerçant, le 22 septembre 1622, prit, dans sa jeunesse, quelque teinture de droit dans l'étude d'un procureur, puis dans celle d'un notaire. Il ne tarda pas à se livrer ensuite tout entier au négoce, et c'est dans une pratique intelligente du commerce, éclairée par un sens très-droit, qu'il acquit une connaissance si complète du droit commercial, que Colbert le fit nommer par Louis XIV, membre de la commission chargée de préparer l'ordonnance projetée sur le commerce de terre. Savary prit aux travaux de cette commission une si grande part, que son président, le conseiller d'état Pussort, avait l'habitude, quand l'ordonnance de 1673 eut été publiée, de l'appeler le Code Savary. AIMÉ Rodière, *Op. cit.*, p. 353.

à réapparaître. De ce fait, l'Ordonnance est un texte qui naît à un moment où il est nécessaire de répondre aux besoins émergents du commerce.

173. Cependant, dans ce texte, aucune disposition spécifique n'existe concernant le sens et la portée de l'obligation commerciale. Cela pourrait s'expliquer par le fait que l'ordonnance est rédigée par un commerçant praticien, donc dans le seul but de répondre aux besoins quotidiens des commerçants. Elle est très loin d'être une œuvre théorique de droit commercial³⁷³. L'idée principale est de codifier les usages commerciaux existants. Quand on lit les différents livres de cette Ordonnance, on ne constate dans le corps du texte aucun régime spécifique concernant l'obligation contractuelle commerciale. Comme nous le verrons dans le chapitre suivant, c'est Domat qui a commencé à théoriser le droit des obligations contractuelles moderne, qui sera ensuite repris par Pothier. On se situe vraiment trop tôt dans l'histoire pour constater une distinction entre obligation contractuelle civile et commerciale dans le droit.

A la fin du XVIII^e siècle, donc après ses voisins, la France se réoriente vers l'industrialisation. A partir de l'Ordonnance de Colbert puis dans le code de commerce de 1807, la France reconnaît un principe fondamental, à savoir la liberté du commerce, qui fonde les bases du grand libéralisme économique du XIX^e siècle. Au vu de l'évolution des réglementations commerciales, il est normal de ne pas constater de distinction entre obligation contractuelle civile ou commerciale avant le début du XX^e siècle. Car le commerce est à l'époque quasiment absent du territoire et les commerçants ne réclament pas la mise en place de lois spécifiques. La réglementation porte sur l'affirmation de la liberté du commerce et d'entreprendre, certaines obligations des commerçants envers l'État (surtout fiscales) et la refonte du cadre juridique des nouveaux commerçants, ce qui a permis d'entrer dans une nouvelle ère du commerce international.

174. Le deuxième point nécessitant un éclaircissement pour expliquer la différence entre obligation civile et obligation commerciale est la question de la source des obligations. En principe, les sources des obligations sont la loi, les actes juridiques et les faits juridiques. Les obligations issues d'un contrat commercial sont-elles traitées dans les lois de la même manière que les obligations nées de contrats entre deux particuliers ou, encore, entre un professionnel et un particulier ?

³⁷³ Même l'annexe de cette ordonnance donne des exemples de situations auxquelles les commerçants peuvent être confrontés.

En ce qui concerne les obligations légales, nous pouvons constater que le régime juridique des obligations d'un commerçant, en matière fiscale, administrative, ou encore en termes de dette, de moyens de paiement, n'est pas le même que pour un particulier.

Quant aux obligations contractuelles, il convient d'analyser les lois et la jurisprudence. L'analyse des lois ne révèle pas de prime abord une distinction théorisée entre le régime de l'obligation contractuelle civile et commerciale. Cependant, le code du commerce présente certaines situations dans lesquelles le régime juridique des obligations nées d'un contrat commercial et le régime des obligations nées d'un contrat civil sont différents. A noter que le code de commerce s'intéresse d'abord à la vie du commerce, il ne contient pas de chapitre spécifique pour régir les contrats commerciaux. Cependant, il crée un régime juridique spécial pour certains contrats spéciaux (les contrats de distribution, les baux commerciaux, les ventes aux enchères par exemple). Quels ont été les critères choisis pour mettre en place des règles propres à certains contrats ? Le domaine de ces contrats peut-il être élargi ?

On peut également trouver des exemples dans la jurisprudence démontrant que les juges, même dans une relation contractuelle similaire, ne reconnaissent pas l'existence des mêmes obligations entre deux professionnels ou deux commerçants, et entre un commerçant et un particulier. Cela constitue une émancipation de certains rapports contractuels du régime juridique du droit civil. Dans la deuxième partie, nous verrons des exemples de cette émancipation.

175. En conclusion, nous pouvons dire que la distinction de l'article 34 de la Constitution qui nous permet d'envisager une distinction entre obligation contractuelle commerciale et obligation contractuelle civile est assez originale. Elle constitue la première base légale permettant de distinguer entre obligation civile et obligation commerciale. Cependant, afin de convaincre les lecteurs sceptiques face au simple positivisme juridique, nous étudierons les fondements ultra-juridiques de cette distinction.

Section 2 : Les fondements ultra-juridiques de la distinction du contrat civil du contrat commercial

176. La compréhension parfaite d'une règle de droit ne peut être envisagée qu'en tenant compte de ses fondements historiques, sociologique, économique, psychologique, anthropologique etc.

§1) Un contexte historique et juridique favorable au contrat commercial autonome

177. Par rapport à l'intérêt et à la nécessité de l'étude historique du droit, nous rejoignons Savigny qui avait soutenu que le travail scientifique du juriste devait se fonder sur des considérations historiques. Le juriste se devait de mettre en lumière les circonstances historiques qui ont déterminé l'apparition d'une règle de droit³⁷⁴.

L'intérêt de l'histoire du droit ne s'arrête pas à la détermination du contexte de l'apparition d'une règle. Comme le dit M. Berger : « l'histoire du droit figure aussi la trajectoire de l'évolution du droit, les rejets et les assimilations qu'elle a opérés, les résistances et les stimulations qui l'ont marquée. Elle permet d'anticiper sur l'évolution prévisible du droit. La recherche juridique découvre ainsi dans l'histoire les racines du droit actuel et le sens qu'il convient de lui donner puisqu'on sait que, mis à part quelques points de rupture, l'évolution du droit est généralement lente et qu'elle se caractérise par sa continuité, c'est-à-dire par la survivance de la règle ancienne dans la règle nouvelle »³⁷⁵. Le résultat des recherches des historiens du droit des contrats devrait permettre de mieux déterminer dans quel sens ce droit des contrats peut aller³⁷⁶. Surtout que depuis une trentaine d'années, un groupe de juristes européens soutient que la création d'un code civil européen serait nécessaire pour le monde commercial³⁷⁷. C'est cette idée qui nous permet d'avoir une nouvelle interprétation des règles de droit en matière contractuelle et en particulier la réforme

³⁷⁴ BERGEL Jean-Louis, *Théorie général du droit*, Dalloz, 5^e éd., 2012, p. 131.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 132.

³⁷⁶ PICHONNAZ Pascal, *Autour du droit des contrats ; contributions de droit romain en l'honneur de Felix Wubbe*, Bruylant, PICHONNAZ Pascal (dir.), p.VIII ; cela est d'autant plus vrai dans un contexte où l'Europe cherche à édifier un droit des contrats unifié. Etant donné l'influence du droit romain sur la législation des pays européens, la compréhension de la conception de chacun des pays du droit romain des contrats est primordiale afin de les rapprocher.

³⁷⁷ SAMUEL Geoffrey, *Quelques observations sur la convergence actuelle des méthodes de raisonnement et des styles législatifs*, in *Les échanges entre les droits, L'expérience communautaire ; une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, ROBIN-OLIVIER Sophie, FASSQUELLE Daniel (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 255-271.

du droit des contrats.

178. A cette fin, nous cherchons à tracer l'évolution³⁷⁸ du régime juridique du contrat au fil du temps. Évidemment cette évolution n'est pas détaillée et ne concerne que l'impact du commerce sur le régime juridique du contrat³⁷⁹. Nous nous intéressons également au contexte dans lequel ces évolutions historiques se sont produites. Nous traitons ces deux questions en parallèle mais en fonction d'un critère temporel. Il s'agit des périodes marquant le régime d'un contrat avant 1950 et après cette date, ou lors de la période contemporaine. Nous avons décidé de couper l'histoire par cette année 1950, car cette dernière est le début de la mondialisation moderne.

A) L'évolution du contrat avant 1950 : le commerce international catalyseur du régime juridique de contrat

179. Si nous voulons étudier l'influence du commerce sur le régime du contrat, nous pouvons citer l'Antiquité, l'invasion Barbare, le Moyen Age et les dernières décennies du XX^e siècle.

180. **L'Antiquité** : Bien que l'instauration de la distinction entre le contrat civil et le contrat commercial ne remonte pas à l'Antiquité, la détermination du régime juridique du contrat reste néanmoins une préoccupation primordiale du droit romain. Le droit romain des contrats est un droit formel, surtout celui de l'Ancien droit (des origines de Rome au milieu du 11^e siècle avant J.-C.)³⁸⁰. Pour être plus précis, le terme de contrat n'existe pas. Les jurisconsultes parlent des obligations conventionnelles mais non du contrat³⁸¹. La convention, qui respecte certaines formalités, génère des obligations. « Du caractère formaliste du droit romain il ressort une distinction entre trois catégories de contrats : les contrats *verbis*, les contrats *litteris* et les contrats *re*. Les conventions n'entrant dans aucune de ces catégories sont dépourvues d'effet juridique »³⁸². Le problème d'un tel ordre juridique, c'est qu'il ne

³⁷⁸ Nous entendons par le mot évolution, de la même manière que M. CAPITANT, les transformations qui se sont produites au fil du temps dans le régime du contrat. Par conséquent, on n'apporte aucun jugement et on n'attache ni un sens de progrès ni un sens de régression dans cette partie

³⁷⁹ L'évolution de la notion de contrat sera étudiée dans le chapitre suivant à l'occasion de l'étude de la définition du contrat commercial autonome.

³⁸⁰ OURILAC P., De MALAFOSSE J., Histoire du droit privé : les obligations, PUF, 2^e éd., Paris, 1969, p. 28-38.

³⁸¹ GIFFARD A.E., Villers Robert, Droit romain et Ancien droit français ; les obligations, Dalloz, 4^e éd., Paris, 1976, p. 26-27 ; BELLOIR Arnaud, Théorie générale des contrats spéciaux, Thèse, Paris II, 2002, p. 36-52

³⁸² PUIG Pascal, *Op. cit.*, p. 3.

reconnaît pas les droits pour les conventions passées en dehors de cette formalité. Par exemple, les conventions passées par les pérégrins ne sont pas soumises au *jus civil* car ceux-ci n'ont pas le statut de citoyens³⁸³.

181. « Il faut attendre le droit du Bas Empire (de 284 à la mort de Justinien, en 565) et le développement du commerce pour que se développent les contrats innommés, c'est-à-dire des conventions qui, parce qu'elles n'entrent dans aucune des catégories de contrats *verbis, litteris, re* ou consensuels, sont dépourvues de nom (*nomen*) »³⁸⁴. Car « Rome se trouve tout de suite, au centre du commerce mondial, entre le commerce occidental, le commerce africain et surtout le commerce oriental par la mer et Afrique profonde, Inde, Chine par la route. Ce qui transfère la Rome à une société avec une classe sénatoriale de bourgeoisie d'affaire avec une multitude de moyens et petits commerçant qui font de l'Empire romain un monde grouillant et bariolé : artisans, petits détaillants installés dans les marchés affranchis servant de commis, d'homme de confiance, de directeurs de comptoirs, voire d'associés, esclaves employés comme ouvrier, commis ou scribes, parfois, s'ils sont intelligents, recevant de véritables responsabilités et aussi la part des bénéfices qui leur permettra d'acheter leur liberté »³⁸⁵. « Ce droit romain très international à l'époque, génère des innovations soit par l'ingéniosité soit par la nécessité de commerce. Tout d'abord, ils généralisent le commerce pour tous les gens (pas pour les esclaves, pour les membres d'une famille et ne limite le commerce au père de la famille) »³⁸⁶.

182. La pratique du commerce entre les cités a d'ailleurs eu une influence considérable sur le droit et particulièrement en droit des contrats : elle a imposé la formation d'un *jus gentium* qui ne fut pas réservé aux citoyens. Celle du commerce intérieur a fait fléchir les exigences du formalisme primitif en reconnaissant la force des Contrats consensuels, notamment de la vente. Certes, le droit romain n'a jamais admis l'existence de règles commerciales particulières et, quand il en a rencontré ailleurs, il les a incorporées dans le droit civil ; mais cela ne remet pas en cause la transformation du droit des contrats romains. C'est à cette période que la bonne foi dans le sens de la confiance aux pratiques d'autrui s'est

³⁸³ OURILAC P., De MALAFOSSE J., *Op. cit.*, p. 154.

³⁸⁴ COLLINET P., GIFFARDA, Précis de droit romain, Dalloz, Paris, 1928, T. 2, p. 64, n° 90.

³⁸⁵ SZRAMKIEWICZ Romuald, Histoire du droit des affaires et des institutions commerciales, les cours de droit, Paris, 1985, p. 31-32.

³⁸⁶ SZRAMKIEWICZ Romuald, *Op. cit.*, p. 35

développée³⁸⁷.

« Les romanistes se référant à la distinction entre *Jus civile* et *jus gentium* admettaient que les juridictions marchandes jugent selon le *jus gentium* couvrant les relations commerciales et fondé sur l'équité »³⁸⁸³⁸⁹.

183. L'invasion barbare : En ce qui concerne le contexte sociétal de cette période, il y a eu une régression marquante par rapport à l'époque des Romains. Il y avait des peuples nomades, sans l'existence d'un État central. De ce fait, l'État barbare était constitué par la population et non par le territoire. Par conséquent, il n'y avait pas de commerce extérieur car il n'y avait pas de frontière et de territoire pour marquer la limite de l'extranéité.

En ce qui concerne le contexte juridique de cette époque, nous pouvons observer la suppression de tout l'essor de droit romain. Ce sont les anciennes coutumes du pays qui réapparaissent, et il n'y a pas d'élaboration doctrinale en matière contractuelle. Par conséquent, il est inutile de vérifier l'évolution du régime juridique du droit des contrats à cette époque. L'importance de cette époque est l'une des théories des conflits des lois que nous verrons dans le dernier chapitre³⁹⁰.

184. Le Moyen Age et les Temps modernes : Le Moyen Age est une période très longue sans réelle unanimité sur la durée de cette période. Nous nous intéressons ici au régime juridique du contrat dans le Haut Moyen Âge³⁹¹ et Les Temps modernes. Nous citons ce passage du droit commercial de M.M. Didier qui reflète bien les caractéristiques de cette époque : « *le Moyen Age est celui des temps féodaux où la vie économique se déroule dans le cadre des seigneuries nées de l'émiettement, de la pulvérisation du pouvoir central. Son idéologie, ou plutôt sa foi, est celle que lui enseigne l'Église catholique, alors véritable « tutrice de l'Occident ».* Et quoique ces deux institutions soient hostiles au commerce, c'est en ces temps adverses que celui-ci renaît et que commence cette révolution commerciale »³⁹².

³⁸⁷ Pour le sens de la bonne foi en droit romain, Cf. *infra* n° 450 et s.

³⁸⁸ On va expliquer que chaque fois qu'on n'a pas de régime juridique applicable à un contrat, c'est l'équité qui le remplace. DESGORCES Richard, La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives, 1992, p. 49-54, L'auteur démontre dans sa thèse que traditionnellement la bonne foi est considérée comme équivalente à l'équité.

³⁸⁹ HILAIRE Jean, Introduction historique au droit commercial, p. 54.

³⁹⁰ OURILAC P., De MALAFOSSE J., *Op. cit.*, p. 63-64.

³⁹¹ Approximativement, de l'an mille au milieu du XV^e siècle.

³⁹² DIDIER Paul, DIDIER Philippe, *Op. cit.*, p. 14, pour voir plus, cf., GARNIER Florent, Histoires du droit commercial, Economica, p. 44-53. L'auteur donne une vue d'ensemble de l'économie occidentale du haut

« Les marchands, ces nouveaux venus, furent accueillis par la société médiévale de manière ambiguë. La morale du marchand, qui justifiait le calcul et l'enrichissement patient, était méprisée du noble, qui aimait la richesse par la conquête et pour la munificence. Elle était aussi condamnée par le clerc dont la doctrine rappelait que le gain devait être, le prix du travail et non celui de l'argent. Elle était enfin redoutée du paysan, pour qui le marchand avait le plus souvent le visage de l'usurier. Mais tous en avaient besoin et en usèrent pour ses marchandises et pour son crédit. Et face à cette coalition hésitante, les marchands firent preuve de solidarité (les communes urbaines), de méthode » (les corporations de métiers), d'habileté et parvinrent peu à peu à imposer leur présence, leur activité, leurs usages et leur droit. Malgré ça, les commerçants ont pu faire reconnaître leur propre droit »³⁹³.

Nous pouvons citer l'apparition de la cause, de la licéité du contrat, de son objet, de l'interprétation de l'exécution, avec la bonne ou la mauvaise foi, etc. D'un droit favorable au créancier, le droit devient favorable au débiteur, avec le contenu dans l'article 1162 du Code civil : en cas de difficulté d'interprétation d'une clause, celle-ci s'interprète en faveur du débiteur³⁹⁴. C'est la généralisation d'un fondement particulier du contrat, le fondement moral du contrat, fondement très largement discuté aujourd'hui avec l'apparition d'un nouveau concurrent, le fondement économique du contrat et le retour aux droits du créancier. Ces révolutions sont sans doute marquées par le fondement moral de l'église, mais il ne faut pas oublier les évolutions caractérisées par le développement du commerce³⁹⁵.

Après cette période, nous arrivons aux Temps Modernes où apparaissent l'essor du commerce, la montée du capitalisme, l'apparition des marchands ruraux et urbains, les négociants manufacturiers, les banquiers, les marchés et bourses etc. Cette période est marquée par le fleurissement du commerce interne, mais pas celui du commerce international. Les relations internationales se limitent à la colonisation et à la rivalité des puissances de l'époque pour l'enrichissement par voie de guerre et non par celle du commerce³⁹⁶.

Moyen Age.

³⁹³ DIDIER Paul, DIDIER Philippe, *Op. cit.*, p. 32.

³⁹⁴ DAILLANT Marie-Anne, *Le retard dans l'exécution des contrats (XII^e-XIX^e siècle) : contribution historique à l'étude de la responsabilité contractuelle*, Institut Universitaire Varenne, Paris, 2017, p. 98-99 ; l'auteur explique qu'à cette époque les auteurs de *jus commune* mettent en œuvre une théorie de la mise en demeure du débiteur. En effet cette dernière devient obligatoire et sous certaines conditions de forme afin de pouvoir imputer au débiteur son retard dans l'exécution des obligations contractuelles.

³⁹⁵ Cf. notamment, *infra* n° 347 et s. ; n° 605 et s.

³⁹⁶ Il faut attendre le XX^e siècle pour que l'on rentre dans une nouvelle ère économique mondiale

Cette époque est également marquée par la rationalisation du droit³⁹⁷. De ce fait, le droit des affaires, qui a été pendant longtemps un droit coutumier³⁹⁸ et avait vécu en parallèle du droit civil (le droit romain), commence à modifier le fondement du droit des contrats. Certes, à cette époque, nous ne pouvons pas constater un droit spécifique au contrat commercial mais la coutume issue de *jus mercatum* impacte le régime juridique des contrats³⁹⁹.

185. Comme nous l'avons vu dans le premier paragraphe, cette époque est caractérisée par la réglementation étatique du commerce ; l'ordre juridique de l'époque reconnaît certaines particularités pour les contrats commerciaux (l'anatocisme, l'usure et ...) d'une manière casuistique. Il n'y a pas une théorie élaborée du contrat commercial. Le régime des contrats commerciaux, à part quelques espèces de contrats reste soumis au droit civil.

186. **Le contrat de consommation** : L'idée selon laquelle il faut protéger l'acheteur est ancienne. En France notamment, la loi du 1er août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits et de services, et ses multiples textes d'application, sanctionnent depuis le début du XXe siècle les fraudes dans les ventes de marchandises. C'est cependant l'évolution économique intervenue au cours du XXe siècle et l'avènement de la société de consommation après la Seconde Guerre mondiale qui, en bouleversant les rapports de force entre consommateurs et professionnels à l'avantage de ces derniers, a fait émerger le droit de la consommation. La révolution industrielle, en permettant le développement d'un nouveau mode de production caractérisé par la fabrication mécanisée d'objets en grande série, a également favorisé l'augmentation du niveau de vie par l'abaissement des coûts de production. Les distributeurs ont créé de nouvelles méthodes de vente (grande surface, libre-service, vente par correspondance, promotion, publicité et marketing) associées au crédit. Cette production et cette distribution de masse présentaient cependant des aspects négatifs : excès de publicité, produits dangereux, ventes agressives, tromperie sur les prix et caractéristiques des produits et services. C'est alors que se développe le droit de la consommation et le droit des contrats de consommation en particulier. Mais nous attirons à nouveau l'attention sur l'impact du commerce sur l'apparition d'un régime juridique spécifique pour les contrats. Nous nous

conçue par et pour le commerce international.

³⁹⁷ *Jus naturalisme* moderne ou rationalisation du droit.

³⁹⁸ DIDIER Paul, DIDIER Philippe, *Op. cit.*, p. 50.

³⁹⁹ Cependant, VOGEL Louis, RIPERT G., ROBLOT R., *Traité de droit commercial : Du droit commercial au droit économique*, écrivent le droit commercial de cette époque a conservé une place assez large aux usages, car la réglementation légale était insuffisante notamment en ce qui touche les contrats.

demandons donc si une nouvelle ère conçue pour le commerce du gros pourrait impacter le régime juridique de droit commun des contrats. Pour cela, il faut vérifier les caractéristiques de cette époque.

B) L'époque contemporaine et la genèse de l'expansion du phénomène contractuel

187. Le point historique de cette nouvelle ère est la fin de la deuxième guerre mondiale. L'ensemble des facteurs théoriques économiques et politiques constituent le contexte actuel du monde. D'un côté on note l'importance du commerce international dans le développement des pays dans la pensée des économistes comme Ricardo et Smith, et d'un autre côté se met en place la reconstruction, immédiate après-guerre, de l'Europe sous la houlette des États-Unis. Ces derniers conseillent à leurs alliés une économie libre avec les règles du jeu du marché et de la concurrence afin de contrebalancer le pouvoir de l'Union Soviétique. Ce qui les a incités à établir les organisations internationales et à élaborer les normes conventionnelles internationales garantes du respect des règles du jeu⁴⁰⁰.

188. « Les premières organisations économiques internationales ont été conçues dans le but de garantir et d'étendre les principes du néo-libéralisme dans les relations économiques internationales⁴⁰¹. Le FMI et le GATT assuraient le respect de ces règles. Les acquis de cette époque ont été maintenus par les grandes puissances jusqu'au début des années 1980⁴⁰². Cette nouvelle ère économique a été également consolidée en dehors des institutions existantes.

⁴⁰⁰ EISEMANN Pierre Michel, Le nouvel ordre économique international en tant que concept juridique, *Annuaire du Tiers Monde*, 1976, p. 103-113 ; BERMEJO Romualdo, Vers un nouvel ordre économique international, étude centrée sur les aspects juridiques, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1982, p. 33-40 ; BETTATI M., Le nouvel ordre économique international, PUF, 2^e éd., « Que sais-je ? » 1985, BEDJAOUI M., Pour un nouvel ordre économique international, Unesco, Paris, 1979.

⁴⁰¹ NEME J., NEME C., Organisations économiques internationales, PUF, Thémis, Paris, 1972 ; SABOURIN L., Organismes économiques internationaux, La documentation française, P, 1994.

⁴⁰² Les années 1980 sont considérées comme la phase de déclin de l'idéologie libérale. En effet, c'est à partir des années 1960, nous avons un nouveau phénomène qui va influencer l'ordre juridique international. L'entrée de nombreux États décolonisés sur la scène internationale bouleverse les rapports juridiques et économiques entre les États. Ces pays en voie de développement constatent qu'il y a une inégalité flagrante d'un point de vue économique entre leurs pays et les pays développés. La richesse n'est pas répartie de manière satisfaisante. Malgré leurs divergences dans leurs revendications, les pays en voie de développement ont quelques points d'accord : la protection du commerce des pays en développement et l'établissement d'une concurrence saine et libre. Ils revendiquent alors un rôle plus important au sein des institutions internationales ! Ce qui donne naissance au droit du développement. « Au cours de la décennie des années 1980, l'effort d'articulation du droit à des fondements éthiques s'est traduit par l'affirmation progressive d'un droit au développement consacré par la résolution 41/128 de l'Assemblée générale de l'ONU, adoptée le 4 décembre 1986. PELLET Alain, DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, *Op. cit.*, p. 1174-1175.

L'internationalisation des activités économiques, par la multiplication des sociétés transnationales, a indirectement forcé la plupart des États à participer à la même logique économique⁴⁰³.

189. Afin d'instaurer et consolider ce nouvel ordre économique, les États ont essayé de garantir ses caractéristiques. La liberté du commerce (a), la mondialisation du droit (b) et la privatisation (c) sont les traits dominants de notre époque qui ont entraîné l'expansion du phénomène contractuel. En conclusion, cette expansion du phénomène contractuel et l'histoire du droit montrent que le développement du commerce ne peut pas être sans conséquence sur le régime juridique du contrat. Nous devons alors vérifier l'impact de cette nouvelle ère sur le régime du contrat.

a) La liberté de commerce

190. La première caractéristique de cette nouvelle ère économique est la liberté de commerce. C'est le postulat fondamental de la théorie libérale classique, l'idée selon laquelle l'accroissement des échanges internationaux constitue un facteur essentiel de développement économique. A partir des années 1980, elle s'est progressivement imposée aux pays socialistes, y compris la Chine, et les pays en développement y sont particulièrement attachés.

La liberté du commerce a été définie par la CPJI comme « la faculté, en principe illimitée, de se livrer à toute activité commerciale, que celle-ci ait pour objet le négoce proprement dit, c'est-à-dire la vente et l'achat de marchandises, ou qu'elle s'applique à l'industrie..., qu'elle s'exerce à l'intérieur ou qu'elle s'exerce à l'extérieur par importation ou exportation »⁴⁰⁴.

Malgré les idéologies politiques divergentes des États souverains, ces derniers sont unanimes sur le fait que la liberté de commerce favorise le développement du pays. Ce qui a permis à l'Assemblée générale de l'ONU par sa résolution 35/63 d'approuver le « code » relatif à « l'ensemble des principes et des règles équitables convenues au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives », élaboré par une conférence sous les auspices de la CNUCED⁴⁰⁵. Par la suite, de nombreux textes contraignants ou de *soft law* ont

⁴⁰³ ASCENSIO Hervé, *Droit international économique*, PUF, 2^e éd., Paris, 2020.

⁴⁰⁴ CPJI, 12 décembre 1934, Série A/B n° 63, affaire *Oscar Chinn*, p. 84 ; c'est aussi le sens qu'a retenu la CIJ dans son arrêt du 12 décembre 1996, dans l'affaire *des Plates-formes pétrolières*. Nous pouvons remarquer que le principe posé par définition ressemble à celui du droit français posé par la révolution 1798.

⁴⁰⁵ Même si l'accord des pays ne couvre pas l'ensemble des questions relevant de la liberté du commerce en détail, une unanimité sur les exigences minimales montre cependant à quel point ces exigences

réaffirmé les convictions libérales de la quasi-totalité des États du monde, particulièrement en matière commerciale⁴⁰⁶. Mais cette liberté n'est qu'un principe d'art politique, qu'il appartient aux sujets du droit international de faire passer dans le droit positif soit par l'adoption de réglementations unilatérales, soit par la conclusion d'accords internationaux, qui en précisent les effets sur des principes juridiques telle la souveraineté⁴⁰⁷. Nombreuses sont les décisions unilatérales, les conventions bilatérales, les accords régionaux et les traités à vocation universelle qui affirment ce principe comme une règle contraignante⁴⁰⁸. L'exemple parfait de ce cadre juridique est le marché européen⁴⁰⁹.

b) La mondialisation du droit⁴¹⁰

191. La mondialisation⁴¹¹ désigne l'accélération des mouvements et échanges (d'êtres humains, de biens et de services, de capitaux, de technologies ou de pratiques culturelles) sur toute la planète. D'après cette définition la mondialisation concerne les différents aspects de la vie humaine. Autrement dit, elle est un phénomène multidimensionnel : mondialisation économique, sociétale, juridique, etc.⁴¹². De plus, la nature de la mondialisation commande l'attractivité des nations. Cette attractivité comprend également les différents aspects, économiques, juridiques et autres. « L'ordre économique international actuel tient sa cohérence idéologique du libéralisme qui l'inspire et qui se traduit par la mondialisation des règles juridiques qui le constituent »⁴¹³.

Tout d'abord, la mondialisation économique a favorisé le mouvement international des capitaux et des biens dans un contexte amiable et non par la force ou la guerre. Le contrat est le premier outil dont les opérateurs commerciaux se servent dans leurs relations d'affaire. La

minimales sont acceptées par la société internationale.

⁴⁰⁶ Cf. la Déclaration ministérielle adoptée en même temps que les accords de Marrakech, par laquelle « les Ministres se déclarent déterminés à résister aux pressions protectionnistes de toute nature ».

⁴⁰⁷ PELLET Alain, DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, *Op. cit.*, p. 1248.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 1248-1249.

⁴⁰⁹ DELMAS-MARTY Mireille, *Le travail à l'heure de la mondialisation*, Bayard, Montrouge, 2013, p. 52 ; L'auteur explique comment l'objectif du marché unique de l'Europe a devancé les autres objectifs de la communauté européenne.

⁴¹⁰ E. LOQUIN et C. KESSEDJIAN, *La mondialisation du droit*, Coll. « Travaux du Centre de Recherche sur le Droit des Marchés et des Investissements Internationaux (Université de Bourgogne-CNRS) », vol. 19, Paris, Litec, 2000, p. 77.

⁴¹¹ Globalisation en anglais.

⁴¹² Dujardin Roger, « La mondialisation du droit : la globalisation et la qualité de droit », in *La mondialisation du droit dans un nouvel espace de justice universel*, Paris, 2004, p. 15.

⁴¹³ PELLET Alain, DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, *Op. cit.*, p. 1178.

mondialisation du droit, engendrée par celle de l'économie, se traduit par un effacement relatif des États au profit des pouvoirs économiques privés. Les activités des entreprises transnationales sont régulées autrement : alors qu'une réglementation globale s'est, jusqu'à présent, révélée irréalisable, un ensemble de principes généraux résultant de la conjonction de la pratique conventionnelle, contractuelle et arbitrale se cristallise rapidement mais de façon encore passablement anarchique dans le domaine des investissements et du commerce »⁴¹⁴.

La mondialisation est apparue sous différents aspects. Le premier aspect a permis aux acteurs du commerce international de choisir ou élaborer les règles appropriées à leurs relations d'affaire. En effet, en matière contractuelle, ils choisissaient parmi les règles de droit nationaux celles qui leur paraissaient convenables. Ce phénomène s'appelle l'attractivité des règles de droit et il est le sujet de notre étude dans le deuxième chapitre. A défaut de règles nationales appropriées, les opérateurs n'ont pas hésité à incorporer dans leurs contrats des règles issues des milieux professionnels. Ce phénomène, appelé la *lex mercatoria*, sera également sujet de notre étude dans la deuxième partie⁴¹⁵. Dans tous les cas, que ce soit pour le choix ou l'invention d'une nouvelle règle de droit, on est en présence d'une modification du régime juridique des contrats ; soit par le mouvement des règles juridiques, soit par l'invention des règles juridiques en matière contractuelle, celles étrangères à un ordre juridique donné. Le deuxième aspect juridique de la mondialisation du droit est le transfert des outils juridiques par les opérateurs commerciaux. Comme l'écrivent MM. Jacquet et Delebecque, « dans le domaine du commerce international, les pratiques sont rapidement recueillies par le milieu dans lequel elles ont pris naissance pour être mises en mémoire et servir de modèles au comportement des contractants »⁴¹⁶. Cet aspect de la mondialisation du droit jointe à la mondialisation économique a entraîné le phénomène de l'expansion contractuelle. Un phénomène qui est affirmé par la quasi-unanimité des auteurs du droit des contrats spéciaux et qui, depuis des années, a préoccupé l'esprit des juristes civilistes afin de rationaliser le régime juridique des nouveaux contrats et de l'adapter aux théories classiques du régime juridique des contrats.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 1178-79 ; Colloques, Les échanges entre les droits, L'expérience communautaire ; une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit, ROBIN-OLIVIER Sophie, FASSUELLE Daniel (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 225 et s, on peut observer les incidences de l'échange sur le rapprochement des droit nationaux.

⁴¹⁵ LOQUIN Éric, RAVILLON Laurence, la volonté des opérateurs vecteur d'un droit mondialisé, in La mondialisation du droit, LOQUIN Éric, KESSEDJIAN Catherine (dir.), Litec, Paris, 2000, p. 117.

JACQUET Jean-Michel, DELEBECQUE Philippe, CORNELOUP Sabine, *Op. cit.*, p. 74 et s. ; MOUSSERON Jean-Marc, RAYNARD Jacques, FABRE Régis et (al.), *Op. cit.*, n° 102 et s.

c) Privatisation de l'économie

192. La privatisation survient lorsque l'État perd le contrôle direct d'une société au profit du secteur privé⁴¹⁷. Elle est l'un des piliers du nouvel ordre économique mondial. En effet, avec la démocratisation de l'économie de marché, le rôle du secteur public diminue. Cela pour deux raisons : tout d'abord l'entrée des nouveaux acteurs privés sur le marché interne et international ; ensuite, la restriction de l'entrée des entités économiques publiques sur ces marchés. De ce fait, les actions des États et des organisations internationales intergouvernementales se limitent de plus en plus à la création d'un cadre favorable aux intérêts des pouvoirs économiques privés en adoptant les normes permissives et en créant les structures institutionnelles propres à en assurer le respect nécessaire à cette fin et permettant d'en limiter les excès. Au niveau européen, ce sont les articles 102 et 106 de la TFUE qui posent l'obligation de la privatisation au sein des pays membres.

193. Ici, nous avons insisté sur le fait que la privatisation est une obligation légale pour les pays et l'une des caractéristiques du nouvel ordre mondial⁴¹⁸. Ce qui est le plus important ce sont les conséquences de la privatisation sur le régime juridique d'un contrat⁴¹⁹. Nous l'avons abordé à l'occasion de la mondialisation du droit. « La large autonomie des agents économiques privés est renforcée dans le cas des sociétés implantées sur le territoire de plusieurs États dites aussi entreprises multinationales ; les différentes filiales, jouant bien souvent sur la disparité des droits internes au mieux de leurs intérêts, obéissent à une stratégie industrielle et commerciale définie par la société mère »⁴²⁰.

Dans le cas de la France, dotée du droit public, cette privatisation a largement marqué le régime juridique des contrats publics⁴²¹. Nous avons déjà vu dans le chapitre précédent que le manque de critère essentiel pour définir le contrat public a engendré des confusions pour les

⁴¹⁷ Cf, La loi relative aux modalités d'application des privatisations, n° 86-912 du 6 août 1986 parue au JO du 7 août 1986 (abrogée) ; la loi de privatisation, n° 93-923 du 19 juillet 1993 parue au JO n° 166 du 21 juillet 1993 (abrogée) et l'Ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique (en vigueur).

⁴¹⁸ CARTIER-BRESSON Anémone, « Externalisation et contraintes communautaires », in La privatisation de l'État, ROUVILLOIS Frédéric, DEGOFF Michel (dir.), CNRS édition, Paris, 2012, p. 29-46.

⁴¹⁹ HOUILLON Grégory, Lobbying et progression du droit négocié », in La privatisation de l'État, ROUVILLOIS Frédéric, DEGOFF Michel (dir.), CNRS édition, Paris, 2012, p. 165-194.

⁴²⁰ DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, Droit international public, Dalloz, 12^e éd., Paris, 2014, p. 737.

⁴²¹ FARDET Christophe, « Le déclin de l'acte administratif unilatéral, mythe ou réalité ? », in La privatisation de l'État, ROUVILLOIS Frédéric, DEGOFF Michel (dir.), CNRS édition, Paris, 2012, p. 257-276.

juristes.

En raison de l'augmentation du nombre des acteurs privés dans l'économie mondiale, les auteurs de droit international parlent d'un nouveau phénomène et le baptisent « privatisation partielle »⁴²². Par cette dernière, les États cherchent à associer le secteur privé à leurs travaux notamment dans le cadre des organisations internationales d'encadrement de l'ordre économique international⁴²³.

Cette augmentation du nombre des acteurs privés dans la société civile internationale entraîne également la régulation des activités de secteurs entiers en ce qui concerne aussi bien l'élaboration des règles les régissant que le règlement des différends surgissant entre les acteurs⁴²⁴. Cette élaboration est réalisée par la voie de traités, multilatéraux ou bilatéraux, et de contrats d'États conclus par des entreprises privées avec des organismes publics. Les meilleurs exemples de normes ainsi créées sont les codes de conduites qu'élaborent les secteurs d'activités ou les entreprises transnationales elles-mêmes. La particularité de ces normes réside dans le fait qu'elles se rapprochent des normes de la *lex mercatoria*. Nous pouvons donc nous attendre à ce que le régime juridique d'un contrat soumis à ces règles dans le cadre d'un litige soit différent d'un régime juridique national.

194. Après cette présentation rapide du contexte historique et sociétal des règles de droit en matière contractuelle, il convient d'éclairer plusieurs points importants dans la manière dont ces règles ont évolué, en particulier les évolutions qui influencent la détermination juridique d'un contrat.

Examinons pour débiter la stagnation des règles de droit en matière contractuelle. Par stagnation, nous comprenons que les règles de droit se cristallisent. Cette stagnation est liée à une cité à l'époque romaine, aux règles du seigneur à l'époque médiévale ou aux règles étatiques à partir du code napoléonien.

⁴²² TABOURNEL Jean-Simon, *Nouvel ordre économique international et pouvoir*, Thèse, l'Université Paris II, 1986, p. 22-42 ; l'auteur explique comment l'idéologie dominante à l'époque a imposé un modèle de développement marchand qui s'élargit à l'avènement d'un marché mondial ; PELLET Alain, DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, *Op. cit.*, p. 1181.

⁴²³ GHERARI Habib, SZUREK Sandra, *l'émergence de la société civile internationale, vers la privatisation du droit international*, CEDIN Paris X, Pedone, 2003.

⁴²⁴ CABRILLAC Rémy, « Le rôle des acteurs privés ; l'échange dans les techniques contractuelles », in *Les échanges entre les droits, L'expérience communautaire ; une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit*, ROBIN-OLIVIER Sophie, FASSQUELLE Daniel (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 129-140.

Le deuxième facteur qui joue un rôle important dans l'évolution du régime juridique d'un contrat, c'est le commerce. Le commerce est caractérisé par la relation pacifique entre deux peuples différents, au contraire de la guerre et des conquêtes qui effacent les lois d'un peuple ou d'un territoire. Comme nous pouvons le constater, c'est le commerce qui est à l'origine de la formation du *jus gentium* en parallèle du jus civil.

Le troisième facteur déterminant concerne les relations d'affaires étrangères. En effet, il fallait une confrontation des règles entre deux territoires différents soumis à deux lois différentes.

En effet, à chaque fois que le commerce international prend de l'ampleur et marque son époque, qu'il soit celui des romains, celui du Moyen Âge ou l'actuel, le régime juridique d'un contrat a tendance à échapper au principe de territorialité de la loi applicable. Ceci car les commerçants essaient de soumettre leurs relations contractuelles à leur propre droit qui n'est pas forcément celui instauré par la puissance publique. Ce qui nous intrigue est le fait que dans les trois périodes précitées, les commerçants ont toujours voulu imposer leurs propres droits, en autonomie par rapport au droit étatique de leur époque. Ce comportement se justifie en raison d'un commerce international important, même avec un contexte peu favorable au commerce comme par exemple au Moyen Âge,

Le droit romain, qui ne reconnaît pas les autres populations, suite aux multiplications des échanges internationaux, reconnaît *le jus gentium*.

Et au final, à notre époque et sous l'influence de la mondialisation et du libre commerce entre les États, à côté de tous les efforts pour unifier les règles de conflit de lois, nous avons la théorie de la *lex Mercatoria* qui essaye de libérer des règles étatiques, au moins pour les contrats commerciaux internationaux.

Dans les trois époques, ce sont toujours les commerçants et le commerce qui cherchent à échapper aux législations nationales.

Certes, nous ne cherchons pas un raisonnement simpliste afin de justifier un régime juridique spécifique au contrat commercial. Un raisonnement qui consisterait à dire que seul un changement du contexte économique peut justifier un nouveau régime juridique pour le contrat. Au contraire, nous essayons au fur et à mesure où nous révélons ce changement de contexte, de voir ce qui nous obligeait auparavant et ce qui nous oblige actuellement de penser à un nouveau régime juridique pour le contrat afin d'encadrer les relations

contractuelles au sein de la société.

§2) Preuves rationnelles de la distinction de la distinction du contrat commercial du contrat civil

195. Dans ce paragraphe, nous étudierons des arguments rationnels qui justifient la nécessité de la distinction entre le contrat civil et le contrat commercial.

Considérons tout d'abord le principe logique selon lequel la préparation ou la réalisation des conditions *sine qua non* d'une chose sont indispensables pour l'existence de cette chose. En d'autres termes, afin de réaliser un objectif, il est préalablement nécessaire de préparer les outils et les conditions de la réalisation de cet objectif. Nous expliquons ce principe logique avec un exemple. Imaginons qu'on soit tenu de se rendre sur le toit d'un bâtiment. Cela n'est envisageable que si un moyen d'accès (un escalier, une échelle ou ...) vers le toit de ce bâtiment est conçu. Comme nous pouvons le constater, l'exécution d'une obligation qui nécessite la réalisation des obligations préliminaires, même si ces obligations ne sont pas mentionnées, est indéniable et indispensable.

Nous pouvons également reconnaître la traduction juridique de ce principe logique dans l'article 1194 du code civil en matière contractuelle, article dans lequel le législateur tranche les litiges concernant les obligations non exprimées.

« Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi ».

Après avoir expliqué ce principe logique, revenons sur les obligations de la France en matière commerciale et en particulier en ce qui concerne le commerce international. En effet, la France est tenue par les obligations juridiques de favoriser le commerce international (A). Cependant, elle n'a pas satisfait les conditions *sine qua non* de celles-ci (B).

A) Le commerce international : prôné par des instruments macro-juridiques

196. Plusieurs sens sont attribués aux concepts macro-juridiques et micro-juridiques⁴²⁵. Par l'expression « instruments macro-juridiques », nous visons les instruments

⁴²⁵ BARRAUD Boris, « Recherche macro-juridique et recherche micro-juridique », RRJ, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2017. L'auteur présente différente conception des termes macro juridique et micro-juridique. Par exemple par macro-juridique on entend parfois le droit supranational (international et européens), parfois, le droit objectif et parfois, les règles créées par les institutions publiques et parfois, l'ensemble des règles procédurales, dont les destinataires sont les institutions et autres organes. Au contraire, par le concept de micro-juridique, on entend parfois subjectif, parfois les règles créées par les institutions privées,

qui établissent les grandes lignes et principes d'un domaine juridique sans donner les détails de la mise en œuvre de ces principes. Par exemple, la mise en place du principe de marché libre en droit européen nécessite d'autres règles concernant les modalités. Ainsi, le principe de gratuité de service public⁴²⁶ exige l'adoption de certaines dispositions qui déterminent le domaine et le seuil de gratuité des services publics. De la même manière, en acceptant le principe de prélèvement à la source en droit fiscal, l'État doit prévoir les modalités des collectes de l'impôt par les entreprises. C'est le sens que nous donnons aux concepts macro-juridiques et micros juridiques. Par conséquent, ceux-ci peuvent être établis en droit interne et en droit international. Si nous voulons faire une analogie en droit interne et en droit international, nous pouvons dire qu'en droit interne la constitution ou les lois organiques⁴²⁷ sont des instruments macro juridiques car elles instaurent les principes directeurs de la Société. Mais ce n'est pas dans ces instruments que nous pouvons trouver le détail et les modalités de mise en œuvre de ces principes. Parmi ces instruments, nous nous intéressons aux instruments contraignants. C'est-à-dire, ceux qui créent des obligations juridiques pour les États en droit international et pour le pouvoir législatif en droit interne.

Les principes affirmés par les instruments macro-juridiques indispensables à la distinction entre contrat civil et contrat commercial sont l'expansion et la liberté du commerce international. La dénomination est variée mais le fond est unique. Favoriser le commerce international est la clé de voûte de la prospérité des nations⁴²⁸, à savoir l'obligation des États de favoriser le commerce international.

Ces instruments sont nombreux et nous ne pouvons pas les citer tous. Ils comprennent tous les traités bilatéraux et multilatéraux permettant de promouvoir des investissements étrangers ainsi que le commerce extérieur. Au plan universel, la réglementation du commerce international a été d'abord établie dans le cadre du système des Nations Unies⁴²⁹ et

parfois, des règles comportementales à destination des individus.

⁴²⁶ La gratuité du service public est l'absence de prix payé par l'utilisateur de celui-ci dont les coûts sont assumés par la collectivité au moyen de l'impôt.

⁴²⁷ Ces principes directeurs existent également dans les lois ordinaires. C'est pour cela que pour déterminer une règle macro-juridique ou micro-juridique, il est préférable de prendre en compte la nature de la règle mais pas le niveau de la supériorité de la règle.

⁴²⁸ Il est trop tôt pour remettre en cause ce principe mais la sortie de l'Angleterre de l'UE, l'élection de 2016 aux États-Unis (ces derniers sont les premiers pays qui ont mis en place le commerce international), celle du Brésil en 2018, et la montée au pouvoir des parties protectionnistes dans certains pays de l'UE pourrait nous alerter.

⁴²⁹ Nous pouvons citer le CNUDCI qui est un organe subsidiaire de l'Assemblée générale de l'ONU ainsi que la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED), à partir de 1964.

également en dehors de ce dernier⁴³¹.

Nous n'allons pas revenir sur l'importance de ce nouvel ordre économique connu de tous, nous l'avons déjà évoqué dans la partie historique. Il est important de savoir que la France a adhéré à toutes ces organisations internationales. Elle est donc tenue par cette obligation. Les tentatives de ces organisations afin de favoriser le commerce international sont remarquables mais ce n'est pas suffisant.

B) L'incomplétude des instruments micro-juridiques favorable au commerce (international)

197. On vise par les instruments micro-juridiques, tous les textes qui régissent les relations juridiques privées entre les sujets de droit sur des questions précises⁴³². Ils peuvent gouverner les relations entre les sujets de droit international public mais aussi les personnes de droit privé. Mais logiquement en raison de l'étendue des relations entre les personnes privées, les instruments privés internes sont beaucoup plus nombreux.

Les fondateurs de l'ordre économique actuel ont facilité le commerce en adoptant des règles protégeant la concurrence et la non-discrimination⁴³³. Ils ont réduit les frais de douane et adapté leur politique d'imposition. Ils ont même prévu des intuitions internationales concernant les règlements de différends⁴³⁴. Cependant ces efforts ne sont pas satisfaisants car les règles de droit en matière contractuelle ne sont pas harmonisées. Cette harmonisation est importante car elle crée la sécurité juridique pour les commerçants⁴³⁵. Sur ce sujet, l'Union

Cette institution a eu un rôle essentiel d'impulsion dans la proclamation d'un droit au développement et d'un droit du développement, qui a débouché sur la recherche d'un « nouvel ordre économique ».

⁴³⁰ Les fondateurs du système des Nations Unies ont souhaité stabiliser les échanges économiques comme ils désiraient par ailleurs le faire des relations politiques entre les États. Le lien entre le maintien de la paix et le développement harmonieux de l'économie internationale, encouragé par la coopération internationale, est au demeurant marqué dans la Charte des Nations Unies (art. premier, § 3), DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, *Op. cit.*, p. 772.

⁴³¹ L'Organisation mondiale du commerce (OMC) et l'Organisation mondiale des douanes (OMD) sont des organisations à vocation universelle que nous pouvons citer en dehors du système de l'ONU.

⁴³² Il est nécessaire de rappeler que les personnes privées (sociétés commerciales) notamment sont directement sujettes au droit international économique. En plus, elles participent pour une large part à l'élaboration de ses règles ; VELLAS Pierre, *Aspects du droit international économique*, Pedone, Paris, 1990, p. 32-33.

⁴³³ Ce principe est garanti en particulier à travers la clause de la notion la plus favorisée.

⁴³⁴ ASCENSIO Hervé, *Op. cit.*, p. 107 et s. ; CARREAU Dominique, JULLARD Patrick, *Droit international économique*, Dalloz, Paris, 2103, 5^e éd., p. 63 et s.

⁴³⁵ Les transactions économiques internationales portant sur les marchandises, les capitaux, la technologie et les services (banques, transports, assurances, communications) sont très largement le fait d'acteurs

Européenne tente régulièrement de rapprocher les différentes législations nationales en matière contractuelle.

198. L'étude de la législation française montre que cet objectif en matière contractuelle commerciale n'est pas atteint. Les seuls livres du code de commerce qui encadrent le régime juridique de certaines notions en matière contractuelle, sont les livres 2 et 3 du code de commerce. Le premier encadre un certain type de vente et surtout le contrat de distribution et des clauses d'exclusivité. Le deuxième encadre la détermination du prix dans les contrats commerciaux. Nous verrons en détail le régime juridique de la détermination du prix dans le code de commerce et celui dans le code civil après la réforme.

Il existe également des dispositions sur l'achat et la vente des actions dans le code monétaire et financier. Ce domaine est particulièrement intéressant dans notre thèse car il s'agit du domaine du commerce dans le sens strict du terme et dans le sens utilisé dans notre théorie commerciale, à savoir acheter et revendre une chose dans le seul but de maximiser le profit.

Si la France, par la voie d'adhésion aux conventions internationales ou par l'intégration dans la constitution, a accepté des principes macro-juridiques comme la mondialisation et le commerce libre, elle doit donc logiquement adopter la législation relative à une telle mesure.

Evidemment les résultats issus de cette analyse n'ont pas force obligatoire pour les juges et les juristes sauf s'ils démontrent au législateur l'intérêt de la distinction entre le contrat commercial et non commercial et les règles qui les régissent. Autrement dit, selon un argument inductif basé sur les données historiques doit-on, dans le contexte actuel, élaborer des règles spécifiques au contrat commercial ?

199. Au-delà de cet argument théorique, il y a un argument pratique en faveur de la conception des instruments micro-juridiques adaptés aux contrats commerciaux. Nous le verrons en détail plus tard⁴³⁶. Mais il est nécessaire d'évoquer brièvement cet argument. Il consiste à soutenir la distinction entre contrat commercial et contrat civil afin de promouvoir

privés agissant directement par voie de contrats soumis au droit privé ou plus exactement, aux droits privés établis dans le cadre national par chacun des États dont ces personnes relèvent. DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, *Op. cit.*, p. 769.

⁴³⁶ Le chapitre VII de cette thèse est consacré entièrement à l'étude de l'impact de la distinction entre le contrat civil et le contrat commercial sur l'attractivité du droit français des contrats.

l'attractivité du droit français des contrats. Il part d'un fait réel qui est la concurrence entre les règles de droit nationales des différents pays en matière contractuelle. Si la France ne veut pas prendre du retard par rapport aux autres États dans l'attraction des investissements étrangers sur le commerce international et garder ainsi son attraction législative comme un exemple parmi les acteurs du commerce international, elle a intérêt à modifier sa législation et à envisager de nouvelles lois en matière de contrats commerciaux.

Alors, si on suppose que nous avons besoin d'instruments micro-juridiques appropriés au contrat commercial, la question est de savoir quel doit être le contenu des instruments micro-juridiques qui favorisent le contrat commercial, ou quel doit être le fondement de ces règles micro-juridiques pour qu'elles soient acceptées par tous les systèmes juridiques.

Nous verrons la réponse à cette question dans le paragraphe suivant qui est en même temps l'un des fondements de la distinction entre contrat commercial et contrat civil.

§3) L'analyse économique du droit favorable à un contrat commercial autonome/ La confirmation de la distinction du contrat civil du contrat commercial à l'épreuve de l'analyse économique du droit

200. L'analyse économique du droit est une branche de la science économique qui étudie les règles juridiques qui encadrent les interactions individuelles dans la société ainsi que leurs conséquences de point de vue de l'économie⁴³⁷. Elle étudie également le comportement des individus participants à des activités en relation avec le droit, comme les juges, les législateurs, les avocats, les victimes de préjudices, les parties aux contrats ou les propriétaires⁴³⁸. Dans cette branche du droit, l'analyste utilise les outils mathématiques de cette science exacte qu'est l'économie. Il utilise, également, les critères de jugement des économistes à savoir l'efficacité, pour mesurer les conséquences des règles juridiques. Autrement dit, il s'agit d'analyser la manière dont les agents économiques appréhendent l'environnement juridique, afin de comprendre l'émergence des règles de droit et d'évaluer leur pertinence. Il ne faut néanmoins pas faire l'amalgame entre l'analyse économique du droit et le droit économique qui, lui, a pour objet l'étude de la réglementation ou de la législation en matière économique⁴³⁹, par exemple en ce qui concerne la fiscalité, la

⁴³⁷ GABUTHY Yannick, « Analyse économique du droit : présentation générale, La Documentation française », *Economie & prévision*, 2013/1, n° 202-203, p. I-VIII.

⁴³⁸ DEFFAINS Bruno, « DROIT - Économie du droit », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 15 avril 2019. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/droit-economie-du-droit/>.

⁴³⁹ LEMENNICIER Bertrand, *Op. cit.*, p. 5.

concurrence, la finance publique etc.⁴⁴⁰.

201. L'analyse économique du droit a ses origines aux États-Unis. En Europe continentale, c'est dans les pays de langue allemande que le mouvement semble avoir été reçu le premier. Mais l'adoption d'une telle analyse du droit reste une position isolée parmi les juristes francophones. La première caractéristique de l'économie du droit est sa discrétion en France, notamment au sein des cursus juridiques, même si, depuis la fin des années 90, des initiatives tendant au décloisonnement doivent être soulignées⁴⁴¹.

Les réformes juridiques de ces dernières années montrent que la France n'est pas étrangère à cette branche de la science et qu'elle est même fortement influencée par les considérations relevant de l'analyse économique. Ainsi les réformes en matière contractuelle, de droit des sûretés, de droit du travail, etc., prouvent le rôle important des études de l'économie du droit⁴⁴².

202. Après avoir défini l'analyse économique du droit, il convient d'expliquer son fonctionnement. Cela nous permet d'appréhender l'impact de cette branche sur les règles de droit en matière contractuelle et de voir comment elle peut justifier la distinction entre le contrat civil et le contrat commercial. Nous pouvons citer trois fonctions pour l'analyse économique du droit.

Première fonction : l'analyse des effets de la règle juridique

Le but est de déterminer les principaux effets d'un changement de règle (modification, suppression, ajout) et par conséquent, déterminer l'effet de chaque règle avant et sans le changement. Ce niveau **sensibilise** le juriste à l'effet de chaque règle et au fondement qui a

⁴⁴⁰ Expliquer le comportement des individus participants à des activités en relation avec le droit, comme les juges, les législateurs, les avocats, les victimes de préjudices, les parties aux contrats, les propriétaires ou encore les inventeurs et les pollueurs. Le cadre d'analyse micro-économique permet d'étudier les changements de comportements résultant de l'application des règles de droit.

⁴⁴¹ Cf. FEREY Samuel, DEFFAINS Bruno, *Analyse économique du droit et théorie du droit : perspectives méthodologiques*, L'Université Nancy 2, Nancy, 2010, p. 11-36 ; FEREY Samuel, *Une histoire de l'analyse économique du droit ; calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruylant, Bruxelles, 2008, p. 3-22 ; KIRAT Thierry, *Economie du droit*, La Découverte, Paris, 2012, p. 34-45.

⁴⁴² ROUVIERE Frédéric, « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », *RDC*, 2016, n° 03, p. 600 ; BEZERT Adrien, « L'analyse économique du droit au secours du droit des sûretés et du droit des procédures collectives », *D*, 2014, p. 289 ; DUPICHOT Philippe, « L'efficacité économique du droit des sûretés réelles », *LPA*, Lextenso, 2010, n° 76, p. 3 ; p. 7 ; BARTHELEMY Jacques, CETTE Gilbert, « Réforme du droit social et efficacité économique », *Revue française d'économie*, Vol. 23, n° 2, 2008, p. 57-88 ; FRETTEL Anne, « Éditorial. La réforme du droit du travail : le nouvel impératif économique », *Revue Française de Socio-Économie*, Vol. 16, n° 1, 2016, p. 5-18.

abouti à la mise en place de cette règle dans la société. Prenons un exemple en matière contractuelle : après la réforme de 2016, la réticence dolosive s'est ajoutée à la liste des facteurs qui permettent d'obtenir l'annulation du contrat pour la partie lésée. Jusqu'aux années soixante-dix, la jurisprudence ne permettait pas l'annulation du contrat pour une telle raison. Par le biais de l'analyse économique du droit, le juriste s'intéresse à la question de savoir si ce changement de loi va effectivement satisfaire le sentiment de justice sociale qui justifie l'adoption de cette règle ⁴⁴³ ou, au contraire, si ce changement a des effets néfastes sur l'économie (obtention abusive de la nullité des contrats et décroissance économique) ou sur la société (incitations des parties à être plus déloyales dans leurs relations contractuelles si le dol n'est pas sanctionné)⁴⁴⁴. Ce niveau d'analyse montre parfois que les nouvelles lois ne parviennent pas à l'effet souhaité par ses promoteurs.

Deuxième fonction : l'analyse du fondement de la règle juridique.

À un deuxième niveau, l'analyse économique du droit cherche à mettre en lumière le fondement des règles, peu importe l'ordre juridique dans lequel on se situe. Autrement dit, elle explique pourquoi les lois que l'on observe sont ce qu'elles sont. Par ce niveau d'analyse, le juriste cherche à avoir une idée plus générale de la raison de l'existence d'une loi ou de son fondement. En effet, cette étape de l'analyse est la suite logique de la précédente étape. Autrement dit, le juriste cherche à étudier si les effets produits par une loi répondent aux objectifs recherchés par le législateur. Dans ce type d'analyse comme dans toute analyse conséquentialiste⁴⁴⁵, les règles sont jugées par leurs effets.

Nous pouvons tout de suite observer que cette démarche n'est pas nouvelle. Dans ses travaux, l'historien de droit réfléchit également aux raisons prévalant à l'édiction d'une règle. Mais la synthèse globale des fondements de l'adoption des règles provient de l'analyse

⁴⁴³ Sachant qu'il n'a pas de fondement historique, c'est-à-dire que ce n'est pas une règle précédemment historique. Les seuls éléments permettant l'obtention de la nullité du contrat sont les vices du consentement dans l'Antiquité.

⁴⁴⁴ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane, *Analyse économique de droit*, Dalloz, 3^e éd., Paris, 2021, p. 592.

⁴⁴⁵ Dans l'approche conséquentialiste, le jugement de la moralité d'une action se fait en fonction des conséquences de cette action (mentir pourrait être justifié par le fait de ne pas inquiéter une personne). Cette approche est à l'opposé de l'approche déontologiste selon laquelle le jugement de la moralité d'une action se fait en fonction de devoirs, d'obligations ou d'interdits moraux. Les obligations morales ont une valeur absolue (il ne faut pas mentir, aucun fait ne justifie le fait de mentir). KIRAT Thierry, *Le pragmatisme de Richard Posner : un regard critique*, 2005, Texte de la communication à la journée d'étude *Les philosophes pragmatistes et les économistes : quelles proximités ?*, IDHE-ENS de Cachan, 11 avril 2005 ; Sur le conséquentialisme en morale et en droit, voir *Archives de philosophie du droit*, T. 4, 2004, p. 273-368.

économique du droit. Ce niveau d'analyse nous aide à la fois à expliquer la distinction entre le fondement des règles du contrat commercial et celui des règles du contrat civil et à vérifier la cohérence des fondements aux règles contractuelles inscrites dans le code civil suite à la réforme, ainsi que dans le code du commerce.

203. Une fois l'analyse du fondement à une règle juridique opérée, nous pouvons vérifier si l'ensemble des règles, en l'occurrence dans notre thèse en matière contractuelle, ont une cohérence, une logique et peuvent garantir les objectifs recherchés par le législateur⁴⁴⁶. Le résultat des deux premiers niveaux de l'analyse nous emmène au dernier niveau.

La troisième fonction d'analyse, normative, se prononce sur les règles en place en comparaison avec celles qu'on pourrait adopter. Il s'agit là d'une mission qu'a toujours assumée la doctrine dans les pays civilistes. Dans le cadre de l'analyse économique, il s'agit de déterminer les effets de la règle et de porter un jugement. De manière plus pointue, il s'agit de déterminer quelle serait la règle la plus efficace, et de la comparer à la règle existante ou envisagée⁴⁴⁷.

Les travaux récents sur l'analyse économique du droit ont apporté un éclairage dans plusieurs domaines du droit privé : la responsabilité civile, le contrat, le droit public. Nous nous focaliserons sur l'analyse économique appliquée au contrat, en examinant l'état des recherches actuelles dans ce domaine (A), ensuite, nous analyserons les résultats de l'analyse économique du droit justifiant une distinction entre contrat commercial et contrat civil (B). Enfin, nous déterminerons l'impact de cette branche dans la réforme du droit des contrats français en nous interrogeant sur la compatibilité de ces derniers avec l'esprit du droit français (C).

A) Aperçu du contrat dans l'analyse économique du droit

204. Nous essaierons ici de mettre le lecteur dans la peau d'un analyste économique du droit et la façon dont celui-ci étudie le contrat⁴⁴⁸. La relation entre le contrat et l'économie a été définie ainsi : « *le contrat est la partie du Droit avec laquelle l'économiste a le plus d'affinités. En effet, le cœur du contrat est l'échange volontaire de promesses et l'échange*

⁴⁴⁶ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane, *Op. cit.*, p. 593-594.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 595.

⁴⁴⁸ BROUSSEAU Eric, GLACHANT Jean-Michel, « Introduction : Économie des contrats et renouvellements de l'analyse économique », *Revue d'économie industrielle*, Vol. 92, 2^e et 3^e trimestres 2000, p. 23-50.

volontaire est le plat principal de l'économiste. A quoi sert l'échange ? A permettre aux individus composant la société d'atteindre les fins privées qu'ils se sont fixés en coopérant avec d'autres individus pour saisir les gains de la division du travail et de la complémentarité »⁴⁴⁹. Par conséquent, c'est le contrat qui fonde le marché. L'échange volontaire (ou le marché) est une procédure de coordination des plans individuels à la base de l'ordre social. Dans le vocabulaire des économistes, le contrat a permis de déplacer des ressources vers des usages mieux valorisés.

Le point important qui distingue l'analyse économique du droit avec l'approche juridique classique est le rôle des parties dans leurs droits contractuels. Classiquement, le droit des contrats est le droit que l'État garantit pour les cocontractants dans leurs relations contractuelles grâce à des règles supplétives ou impératives. Le degré de contrainte de ces règles est déterminé par le droit étatique qui décide de leur nature, et les parties doivent s'y conformer. Alors que dans l'analyse économique du droit, les parties ont un rôle très important dans la formation des droits et des obligations. Elles sont les premières responsables de leurs actes et leurs comportements. Le gain ou le déficit d'une relation contractuelle est le résultat de la négociation et des décisions prises par les cocontractants. Le droit n'a pas pour but de s'immiscer dans les relations contractuelles ni de garantir un bénéfice pour les deux seules parties mais au contraire de rendre juste le contexte de la formation et de l'exécution du contrat pour garantir l'asymétrie des informations, éviter le monopole sur un marché, etc. Cela pour une raison essentielle : si le droit cherche à rendre juste le bénéfice des parties par une intervention ultérieure dans leurs relations contractuelles ou s'il persuade les parties à contracter, de toute façon le libre jeu du marché en est faussé.

Du point de vue de l'économie, le but du contrat est de réaliser un gain réciproque pour les deux parties, un résultat gagnant-gagnant⁴⁵⁰. D'après cette approche, le droit des contrats doit permettre aux gens, si et seulement si la négociation ne le permet pas, d'obtenir ce qu'ils désirent. Pour atteindre ce but, l'économie du marché libre préconise, comme nous l'avons vu dans le paragraphe précédent, de laisser les acteurs libres de conclure les contrats qu'ils souhaitent. Il s'agit du principe de l'autonomie de la volonté⁴⁵¹ et des autres principes qui découlent de celui-ci. Avec l'évolution du contrat au cours du dernier siècle, ce principe a

⁴⁴⁹ LEMENNICIER Bertrand, *Op. cit.*, p. 68

⁴⁵⁰ BROUSSEAU Eric, GLACHANT Jean-Michel. *Op. cit.*, p. 23-50.

⁴⁵¹ Le principe de l'autonomie de la volonté, chez l'analyste économique de droit, est plus relevé qu'un juriste classique. Elle consiste à prioriser la volonté des parties sur les règles étatiques.

incliné en faveur d'autres principes comme la loyauté contractuelle ou la sécurité juridique. Malgré cette inclinaison, pour l'analyste économique du droit, l'objectif du droit des contrats reste toujours le même : permettre la réalisation d'échanges économiquement viables. Cependant la réalisation de cet objectif a ses contraintes car le contexte de la formation d'un contrat ou sa période d'exécution sont marqués par des événements imprévisibles, une incertitude ou des situations complexes. Ces facteurs peuvent inciter les gens à ne pas contracter, ou contracter avec des cocontractants sélectionnés ou ayant une réputation de fiabilité. Par conséquent, les contrats non conclus avec les tiers représentent un coût d'opportunité, c'est à dire l'équivalent d'un gain accessible mais non réalisé. L'un des objectifs du droit des contrats reste donc celui de garantir l'extension du cercle des personnes avec qui l'on peut contracter⁴⁵².

Malgré la place importante que l'analyse économique du droit accorde aux parties dans l'élaboration du droit des contrats, certaines réalités exigent l'intervention correctrice du droit étatique afin de garantir l'atteinte de l'objectif principal du droit des contrats. Les écoles de l'analyse économique du droit ont trouvé différentes limites intrinsèques au marché qui constituent une entrave à une relation contractuelle optimale. Ces limites ou contraintes sont constituées par l'asymétrie des informations, le pouvoir des marchés, la capacité intellectuelle et la rationalité limitée des cocontractants.

205. L'objectif de l'analyste du droit en matière contractuelle est tout d'abord de garantir la liberté des parties dans le choix du contenu de leur contrat. L'autonomie de la volonté est la traduction juridique de cette idée, confirmée par la réforme du droit des contrats en 2016 en France et affirmée par la doctrine⁴⁵³. Cette garantie est traduite par la mise en exergue des périls de l'ingérence étatique dans le droit des contrats. Cependant si l'intervention de l'État dans la confection des règles est nécessaire⁴⁵⁴, elle doit poursuivre un objectif économique. Il s'agit de prévoir des règles en matière d'inexécution du contrat, de force majeure, d'imprévision, de formation du contrat, etc. qui incitent les individus à contracter dans les meilleures conditions. Autrement dit, à chaque fois que les règles étatiques rendent difficile la conclusion du contrat ou entraînent la conclusion du contrat à des

⁴⁵² D'ailleurs cet objectif reste l'objectif principal de l'UE.

⁴⁵³ TERRÉ François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE Yves et (al), *Droit civil : les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2019, p. 33-35.

⁴⁵⁴ L'inclinaison du principe de l'autonomie de volonté a montré la nécessité de l'intervention étatique. Sur ce point, cf., TERRÉ François, SIMLER, Philippe, LEQUETTE Yves et (al), *Op. cit.*, p. 48-55.

conditions moins avantageuses que certaines parties l'auraient souhaité, l'État doit s'abstenir d'intervenir.

206. L'économie du droit est une matière récente mais qui a connu plusieurs⁴⁵⁵ courants de pensées. Nous allons présenter les courants les plus importants, en tout cas ceux qui ont eu le plus d'influence en droit des contrats. Nous utiliserons les résultats les plus importants des études de différentes écoles de l'analyse économique du droit, pour justifier notre théorie.

207. Le premier et le plus ancien courant de pensée économique à s'intéresser au droit est l'école autrichienne. En tête de cette tradition, A. Hayek⁴⁵⁶ a toujours soutenu l'existence d'une liaison incontestable entre les phénomènes économiques et juridiques⁴⁵⁷. Au plan juridique, cette théorie de l'école autrichienne s'est opposée au positivisme juridique kelsénien. La doctrine positiviste soutient l'existence d'un droit s'il est établi par un acte de volonté. Mais Hayek, au contraire, utilise le concept d'ordre spontané comme outil de critique du droit positif, au nom d'un droit plus fondamental, sélectionné par la tradition et l'évolution. Pour lui, le droit existe et se forme en dehors de toute intervention étatique⁴⁵⁸. Ce courant de pensée est fort semblable à la *lex mercatoria* présenté par M. Goldman. Pour ce dernier, les contrats commerciaux internationaux sont soumis à des usages et des pratiques fréquemment adoptées par les commerçants. Il estime qu'il y a un droit propre aux commerçants dans leurs relations d'affaires internationales. D'après cette idée, issue d'une théorie antipositiviste, nous pouvons par imitation, chercher à établir des règles spécifiques aux contrats commerciaux nationaux, issues des usages et pratiques entre les commerçants. En effet, le raisonnement sous-tendant cette prétention repose sur l'idée que les usages commerciaux forment un droit distinct du droit étatique dans les relations contractuelles, ce qui pourrait d'ailleurs également

⁴⁵⁵ L'analyse économique du droit a connu au total quatre courants de pensée mais il en trois qui se sont intéressés au contrat.

⁴⁵⁶ Friedrich August von Hayek né le 8 mai 1899 à Vienne, a fait des études de droit et de sciences politiques à l'université de Vienne. Il a étudié également la psychologie et l'économie. Prix Nobel d'économie en 1974. Un des grands maîtres de la philosophie sociale et politique du XXe siècle. Philippe NEMO, « HAYEK FRIEDRICH AUGUST VON - (1899-1992) », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 22 septembre 2019. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/friedrich-august-von-hayek/>

⁴⁵⁷ Pour connaître la théorie de Hayek cf. NEMO Philippe, *La Société de droit selon F. A. Hayek*, PUF, Paris, 1988.

⁴⁵⁸ FERREY Samuel, DEFFAINS Bruno, *Op. cit.*, p. 8-10. Nous pouvons résumer l'idée de Hayek ainsi : Le droit, au sens de règle de conduite, a existé dès les débuts de la société. Ensuite il y a eu la législation. Le droit est donc antérieur à la législation et aucune société ne pourrait exister sans droit, c'est-à-dire sans règle commune partagée. Si le droit est antérieur à la législation, alors celle-ci ne peut pas partir de rien. Elle doit tenir compte du cadre de droit existant auparavant. Elle ne peut donc pas bâtir une société *ex nihilo*.

être justifié et vérifié par la sociologie du droit.

Cette question des usages commerciaux rappelle celle des sources du droit en droit commercial et en droit civil. Nous avons déjà étudié cette question à l'occasion de l'autonomie des sources du droit des contrats commerciaux dans le deuxième chapitre. Avant toute chose, il est utile de vérifier s'il existe une différence entre les sources du droit dans ces domaines. L'article 1194⁴⁵⁹ du Code civil reconnaît l'usage comme une source du droit des contrats. D'après la théorie générale du droit des contrats, il est applicable aux contrats commerciaux et civils sans distinction. Cependant, cet article ne tranche pas la question de l'ordre de priorité entre les différentes sources du droit des contrats. Autrement dit, en cas de divergence entre les solutions avancées par l'usage et le droit positif par rapport à un problème contractuel, nous ignorons laquelle retenir. Afin de trouver la réponse à cette question, il convient de se référer à l'article 6 du Code civil et au rapport du président de la république sur la réforme de 2016 du droit des contrats. L'étude de l'ensemble de ces dispositions donne la priorité à la volonté des parties en cas de divergence entre les règles issues du principe d'autonomie de volonté et le droit positif⁴⁶⁰. Mais nous ne pouvons pas trouver une disposition qui tranche explicitement le problème de la hiérarchie des sources de droit en matière contractuelle. Si on considère que les usages commerciaux reflètent les volontés des personnes, alors il faut accepter la supériorité des usages. Au contraire, si on considère que les dispositions légales en matière contractuelle reflètent davantage les volontés des parties, il faut alors accepter la supériorité du droit positif. Si nous suivons les études de l'analyse économique du droit pour déterminer l'ordre des sources de droit en droit des contrats, il faut privilégier l'usage en cas de divergence entre ce dernier et le droit positif.

208. Un deuxième courant de pensée est représenté par l'école de Chicago : c'est l'un des courants le plus connu et le plus important en analyse économique du droit⁴⁶¹. Coase⁴⁶²,

⁴⁵⁹ Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi.

⁴⁶⁰ Le rapport du Président de la République indique que l'ordonnance, conformément à la « tradition du code civil », « n'affirme pas expressément dans un article spécifique le caractère supplétif de volonté de ses dispositions », mais est bien « supplétive de volonté sauf disposition contraire », « sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné ».

⁴⁶¹ FERREY Samuel, DEFFAINS Bruno, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁶² Le professeur Ronald H. COASE, est un économiste britannique. Ses études à la London School of Economics le conduisent au Doctorat d'Économie en 1951. Après avoir enseigné en Grande Bretagne de 1932 à 1951, il s'installe définitivement aux États-Unis, professant successivement aux universités de Buffalo et de Virginie. Il rejoint enfin le département de droit de l'Université de Chicago en 1964. La même année, il devient rédacteur en chef de la revue *Journal of Law and Economics*, revue académique étudiant les rapports entre droit

considéré comme le fondateur de cette école montre, dans son article sur le coût social paru au sein du *Journal of law and Economics*, qu'en présence de coût de transaction, les règles de droit jouent un rôle fondamental dans l'allocation des ressources⁴⁶³. Autrement dit, les règles de droit influencent le choix des individus dans leurs relations.

Le postulat de l'école de Chicago est différent de celui de l'école autrichienne. En effet, pour elle, l'utilitarisme est le moteur qui génère les activités des individus dans la société. Ce courant a démontré que l'on peut prédire les comportements des gens par rapport aux règles du droit. Autrement dit, il s'intéresse particulièrement aux effets incitatifs des règles juridiques⁴⁶⁴.

C'est d'ailleurs cette école qui montre que les personnes juridiques agissent rationnellement lorsqu'elles ont affaire au droit tout comme elles agissent rationnellement lorsqu'elles font des échanges. Elles sont même prêtes à transgresser les règles du droit, sans scrupule par rapport à leur statut de normes juridiques. Elles les respectent lorsqu'il y a un intérêt à les respecter, mais si elles n'y trouvent aucun intérêt, elles les violent⁴⁶⁵. Par exemple, dans une relation contractuelle, une partie qui refuse l'exécution du contrat pourrait le faire dans le but de servir son intérêt.

De ce fait, le législateur doit prendre en compte cette spécificité et donc mettre en place des lois qui garantissent l'intérêt des deux parties en assurant le gain voulu pour chaque partie⁴⁶⁶. L'utilitarisme n'est pas le seul générateur des relations contractuelles. Entre deux commerçants, il est tout à fait normal que les deux parties cherchent à maximiser les profits et

et économie.

⁴⁶³ KIRAT Thierry, *Economie du droit*, p. 44.

⁴⁶⁴ PERDRIOLLE Sylvie, « L'approche économique de la décision de justice du juge Richard A. Posner ». Ce document a été établi d'après l'intervention de Samuel Ferey lors du séminaire l'acte de juger : débats contemporains, organisé par Institut des Hautes Etudes Juridiques sur la Justice (IHEJ), en ligne : <https://ihej.org/seminaires/acte-de-juger-2016/lapproche-economique-de-la-decision-de-justice-du-juge-richard-a-posner/>.

⁴⁶⁵ FERREY Samuel, *Une histoire de l'analyse économique du droit ; calcul rationnel et interprétation du droit*, p. 244-246.

⁴⁶⁶ Afin d'illustrer cette hypothèse, nous citons l'exemple de la vente des billets d'avion aux États-Unis. Les compagnies aériennes dans ce pays s'est très vite rendu compte que beaucoup de sièges restaient vides. Elles ont alors commencé à vendre plus de billets que la capacité réelle de l'avion. Sachant qu'elles prévoyaient le risque de manque de place dans le cas où tous les passagers se présentent au bord de l'avion. La solution des compagnies dans telle situation est de réparer les préjudices des passagers qui ont acheté le billet mais qui ne trouvent pas de place. Cette solution est rentable pour les compagnies dans la mesure où elles évitent la perte liée aux places vides. Elle est également satisfaisante pour les passagers car ils sont entièrement dédommagés. MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane, *Op. cit.*, p. 435.

à agir d'après une éthique utilitariste, cependant ce constat n'est pas valable dans la relation entre un consommateur et un professionnel.

D'une manière générale, le système du droit civil, au contraire de celui du *Common Law*, considère cette approche comme incorrecte. Pour le premier, les rapports humains ne se résument pas à une approche exclusivement utilitariste⁴⁶⁷. C'est cette idée que nous soutenons pour distinguer les régimes juridiques des contrats civils et commerciaux. Dans le contrat purement commercial, c'est l'utilitarisme financier qui est dominant, et dans les contrats de consommation, c'est plutôt l'approche non utilitariste. De ce fait, il n'est pas judicieux de traiter le régime juridique de ces deux relations selon le même régime juridique.

De plus, après la réforme de droit des contrats, le législateur utilise ce fondement pour réécrire le régime juridique de la sanction de l'inexécution du contrat. Nous pouvons clairement observer le fondement utilitariste dans l'article 1221 du code civil où le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, poursuivre l'exécution en nature de sa dette sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier. Nous verrons en détail d'autres exemples de ce fondement dans le nouveau droit des contrats après la réforme.

209. Le troisième courant de pensée ayant affecté le régime juridique des contrats est celui des contrats incomplets ou imparfaits⁴⁶⁸. Cette école a mis en évidence le fait que la recherche de la maximisation du profit dans un marché libre ou la réduction des coûts liés au contrat représentent seulement des hypothèses théoriques⁴⁶⁹. Ce courant de pensée énonce que le marché libre et l'autonomie de la volonté ne permettent pas de réaliser l'objectif recherché par l'analyse économique du droit. Car, d'un côté, entre les parties, tous les contractants ne possèdent pas les mêmes renseignements et de l'autre côté, certains peuvent être en asymétrie d'information par rapport à d'autres en ce sens qu'ils ne disposent pas d'une information pertinente. De ce fait, ils ne peuvent pas réellement optimiser leurs bénéfices car, s'ils avaient

⁴⁶⁷ La réponse à cette critique a été formulée par la fameuse posture de Friedman concernant l'irréalisme des hypothèses. Une hypothèse n'a pas besoin d'être vérifiée pour être pertinente dans le travail scientifique, seul compte le fait qu'elle permette de produire des résultats.

⁴⁶⁸ HART Oliver, est un économiste américain d'origine britannique, considéré comme le père fondateur de cette école. Il a reçu le prix Nobel d'économie en 2016.

⁴⁶⁹ En effet, le courant de pensée utilitariste est basé sur la théorie microéconomique néoclassique, qui appartient à la famille des sciences hypothético-déductives. Il commence par formuler une série d'hypothèses tant sur le fonctionnement des marchés que sur le comportement des agents économiques. STROWEL Alain, « À la recherche de l'intérêt en économie. De l'utilitarisme à la science économique néo-classique », *Droit et intérêt*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 1990, Vol. 1, p. 37-87.

eu une parfaite information, ils auraient contracté différemment⁴⁷⁰. De la même manière, en cas de litige, il y aurait une asymétrie d'informations entre les parties d'un côté et le juge de l'autre. C'est pour ça que celui-ci ne peut pas rendre une justice parfaite. Autrement dit, la justice parfaite est un mythe⁴⁷¹.

L'enseignement de cette école peut justifier les règles étatiques afin de protéger le consommateur. Car ce dernier est toujours dans une asymétrie de l'information vis à vis du professionnel. D'autres principes résultent de cet enseignement, en particulier l'égalité de deux contractants, commerçants ou professionnels. Il n'est en aucun cas judicieux de privilégier l'un au l'autre, qu'il s'agisse de l'interprétation du contrat ou du régime du contrat.

Certes, dans une relation contractuelle, l'asymétrie d'information n'est pas répartie de manière égale entre les parties. Mais l'asymétrie des informations entre un consommateur et un professionnel n'est pas comparable à celle existant entre professionnels. De la même manière que l'asymétrie des informations entre les commerçants est présumée égale vis-à-vis des consommateurs⁴⁷².

210. Il reste le dernier point qui mérite d'être traité. Il s'agit de l'objectif poursuivi par le droit des contrats selon l'analyse économique du droit. En d'autres termes, il s'agit de rechercher le rôle de l'économie dans le droit des contrats. Pour répondre à cette question il faut partir du postulat de l'économie s'agissant du contrat : l'économie de marché libre est fondée sur l'échange. Le contrat est la traduction juridique de l'échange. Plus il y a d'échanges, plus il y a de croissance. Pour qu'il y ait un échange viable, les deux parties doivent obtenir ce qu'elles souhaitent. Dans cette perspective, pour l'analyste économique du droit, l'objectif du droit des contrats est de permettre la réalisation de tous les échanges, viables au sens économique. Cependant, il est nécessaire de garder à l'esprit que la formation et l'exécution d'un contrat relèvent de différents aléas. A chaque moment il y a une partie qui peut se retirer du contrat (l'inexécution) ou l'exécution du contrat devient impossible (les imprévisibilités). Ces facteurs peuvent inciter les gens à ne pas contracter ou à contracter avec des cocontractants sélectionnés ou encore qui ont une réputation de fiabilité. Par conséquent,

⁴⁷⁰ CAMILLE Chaserant, « Les fondements incomplets de l'incomplétude. Une revue critique de la théorie des contrats incomplets », *Actualité Economique*, Ecole des Hautes Etudes Commerciales, 2007, 83 (2), p. 227-253.

⁴⁷¹ FERREY Samuel, DEFFAINS Bruno, *Analyse économique du droit et théorie du droit : perspectives méthodologiques*, p. 14-16.

⁴⁷² Sur ce point cf. *infra* n° 373 et s.

les contrats non conclus avec les tiers représentent un coût d'opportunité. Ce coût est l'équivalent d'un gain accessible mais non réalisé. Alors l'un des objectifs du droit des contrats consiste à garantir l'extension du cercle des personnes avec qui l'on peut contracter.

211. D'après les économistes, l'objectif principal du droit des contrats est de minimiser les coûts de transaction associés au contrat, c'est-à-dire le coût global des accidents de parcours dans le contrat. Celui-ci est la somme de trois types de coût, celui de la formulation du contrat par les parties, seules et en négociation, celui de la formulation des règles contractuelles par des tiers, en particulier l'autorité publique, mais aussi des organismes privés ou semi-publics ; celui, enfin, des accidents de parcours résiduels, qui n'ont pu être évités et doivent être assumés »⁴⁷³. Par conséquent, les économistes conseillent aux législateurs dans leurs législations et aux juges dans leurs décisions de prendre en compte un principe général. Celui selon lequel une règle se justifie si **elle réduit le coût du contrat en dessous de ce que les parties elles-mêmes auraient pu atteindre**. Nous sommes alors en présence d'un nouveau fondement pour les règles juridiques, différent de celui du droit classique surtout dans le système continental. Ce nouveau principe, qui invite le législateur à garantir le nombre le plus élevé possible de transactions viables et à inciter les gens à contracter, est celui qu'un commerçant pratiquait depuis toujours.

Les finalités brièvement mentionnées ci-dessus sont la façon selon laquelle le contrat est analysé jusqu'à aujourd'hui. Et à partir de là nous allons entrer dans une nouvelle phase d'analyse économique du contrat concernant l'application des idées générales de l'analyse économique du droit (réduction des coûts, utilitarisme, asymétrie d'information) en matière contractuelle. Nous allons étudier l'application de ces idées sur certaines questions donnant lieu à controverse entre les systèmes juridiques, ou pour lesquelles ceux-ci sont unanimes.

B) Recommandations de l'analyse économique du droit en matière contractuelle

212. Si on veut aujourd'hui faire un inventaire des règles de droit en matière contractuelle, on peut dire qu'un échange librement consenti veut dire que l'on est libre d'échanger ou de s'en abstenir, de rompre ou de continuer la coopération avec autrui. Nul n'est forcé d'entrer en ou de prolonger des relations avec d'autres personnes. Il veut dire aussi que le consentement doit être libre et éclairé. Lorsque les parties, offreur et demandeur, décident d'échanger, elles fixent librement le contenu de l'échange ; celui-ci peut être explicite ou implicite ; les raisons pour lesquelles les parties échangent ne regardent qu'elles ;

⁴⁷³ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane, *Op. cit.*, p. 376.

elles choisissent les termes de l'échange qui leur conviennent (prix et clauses spécifiques de performances et de non-respect des promesses, etc.). Cet échange de promesses a force obligatoire, s'impose aux parties, au juge et au législateur et n'a pas d'effets sur des tiers non-contractants. On reconnaîtra les règles du jeu de l'échange volontaire. Règles du jeu qui reposent sur un principe simple : celui de l'autonomie de la volonté⁴⁷⁴.

Mais pourquoi une promesse devrait-elle être respectée ? Une promesse est un engagement envers une autre personne à faire quelque chose. La promesse est une forme d'obligation morale que s'impose l'individu à lui-même. Sa fonction est de réduire pour autrui l'incertitude sur son propre comportement. Pourquoi un juge ne doit-il pas s'immiscer dans un contrat ? pourquoi un contrat devient obligatoire ? pourquoi faut-il négocier dans le cas d'un imprévu ? Une promesse devient une obligation légale, et donc un contrat, et il faut demander comment on peut réduire l'incertitude des parties. Est-ce que la réduction du coût d'une partie cherchant un bénéfice est du même type que celle d'une partie ayant besoin d'une marchandise ?⁴⁷⁵ L'ensemble de ces questions pousse le juriste à réfléchir au bien-fondé ou au fondement des règles en matière contractuelle. Nous essayons de synthétiser les potentielles réponses à ces questions afin de les comparer plus tardivement avec la position du droit des contrats français.

Il est bon de rappeler qu'ici, nous avons utilisé les résultats des études du deuxième et du troisième niveau de l'analyse économique du droit afin d'appuyer notre théorie de la distinction. En effet, comme nous le savons, dans l'analyse économique du droit, la justification des règles se base sur leurs effets incitatifs. Par conséquent en matière contractuelle, l'analyse économique du droit recommande les règles qui incitent les gens à contracter et à réduire les coûts liés au contrat. Cependant, nous nous posons la question de savoir si de telles règles peuvent être prescrites dans toutes les relations contractuelles.

Nous choisissons des questions, par ailleurs essentielles en droit des contrats, afin de voir les propositions des règles présentées par des analystes économiques du droit en matière contractuelle. Par conséquent, ici, nous ne nous intéressons pas à l'influence de l'analyse économique du droit dans la réforme du droit des contrats ; ceci sera examiné dans le deuxième chapitre. Mais nous nous concentrons plutôt sur une comparaison entre les solutions existantes. Et ici nous avons recours aux résultats du deuxième niveau de l'analyse, à savoir

⁴⁷⁴ LEMENNICIER Bertrand, *Op. cit.*, p. 67.

⁴⁷⁵ *Ibid.*

les autres fondements des règles en matière contractuelle. Par exemple, pourquoi la détermination du prix dans les contrats de consommation est-elle si importante, obligeant d'ailleurs à l'affichage du prix (articles L112-1 jusqu'à L112-8 du code de la consommation) alors que pour les contrats de cadre, cette détermination n'est pas du tout obligatoire (article 1164 du code civil) ?

Nous verrons l'ensemble de ces questions sous 4 thèmes généraux qui se posent ainsi :

- Quel type de promesse va faire l'objet d'une obligation ? Répondre à cette question permettra d'éclairer davantage la définition du contrat commercial.
- Quel type de compensation faut-il prévoir quand la promesse est rompue ?
- La révision des contrats
- Le recours à la juridiction privée

a) Promesses faisant l'objet d'une obligation

213. Les individus font sans cesse des promesses. Certaines d'entre elles donnent lieu à des échanges. Mais parmi toutes ces promesses, quelles sont celles qui doivent être protégées par le droit ? En d'autres termes, quelles promesses deviennent une obligation juridique, c'est à dire, une obligation garantie par la force juridique ?

Nous pouvons imaginer plusieurs scénarios :

- La promesse d'un père à son fils de lui acheter un vélo s'il réussit ses examens
- La promesse de deux amis d'aller boire un verre
- La promesse de X de vendre certaine marchandise à Y

En droit positif, il n'y a pas de disposition qui tranche cette question. L'importance de la réponse à cette question est évidente⁴⁷⁶. C'est la réponse à cette question qui forme la base de la création d'une obligation juridique. Une obligation qui permet à un individu d'agir en justice afin de demander son exécution.

⁴⁷⁶ DESHAYES Olivier, « L'acte à titre gratuit est-il un contrat ? » in La gratuité un concept aux frontières de l'économie et du droit, MARTIAL-BRAZ Nathalie, ZOLYNSKI Célia (dir.), LGDJ, Paris, 2013, p. 133-149 ; ETIENNEY-De SAINTE MARIE Anne, « le régime du contrat à titre gratuit est-il un régime ? » in La gratuité un concept aux frontières de l'économie et du droit, MARTIAL-BRAZ Nathalie, ZOLYNSKI Célia (dir.), LGDJ, Paris, 2013, p. 151-164.

214. Ici, nous n'allons pas entrer dans le conflit entre le système continental et celui de *Common Law* sur la reconnaissance d'un contrat unilatéral. Nous prendrons juste en compte les critères nécessaires pour qu'une promesse devienne obligatoire selon l'analyse économique du droit.

Les promesses qui donnent naissance à un contrat sont celles qui généralement sont associées à un échange volontaire⁴⁷⁷. D'après cette définition, l'échange et la volonté sont les deux piliers importants pour qu'une promesse devienne obligatoire. Le premier permet aux individus d'atteindre les fins privées qu'ils se sont fixés en coopérant avec d'autres individus pour saisir les gains issus d'un échange. Quand l'échange n'existe pas, l'individu qui vit en autarcie n'arrive pas à atteindre ses objectifs, ou bien il les atteint mais sans gains supplémentaires procurés par l'échange. Le deuxième, la volonté, permet de réaliser cette coopération sur la base d'un consentement unanime, non sur la base d'un consentement vicié ou inexistant.

215. Deux théories économiques des contrats s'affrontent pour déterminer les promesses qui deviendront obligatoires. La première théorie revendiquant la vision classique du contrat énonce que toutes les promesses passées dans le cadre de l'échange volontaire méritent d'être qualifiées d'obligatoires. Alors que pour la théorie néoclassique du contrat, seules les promesses passées dans le cadre de l'échange volontaire et qui tendent vers la maximisation des gains à l'échange, sont qualifiées d'obligatoires⁴⁷⁸. La théorie néoclassique des contrats exige plusieurs conditions pour qu'une promesse devienne obligatoire. Deux conditions méritent d'être citées : une parfaite information sur la nature et les conséquences du choix des cocontractants, et aucun coût de transaction supplémentaire. La première condition évite une asymétrie d'information entre les parties et par conséquent elle permet de garantir un choix rationnel. En effet cette condition attire l'attention d'un juriste quant à l'importance des informations dans les décisions des individus. Un choix peut paraître rationnel en l'absence de certaines informations et devenir totalement irrationnel en présence d'autres informations.

216. Nous pensons que cette révélation, par l'analyse économique de droit pourrait justifier un corpus de règles variées. Un commerçant, c'est-à-dire celui qui achète dans le but de revendre, utilise certaines informations qu'un simple particulier ou un consommateur ne

⁴⁷⁷ LEMENNICIER Bertrand, *Economie du droit*, p. 68.

⁴⁷⁸ *Ibid.*

détient pas. Ce sont, en quelque sorte, ces informations qui lui permettent de faire du bénéfice. Par exemple, un commerçant qui par son expérience connaît d'un côté, les besoins d'un peuple dans des zones géographiques différentes et dans des périodes de l'année différentes et, d'un autre côté, sait où se fournir, répercute ces informations sur le prix de vente des marchandises. Certes, posséder des informations n'est pas le seul facteur qui distingue un commerçant d'un particulier. Peuvent également intervenir les savoirs faire et les équipements du professionnel. Mais dans ce cas, ces facteurs occasionnent un coût, répercuté sur le prix de vente. Par contre, dans une relation contractuelle où les deux parties ont le même statut professionnel, il y a égalité d'information. Dans un tel cas, la justice tient compte de cette particularité pour trancher leurs litiges. Nous pouvons constater la présence de cette idée dans certaines décisions de la justice dans les relations entre les commerçants ou les professionnels⁴⁷⁹.

217. La deuxième condition, celle consistant à minimiser les coûts supplémentaires de transaction, relève également d'un autre aspect des relations contractuelles. Il s'agit du prix du contrat. Le prix d'un contrat équivaut, en principe, au prix final d'une marchandise ou d'un service. Cependant, trouver cette marchandise ou ce service, s'informer sur leurs caractéristiques, négocier les termes du contrat (surtout si c'est un contrat international) a également un coût supplémentaire (qui peut être temporel ou parfois pécuniaire). Ce coût pour les relations contractuelles entre les commerçants ou les professionnels est beaucoup plus important que celui entre deux particuliers. Nous pensons que ces coûts supplémentaires importants dans certaines relations contractuelles justifient un traitement juridique approprié, différent d'une relation contractuelle simple.

Il y a un point commun entre ces deux théories, classique et néo-classique. Il concerne les deux caractéristiques d'une promesse obligatoire, à savoir l'existence d'un échange entre deux parties, à condition qu'il soit établi de manière volontaire. Ces deux éléments peuvent mettre en cause la notion de contrats unilatéraux en droit français, d'un point de vue économique. Car la notion d'échange se définit comme « action ou fait de donner une chose et d'en recevoir une autre en contrepartie »⁴⁸⁰. Plus précisément, pour qu'il y ait un contrat, il est nécessaire que les deux parties s'engagent à donner quelque chose. Ce qui mettra en cause le concept des contrats unilatéraux. Nous n'allons pas nous étendre sur ce sujet ici. Nous

⁴⁷⁹ Cf. *infra* n° 375 et 376.

⁴⁸⁰ Le grand Larousse illustré, Larousse, Paris, 2021.

traiterons en détail l'importance de l'existence d'un échange dans une relation contractuelle à l'occasion de la définition du contrat commercial. Mais en ce qui concerne la théorie économique néoclassique du contrat, ces conditions justifient un traitement juridique différent pour les contrats commerciaux.

b) Remèdes à l'inexécution des obligations contractuelles

218. Tournons-nous maintenant vers la deuxième question à laquelle toute théorie du contrat doit répondre : quelle compensation faut-il accorder en cas de rupture du contrat ? L'une des parties du contrat manque délibérément à ses promesses ; l'autre partie peut alors agir en justice et exiger que les clauses du contrat ou les promesses soient respectées⁴⁸¹.

Les analyses économiques menées dans le cadre des régimes juridiques de l'inexécution sont consacrées à l'étude des vertus et des limites respectives de deux grandes catégories de remèdes : exécution forcée et dommages et intérêts⁴⁸². L'exécution forcée est la sanction principale dans le système continental et le deuxième remède, lui, est la sanction principale dans le système de *Common Law*. Nous verrons, en détail, les raisons du choix de chaque système juridique⁴⁸³. Mais d'un point de vue économique, le débat est aussi vif chez le juriste continental que chez le juriste *Common Law*⁴⁸⁴. Nous allons voir qu'à l'occasion de la réforme du droit des contrats les idées qui soutiennent la réforme de la sanction de l'inexécution du contrat sont influencées par l'analyse économique du droit. Elles essayent d'accorder une place plus importante pour les dommages et intérêts comme sanction principale de la violation de l'obligation contractuelle. Nous avons d'ailleurs constaté actuellement une tendance chez certains juristes *Common Law* de douter de la pertinence de cette sanction. Une tendance accentuée par l'application de l'analyse économique du droit à certaines catégories de contrats. On peut souligner l'inclination du droit américano-anglais sur ce sujet. En effet, aux États-Unis, les analystes économiques du droit ont commencé à chercher une logique économique pour la sanction choisie⁴⁸⁵. Autrement dit, ils se posent la

⁴⁸¹ BROUSSEAU Éric, FARES M'hand, « Règles de droit et inexécution du contrat. L'apport de la théorie économique des contrats au droit comparé », *Revue d'économie politique*, Vol. 112, n° 6, 2002, p. 823-844.

⁴⁸² MARTY Frédéric, KIRAT Thierry, *Economie du Droit et de la Réglementation*, Gualino, Paris, 2007, p. 97.

⁴⁸³ Cf. *infra* n° 396 et s.

⁴⁸⁴ Anthony T. KRONMAN, professeur à Yale Law School, spécialisé dans les contrats s'est intéressé à l'intérêt économique de l'exécution forcée dans le droit américain.

⁴⁸⁵ MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane, *Op. cit.*, p. 433-436.

question de la rationalité de la sanction des dommages et intérêts comme premier recours afin de répondre à l'inexécution contractuelle.

219. Sans entrer dans les détails de ces études, il en résulte que d'un point de vue économique, il est raisonnable d'opter pour les dommages et intérêts comme sanction principale de l'inexécution du contrat. Ce résultat n'interdit pas le recours à l'inexécution en nature, mais il la considère comme une sanction marginale à laquelle le juge doit recourir quand elle est plus adéquate. Cette adéquation s'apprécie d'un point de vue à la fois juridique et économique. Ainsi, si l'exécution forcée entraîne une perte de gain pour chacune des parties ou si elle entraîne la violation d'un principe juridique (comme le principe de liberté), il est conseillé de recourir aux dommages et intérêts⁴⁸⁶.

Le résultat de ces études est la base d'une théorie très connue aux États-Unis, sous le nom de « la rupture efficace » ou de « l'inexécution efficiente »⁴⁸⁷. Nous préférons la terminologie de « sanction efficace de l'inexécution du contrat ». D'après cette théorie, les tribunaux peuvent admettre l'inexécution d'un contrat à condition que la partie fautive, ayant tiré avantage en contractant avec un tiers, dédommage totalement la partie lésée à hauteur du gain obtenu si le contrat avait eu lieu. Cette théorie fait scandale même aux États-Unis, car elle va à l'encontre de toute éthique et va permettre de violer délibérément une obligation contractuelle. Cependant, la leçon à tirer pour l'analyse économique du droit est claire ; la meilleure mesure de sanction de l'inexécution du contrat est celle qui permet à deux parties d'obtenir ce qu'elles souhaitent. D'après ces analyses, l'exécution forcée, la plupart du temps, ordonne seulement la satisfaction de la partie lésée ; c'est donc une option non-recommandée. Les dommages et intérêts, malgré leur efficacité dans certains cas, ne permettent pas non plus la satisfaction de la partie lésée.

220. L'enseignement de l'analyse économique du contrat attire l'attention sur un point important dans le choix de la sanction privilégiée, à savoir l'importance de la satisfaction des deux parties. L'objectif contractuel suivi par des contractants dans un contrat commercial n'est pas le même que dans un contrat de consommation. Par conséquent, la sanction qui permet de sanctionner la violation d'une obligation contractuelle ne pourrait pas être la même.

⁴⁸⁶ GARELLO Pierre, « l'inexécution du contrat en droit français : les apports de l'analyse économique » in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, DEFFAINS Bruno (dir.), CUJAS, Paris, 2002, p. 227-242 ; Y.-M. LAITHIER, *Le droit comparé et l'efficacité économique*, in *L'efficacité économique en droit*, S. BOLLEE, Y.-M. LAITHIER et C. PERES, (dir.), Economica, 2010.

⁴⁸⁷ D'URSEL Laurent, « L'analyse économique du droit des contrats, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* », L'Université Saint-Louis, Bruxelles, 1985, Vol. 14, p. 45-88.

C'est ce point qui nous permet d'insister sur notre distinction du contrat civil du contrat commercial. Si on prend l'exemple du contrat commercial (dans le sens qui nous intéresse) et le contrat non-commercial, une question importante est de savoir quel mécanisme est plus favorable aux commerçants ; ou tout au moins, savoir quel est leur mécanisme préféré, après une étude empirique.

Est-ce qu'un commerçant, dont le but principal est l'achat de marchandises afin de les revendre, et qui de ce fait cherche à générer des profits, s'intéresse à une exécution forcée ? Ou bien préfère-t-il recevoir le montant des dommages et intérêts afin de les réinvestir dans une autre affaire ? Ne négligeons pas le fait que, dans le cas d'exécution forcée du débiteur, ce commerçant aurait un manque à gagner par rapport à l'attribution des dommages et intérêts. Imaginons le cas où un commerçant, victime d'une violation de l'exécution de l'obligation de son cocontractant, se présente devant un tribunal et demande des dommages et intérêts. Considérons maintenant un autre commerçant qui, dans la même situation, demande une exécution en nature. Si les deux commerçants ont eu gain de cause après six mois, il est clair que le commerçant ayant obtenu une compensation pécuniaire sera plus à même de continuer ses démarches spéculatives. Alors que le deuxième devra d'abord revendre ses marchandises pour en obtenir la liquidité.

L'objectif contractuel poursuivi par des contractants dans un contrat commercial n'est pas la même chose que celui suivi par des contractants dans un contrat de consommation. Par conséquent, la sanction qui permet de sanctionner la violation d'une obligation contractuelle pourrait ne pas être la même.

c) Révision du contrat commercial

221. Nous avons dit que l'école de contrat imparfait s'intéresse à l'incomplétude du contrat et à son effet dans le régime juridique du contrat. D'après cette école, « l'incomplétude n'est rien d'autre qu'une caractéristique des conditions d'échange marquées par l'impossibilité de tout prévoir à l'avance. Elle peut être soit endogène à la transaction (c'est le cas lorsqu'un cocontractant ne sait pas si son partenaire est honnête et efficace, ou malhonnête et inefficace), soit exogène (auquel cas les sources d'incertitude résident dans l'environnement macroéconomique ou géopolitique).

Plus précisément, deux notions sont importantes dans la théorie des contrats incomplets : l'inobservabilité et la non-vérifiabilité. La première indique que certains paramètres importants de la relation contractuelle ne peuvent être perçus par une partie.

L'acheteur d'un bien n'est pas en mesure de déterminer *ex ante* si le prix proposé par le vendeur est juste ou abusif, ou si le vendeur dispose d'un système de production capable de fabriquer le produit au niveau de qualité attendu par l'acheteur. Dans certains cas, ces paramètres sont observables, mais l'agent qui dispose de cette capacité d'observation n'est pas en mesure de juger leur pertinence⁴⁸⁸.

Ces deux notions sont importantes pour comprendre la manière dont les théoriciens des contrats incomplets analysent le rôle des tribunaux. En règle générale, l'idée dominante est que le juge du contrat est, plus que les cocontractants, victime de l'inobservabilité ou de l'invérifiabilité. Ce qui revient à dire que le juge n'est pas en mesure de prendre des décisions efficaces dans le contentieux contractuel »⁴⁸⁹.

222. La question de l'incomplétude a ouvert la voie à une réflexion sur les problèmes de contractualisation⁴⁹⁰ : faut-il prévoir des clauses de renégociation du contrat en cours d'exécution ? Faut-il élaborer un mécanisme contractuel incitant le partenaire potentiellement malhonnête à un comportement honnête, par exemple en rendant l'exécution loyale plus rentable que l'exécution déloyale ? Faut-il s'attacher, lors de la négociation du contrat, à prévoir autant que possible les événements qui peuvent survenir (ce qui a un coût) ou faut-il se résoudre à conclure un contrat contenant des clauses générales ? Nous pouvons opposer ces questions à l'ancienne version dogmatique du droit civil relative à la modification du contrat. A savoir le principe d'intangibilité du contrat. Dans le chapitre consacré à l'origine de celui-ci, nous développerons cette vision du contrat, mais en attendant, nous expliquerons les résultats des études économiques sur ces propos.

223. Posner, le prédécesseur de l'école de Chicago, à l'occasion d'un commentaire sur un arrêt concernant l'acceptation de la théorie de l'imprévision ou la réfutation de cette théorie grâce aux calculs économiques, montre que le refus de la théorie de l'imprévision entraîne la faillite des entreprises confrontées à l'exécution de leurs obligations. Par conséquent, il en déduit que si la théorie de l'imprévision va à l'encontre des principes classiques de droit civil, au nom de la prospérité économique, on peut accepter cette théorie.

⁴⁸⁸ SHAVELL, Steven, *Economic Analysis of Contract Law* (February 2003). Harvard Law and Economics Discussion, n° 403, p. 16-20.

Disponible à <https://ssrn.com/abstract=382040> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.382040>.

⁴⁸⁹ MARTY Frédéric, KIRAT Thierry, *Op. cit.*, p. 57.

⁴⁹⁰ Gordon Smith, Brayden G King, *Contracts as Organizations*, 51 ARIZ. L. REV. 1 (2009) (published with commentary by Robert P. Bartlett, III and Anna Gelpert), p. 15-19.

Autrement dit, la prospérité du monde du commerce est un prétexte qui permet de renverser un principe fondamental qui est le principe de l'intangibilité des contrats.

Cette théorie est aussi intéressante du point de vue des options possibles pour un consommateur et un commerçant. Ainsi, un commerçant préfère-t-il la possibilité de renégociation d'un contrat ou pas, et en parallèle quel peut être le choix d'un consommateur ?

d) Recours à l'arbitrage privé

224. Bien qu'aujourd'hui l'arbitrage soit un mode de règlement des différends accepté dans la quasi-totalité des ordres juridiques nationaux et internationaux le choix entre le recours aux juridictions étatiques ou aux juridictions privées afin de régler les litiges concernant les contrats en droit interne ainsi qu'en droit international était pendant des années une question épineuse⁴⁹¹.

225. L'analyse économique du droit avait montré l'efficacité de l'arbitrage par rapport aux juridictions étatiques⁴⁹². Elle avait toujours conseillé et soutenu ce mode de règlement de différends. Les mécanismes d'arbitrage privé sont jugés par Williamson plus fréquents -et plus souhaitables- que le règlement judiciaire des différends⁴⁹³. Nous allons voir l'interprétation des résultats des calculs mathématiques de ces études. Celle-ci fonde les arguments de cette branche. Ces arguments peuvent être scindés en deux catégories : les arguments liés au coût personnel et ceux liés au coût institutionnel.

226. Examinons les caractéristiques des arguments liés au coût personnel où l'arbitre y est un individu rationnel dont l'objectif est de maximiser son utilité. Celle-ci dépend non seulement de sa rémunération présente, mais aussi de sa rémunération future. Cette seconde composante repose sur son engagement éventuel pour d'autres arbitrages. En effet, l'arbitre est rémunéré à chaque arbitrage. Son utilité dépend donc du nombre d'arbitrages qu'il aura à traiter. Par conséquent, l'arbitre cherche à maximiser sa probabilité d'être embauché dans le futur. Deuxièmement, alors que le juge est imposé aux parties par l'organisation judiciaire, la désignation de l'arbitre est effectuée par les deux parties. Le choix d'un arbitre dépend donc de ses sentences précédentes. En cela, il s'oppose au juge. Puisque les parties en conflit choisissent un arbitre dont les sentences passées leur ont paru justifiées, les arbitres prennent

⁴⁹¹ ORTSCHIEDT Jérôme, SERAGLINI Christophe, Droit de l'arbitrage interne et international, p. 16.

⁴⁹² CHAPPE Nathalie, « L'analyse économique d'un mode de résolution des litiges : l'arbitrage », Revue française d'économie, Vol. 15, n° 4, 2001. p. 187-208.

⁴⁹³ KIRAT Thierry, MARTYHASTER Frédéric, *Op. cit.*, p. 66.

des décisions qui ne les discréditent pas aux yeux de l'une ou l'autre des parties. Il est donc rare de voir un arbitre rendre une sentence extrême. Il préfère opter pour une décision qui, faute de satisfaire pleinement tout le monde, ne mécontente totalement personne. Toutefois, au lieu de rendre une décision satisfaisant certains critères, l'arbitre se comporte ici en agent rationnel maximisant sa fonction d'utilité. Les autres facteurs ainsi que la perte d'un marché ou la perte de crédibilité, motivent l'arbitre à rendre des décisions plus recherchées⁴⁹⁴.

227. Les parties peuvent choisir les arbitres qu'elles estiment être les plus pertinents dans un domaine. Par exemple si une partie choisit telle personne comme arbitre dans le domaine des nouvelles technologies, c'est parce qu'elle a trouvé cet arbitre compétent dans ce domaine. Alors que cette spécialisation devant une juridiction étatique n'est pas possible. De ce fait le coût du contrat sera diminué d'après le théorème de *Coase*⁴⁹⁵. De cette manière les parties peuvent aussi réduire le coût lié à l'incertitude juridique dans le cas éventuel d'une erreur du juge car ce sont elles qui ont choisi l'arbitre⁴⁹⁶.

Par rapport aux coûts institutionnels, les analystes économiques du droit calculent que le temps passé devant un tribunal arbitral est moindre que pour une juridiction étatique et que la procédure est moins formaliste et plus rapide. Par conséquent, ce mode de règlement de différend est plus efficace d'un point de vue économique.

228. Après la présentation des résultats de l'analyse économique du droit, il convient de savoir en quoi ces résultats confirment ou justifient la distinction entre le contrat civil et le contrat commercial. Tout d'abord, il faut insister sur le fait que ces arguments sont fondés sur un point de vue d'opportunisme. C'est une approche purement pécuniaire. En effet, ces arguments prouvent qu'afin de réduire les coûts liés à une procédure de règlement, il vaut mieux choisir l'arbitrage. Alors, d'après cette approche, il est tout à fait normal que l'arbitrage soit le mode préféré de règlement de différends pour les commerçants qui cherchent à réduire leurs dépenses. C'est d'ailleurs pour la même raison que l'arbitrage est accepté dans la relation entre les commerçants, mais est écarté par le système judiciaire français dans certains domaines comme le droit du travail ou le droit de la concurrence⁴⁹⁷. En effet, dans les autres

⁴⁹⁴ HYLTON Keith, DRAHOZAL Christopher, « The Economics of Litigation and Arbitration : An Application to Franchise Contracts », Boston Univ. School of Law, Working. Paper n° 01-03.

⁴⁹⁵ DEFFAINS Bruno, LANGLAIS Éric, *Analyse économique du droit ; Principes, méthodes, résultats*, De Boeck, Bruxelles, 2009, p. 16-18.

⁴⁹⁶ CHAPPE Nathalie. *Op. cit.*, p. 187.

⁴⁹⁷ Benson Bruce L., *ARBITRATION*, Encyclopedia of Law & Economics, 1999, p. 164-165.

domaines, les parties ne prennent pas seulement en compte la réduction du coût lié au procès, mais sont attachées au sentiment d'avoir justice rendue. Les travaux du professeur Van Harten⁴⁹⁸ concernant l'arbitrage sont sur ce sujet très instructifs. Il met en avant les périples de l'arbitrage depuis quelques années. Pour lui, l'arbitrage est un système profondément défaillant. Il n'est pas juste ni indépendant ni équilibré.

De plus, un particulier n'a normalement ni les moyens financiers ni la connaissance nécessaire pour la constitution d'un tribunal arbitral. L'existence des juridictions étatiques est avant tout une protection pour les droits des justiciables particuliers.

229. Il ne faut pas oublier qu'en parallèle de cet argument économique en faveur de l'arbitrage, la raison principale du développement de ce mode alternatif de règlements des litiges reste la non soumission de l'arbitre aux règles étatiques. Plus précisément, la volonté des commerçants est avant tout de ne pas soumettre leur litige aux règles étatiques. On retrouve même cette idée historiquement, concernant les commerçants du Moyen Age qui désiraient fuir la législation féodale.

On peut continuer cette liste en s'interrogeant sur la nécessité du prix déterminé ou déterminable au moment de la conclusion du contrat commercial et non commercial, la durée convenable pour trouver la marchandise défectueuse etc., sous l'analyse économique du droit.

C) L'acceptation des résultats de l'analyse économique de droit dans le droit français/ l'adaptation des enseignements de l'analyse économique de droit en droit français : la distinction du contrat commercial du contrat civil

230. Au début de ce chapitre, nous avons brièvement évoqué le fait que l'analyse économique du droit en France n'est autant pas développée que dans les pays anglo-saxons. Plusieurs raisons sont citées pour ce faible développement, voire cette tendance de résistance envers l'analyse économique du droit en France⁴⁹⁹. Certains reproches sont formels et nous les écartons ici car nous pensons qu'ils ne sont pas déterminants. Au contraire, certains visent le fondement idéologique du droit français ou d'une manière générale, le système continental.

⁴⁹⁸ Gus VAN HARTEN est un professeur canadien de droit administratif et spécialiste de droit des investissements étrangers.

⁴⁹⁹ CAMPOS Julien, La réception de l'analyse économique du droit par la doctrine française : la dogmatique juridique française face au réalisme juridique américain, Thèse, L'Université Aix-Marseille, 2006 ; SCHWEITZER Serge, « Droit et économie : du divorce à la réconciliation » in Droit et économie ; Des divergences aux convergences, Dalloz, 2019, Paris, p. 25-53 ; KIRAT Thierry, Economie du droit, La Découverte, p. 46-52.

Bien que nous ne soyons pas d'accord avec tous les reproches, il convient d'éclaircir deux points⁵⁰⁰.

231. Le premier point qui en même temps est un reproche au système juridique français, consiste à fragiliser la logique du système français. En effet, dans les années 1990, l'analyse économique comparative s'est intéressée à l'analyse des systèmes juridiques et à l'influence de chacun d'eux sur la croissance économique. Ces études ont soutenu l'idée selon laquelle le système *Common Law* favorise plus la croissance économique que le droit continental⁵⁰¹. Pour les partisans de cette idée, la croissance économique dans les pays *anglo-saxons* doit son développement au système juridique *Common Law*. Un système qui se prête à des interrogations sur la rationalité de la décision judiciaire ou les règles du droit. Pour ces partisans, la recherche de cette rationalité, dans le cadre du système continental où la cohérence des règles est assurée par le droit légiféré, n'est pas aisée. Car le juge a moins de liberté pour produire les règles de droit. Alors que ses homologues du système de *Common Law*, qui étaient à la base des avocats, sont plus impliqués dans le monde pratique et ont plus de liberté économique pour produire des règles⁵⁰².

En réponse à cette idée, rappelons que la recherche de rationalité (même la rationalité économique) est une caractéristique d'un système juridique moderne. En d'autres termes, il est indifférent que l'ordre juridique d'un pays appartienne au système continental ou au *Common Law*. La prise en compte de la rationalité est un trait d'un système juridique moderne. Quand une société cherche à encadrer ses relations sociétales d'après la raison et non en fonction de la religion ou des idéologies, elle pensera forcément à la rationalité de ses règles.

Par contre, si on se demande si la rationalité dominante dans les pays anglo-saxons est également dominante en France, il faut nuancer notre réponse. C'est avec cette question que nous développons le deuxième point.

232. La rationalité visée par l'analyse économique du droit est une rationalité

⁵⁰⁰ Cette faible place résulte de facteurs institutionnels, telle la séparation des cursus de droit et d'économie ou la spécificité des systèmes de droit codifiés issus de la tradition romano-germanique par rapport à ceux de *Common Law*.

⁵⁰¹ LAITHIER Yves-Marie, Le droit comparé et l'efficacité économique, in L'efficacité économique en droit, BOLLEE Sylvain, LAITHIER Yves-Marie, PERES Cécile (dir.), Economica, 2010.

⁵⁰² KIRAT Thierry, économie du droit, p. 97-107 ; DEFFAINS Bruno, LANGLAIS Éric, *Op. cit.*, p. 375-394, FEREY Samuel, Une histoire de l'analyse économique du droit ; Calcul rationnel et interprétation du droit, p. 46.

économique⁵⁰³. Le premier but de cette approche est l'application des raisonnements de la microéconomie au domaine juridique. « L'économie du droit est en effet souvent réduite aux seuls travaux néoclassiques, lesquels considèrent que :

- les décisions des agents sont fondées sur la seule maximisation de leur satisfaction ;
- les règles de droit reviennent à imposer un « prix » (sous des formes diverses ; sanction pénale, condamnation à indemniser une victime, etc.) aux actions des agents »⁵⁰⁴.

La présence dominante d'une telle rationalité, dans la législation ou les tribunaux des pays *anglo-saxons* est une réalité incontestable qui découle de la tradition et de la culture politique et économique de ces pays.

Dans un pays romano-germanique comme la France, marqué par la fraternité et l'égalité, valeurs issues de son histoire, il est difficile de réduire la rationalité des lois ou des jugements à la seule rationalité économique et à la production de richesse. Cela ne veut pas dire que le système juridique français est fermé à toute analyse ou application de l'analyse économique de droit. Mais c'est un système qui ne peut pas substituer ses valeurs au seul enseignement d'analyse économique⁵⁰⁵.

Dans le même sens, il convient de rappeler la critique faite à l'école néolibéralisme et précisément à l'analyse économique du droit qui reflète parfaitement cette idée : « l'économie du droit est parfois soupçonnée de participer à un mouvement de marchandisation du droit. Il s'en suivrait un risque de décivilisation du droit français qui se traduirait par une réduction de l'ensemble des phénomènes juridiques à une visée et à des facteurs strictement économiques. Le risque serait de nier progressivement toute autonomie aux sphères juridiques et, au-delà, politiques. On s'intéresserait aux règles dans une approche strictement instrumentale liée à leurs incidences sur les comportements ou à des objectifs économiques, tels que la maximisation de la richesse ou l'allocation optimale des ressources. Ce faisant, l'ordre

⁵⁰³ STROWEL Alain, « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit Autour de Bentham et de Posner », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, L'Université Saint-Louis, Bruxelles, 1987, Vol. 18, p. 35.

⁵⁰⁴ *Ibid.*, p. 56.

⁵⁰⁵ SUEUR Jean-Jacques, « Pour une autre analyse économique du droit », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, Vol. 68, n° 1, 2012, p. 107-144.

économique serait sous la dépendance formelle du système économique »⁵⁰⁶.

233. En réponse à cette critique, il faut rappeler que tout d'abord, le droit n'est pas constitué uniquement de règles normatives, c'est une matière qui gouverne la vie sociale des gens ; il est donc regrettable de l'analyser sans des approches sociologiques, économiques et historiques. Le droit est un ensemble de règles dont une partie est plutôt sous l'influence de l'économie, comme le droit fiscal, le droit boursier, et dans notre cas le contrat commercial, et une partie plutôt sous l'influence des mouvements sociaux comme le droit de la famille. Donc, dans certains cas il convient que les juristes et les législateurs soient à l'écoute des consignes commerciales.

234. La question que nous posons dans notre thèse est : le domaine de droit contractuel peut-il être soumis à l'étude de l'analyse économique du droit ? si oui, l'ensemble des règles peuvent-elles y être soumises ?

Même si ces critiques à l'encontre de l'analyse économique du droit sont bien fondées⁵⁰⁷, nous pensons que dans le domaine des contrats commerciaux, la seule analyse qui permet aux juristes de choisir la stratégie juridique adéquate reste cette approche. Bien sûr, pour le juge civiliste il n'est pas aisé de recourir à cette analyse, d'abord parce que le législateur a déjà choisi sa stratégie par rapport au contrat commercial et donc le juge est un moyen d'appliquer la règle convenable aux faits. Cette approche est aussi compliquée pour le législateur français, parce que la théorie générale des contrats existante est sous les influences des principes du droit romain et canoniste et en tenant compte de nos explications précédentes, le droit applicable à un contrat commercial moderne serait un régime démodé et inapproprié⁵⁰⁸. Mais par contre, si on accepte l'idée selon laquelle le but principal des parties d'un contrat commercial est de maximiser le bénéfice, sachant que la nature de l'homme qui pense à son intérêt est la même partout dans le monde quelle que soit sa nationalité ou sa

⁵⁰⁶ Canivet Guy, Frison-Roche Marie-Anne et Klein Michael (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, Coll. « Droit et économie », Paris, 2005, p. 10 ; Dans ce sens cf. également NOBLOT Cyril, « L'industrie législative : réflexions sur la marchandisation du droit contemporain », LPA, 16 jan. 2019, n° 141, p. 3 ; 6.

⁵⁰⁷ FRISON-ROCHE Marie-Anne, « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », in *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, Chaire Régulation / Cour de cassation, numéro spécial des Petites Affiches, 19 mai 2005, p. 15-22.

⁵⁰⁸ KERHUEL Anne-Julie, *L'efficacité stratégique du contrat d'affaires : Un champ d'action de la liberté contractuelle*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2010, p. 19. L'auteur écrit que la théorie générale des obligations est avant tout fondée sur des principes humanistes.

qualité, et que les moyens de maximiser son bénéfice dans le cadre d'un contrat ne varient guère, on devrait dire que l'analyse économique de son comportement et les règles qui régissent son comportement sont le meilleur moyen pour encadrer le cadre juridique des relations contractuelles. C'est la raison pour laquelle le droit des marchands revendiqué par les commerçants doit être identique. Nous pensons ainsi que ce n'est pas un conseil mais plutôt une obligation d'analyser le droit des contrats commerciaux par cette approche. La distinction entre le contrat civil et le contrat commercial est également importante dans le but de préserver le corpus de règles du droit français de l'attaque des règles mondialisées et de l'influence des règles anglo-saxonnes. En effet, nous constatons une influence accrue de la philosophie anglo-saxonne sur plusieurs réformes des projets de lois français. Cette influence n'est forcément pas liée à une reprise des solutions anglo-saxonnes, mais à une philosophie mondialisée. Lorsque le gouvernement décide de faire une réforme sur le droit des contrats c'est parce que les solutions de l'ancienne disposition ne sont plus adaptées aux problèmes d'aujourd'hui. A travers cette réforme, il existe un risque majeur, celui de perdre l'identité du droit français. Le droit français avec son histoire est basé sur les devises liberté, égalité et fraternité. Alors que les règles qui régissent le nouvel ordre juridique et économique sont basées sur une idée de profit. Face à cette problématique il y aura plusieurs solutions hypothétiques. D'abord, une position fermée sur toute possibilité de changement. La conséquence est évidente : c'est l'exclusion de la France et du droit français de la sphère internationale. La deuxième position envisageable est l'acceptation des dispositions imposées par le nouvel ordre mondial ignorant les caractéristiques du droit français. Ce qui entraîne un disfonctionnement à l'intérieur du pays en raison de l'inadaptation de ces nouvelles dispositions avec le reste. Et enfin la dernière solution se base sur une sélection par la France parmi les dispositions du nouvel ordre international. Un choix adopté au cours de la réforme du droit des contrats et qui a provoqué plusieurs débats et critiques envers les sélections du réformateur.

Toutes ces solutions essaient d'osciller entre deux ordres juridique et économique différents. Il est parfaitement normal que le résultat final ne soit pas à l'abri des critiques. Il y aura toujours un sentiment de trahison d'un ordre juridique en faveur de l'autre.

Chapitre II : Le concept de contrat commercial autonome ; L'essai d'une définition autonome du contrat commercial

235. Si toute définition est périlleuse en droit, le défaut de définition est encore plus dangereux. Dans le vocabulaire juridique publié par l'Association Henri Capitant, la définition est une « *opération par laquelle la loi principalement, la jurisprudence et la doctrine caractérisent une notion, une catégorie juridique par des critères associés* ». Nous avons vu que le législateur et la jurisprudence ne donnent pas de définition du contrat commercial⁵¹⁰. En son absence, c'est la doctrine qui s'en est occupé. Le résultat n'est pas convaincant et il manque une définition unique du régime juridique du contrat commercial. La situation s'aggrave d'autant plus lorsqu'on constate qu'une grande partie des contrats internationaux désignent le droit français comme droit applicable, ou souhaiteraient le faire. Si celui-ci ne définit pas ce qu'est le contrat commercial, il risque d'être écarté des marchés attractifs de droit applicable au contrat⁵¹¹. Nous avons également vu que l'absence de définition du contrat commercial entraîne des problèmes dans l'ordre juridique français⁵¹².

⁵⁰⁹ Javolenus, juriconsulte romain du I^{er} siècle.

⁵¹⁰ Cf. *supra* n° 49 et s.

⁵¹¹ L'enjeu de l'attractivité du droit des contrats sera étudié dans la deuxième partie. Cf. *infra* n° 538 et s.

⁵¹² Cf. *supra* n° 91 et s.

Enfin, dans le chapitre précédent, notre étude a confirmé les raisons qui encouragent l'instauration d'un concept autonome pour le contrat commercial.

236. Pour ces raisons, dans ce chapitre, nous essayons de définir le contrat commercial afin de déterminer un régime juridique unique. Le but de cette définition est de permettre à des juristes français de connaître les origines des divergences entre les différents systèmes juridiques concernant le concept de contrat commercial⁵¹³. Alors que dans le système de droit continental, le contrat commercial est défini en fonction de la qualité des contractants, dans le système de droit *anglo-saxon*, la catégorie des contrats commerciaux n'est pas reconnue. Une définition unique du contrat commercial permettrait de rapprocher les deux systèmes sur le concept de contrat et éventuellement d'harmoniser les instruments internationaux.

Dans ce chapitre, nous tenterons de présenter une définition du contrat commercial d'après la tradition du droit continental. D'un côté, parce que cette tradition a formé la structure du droit continental, de l'autre car elle permet de déterminer une définition à vocation universelle⁵¹⁴.

237. A la base, « la famille romano-germanique groupe les pays dans lesquels la science du droit s'est formée sur la base du droit romain. Les règles du droit sont conçues dans ces pays comme étant des règles de conduite, étroitement liées à des préoccupations de justice et de morale »⁵¹⁵. Ainsi les règles de droit de ces pays sont abstraites et générales. Elles forment des règles de conduite à adopter pour l'avenir et dans plusieurs cas déterminés. Elles ne cherchent pas à formuler une règle donnant une solution pour un procès en particulier, c'est-à-dire une solution casuistique⁵¹⁶.

238. Nous présenterons une définition du contrat commercial permettant l'édiction d'un régime juridique autonome (**section 1**) et nous déterminerons l'articulation de cette définition avec la théorie générale du contrat et des contrats spéciaux (**section 2**). Dans un paragraphe préliminaire et à l'aide de science de logique, nous expliquerons d'abord

⁵¹³ Le droit *anglo-saxon* ne reconnaît pas la branche du droit commercial, au contraire du droit continental. De ce fait le droit des contrats commerciaux n'existe pas dans ce système. Nous revenons dans ce chapitre sur l'origine de la divergence lié au concept du contrat entre le droit continental et le droit *anglo-saxon*.

⁵¹⁴ De ROMILLY Jacqueline, *La loi dans la pensée grecque : Des origines à Aristote*, Les Belles Lettres, 2^e éd., Paris, 2002, Cf. également, RENE David, JAUFFRET-SPINOSI Camille, GORE Marie, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 11^e éd., Paris, 2016, p. 73.

⁵¹⁵ RENE David, Jauffret-Spinosi Camille, Goré Marie, *Op. cit.*, p17.

⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 18.

comment un concept est défini.

Section préliminaire : Comment définir un concept ?

239. Commençons par examiner la démarche intellectuelle qu'un chercheur doit respecter pour définir correctement un concept. Cette étude nous aidera à comprendre l'évolution de la définition du contrat au cours de l'histoire que nous aborderons dans un deuxième paragraphe. L'étude de la méthode de définition d'un concept nous permet également d'éclairer quelques termes utilisés dans le code civil repris par des auteurs de droit civil dans leurs manuels de droit des obligations et de droit des contrats sans les sans que ces choix soient nécessairement explicités⁵¹⁷. Certes, le sujet de notre thèse n'est pas un dictionnaire juridique ou un cours de science de logique. Mais l'explication de ces différentes notions nous semble nécessaire, et permettrait de lever certaines ambiguïtés. Le défaut de définition précise est, par exemple, en partie responsable du flou juridique entre contrat commercial et contrat civil⁵¹⁸. De plus, nous avons besoin de ces notions élémentaires afin de justifier notre définition du contrat commercial (section 1) par rapport à la théorie générale des contrats (section 2).

⁵¹⁷ En droit, nous voyons souvent une utilisation des termes de l'espèce et du genre sans la moindre explication sur ces terminologies ou la raison du recours à celles-ci. Par exemple, l'adage *specialia generalibus derogant* « ce qui est spécial déroge à ce qui est général » a des origines anciennes. Il a pour antécédent une autre maxime, présente au sein du Digeste : *In tot jure generi per speciem derogatur* : « dans tout le droit, il est dérogé au genre par l'espèce ».

⁵¹⁸ Nous insistons dans notre thèse sur la façon dont un juriste doit définir un concept. Cela pour deux raisons : tout d'abord, pendant notre expérience d'enseignement dans les facultés de droit, nous nous sommes rendu compte que les étudiants se contentent d'apprendre par cœur les définitions sans pour autant apprendre comment il faut définir un concept. Ces étudiants, futurs juges, avocats, docteurs ou législateurs auront besoin de définir les concepts tout au long de leur carrière. Ce manque de formation s'explique par l'évolution de la Science de Logique. Traditionnellement, la logique demeurait dans l'orbe du langage, du raisonnement discursif, et de la pensée spéculative. Mais aux alentours de 1850, on assiste à une mathématisation de la logique ancienne qui se traduit en symboles algébriques (HOTTOIS Gilbert, *Penser la logique. Une introduction technique et théorique à la philosophie de la logique et du langage*, De Boeck Supérieur, 2^e éd., « Méthodes en sciences humaines », Bruxelles, 2002, p. 9.). Cette évolution est la deuxième raison qui nous pousse à insister sur la définition d'un concept. En effet, le langage (les définitions, la transcription d'une norme juridique etc.) du droit moderne est basé sur la logique ancienne. La mise à l'écart de cette logique sous la pression de l'apparition de nouvelles sciences au XIX^e siècle a entraîné des grands défauts dans la formation juridique. Cette dernière est une discipline langagière et discursive qui aurait eu besoin de son pilier, à savoir la logique ancienne. Ce défaut d'ailleurs ne concerne pas que la définition mais les autres aspects du raisonnement juridique.

§1) Les éléments pertinents d'une définition

240. D'après la logique classique, « définir consiste à délimiter et à fixer des frontières. Plus spécifiquement, définir se résume à abstraire ou à déterminer les propriétés essentielles d'un concept. Le résultat de cette opération est ce que l'on nomme la définition. Une bonne définition permet donc d'avoir l'extension désirée »⁵¹⁹ Cet extrait comporte trois expressions qui doivent être explicitées afin de mieux comprendre les démarches intellectuelles nécessaires à l'acte de définir. Il s'agit des expressions "concept", "propriété essentielle" et "extension". Nous utiliserons la science de la logique pour les expliquer.

A) Le concept

241. Dans son livre « La pensée rationnelle et argumentation », Peterson Clayton définit ainsi le concept : « Le concept⁵²⁰ est général et s'applique à une classe d'objets du même type. Par le fait même, le concept est abstrait, c'est-à-dire qu'il isole les propriétés communes et essentielles d'une classe d'objets »⁵²¹. Cette définition du concept est très abstraite, comme nous l'expliquons à travers d'un exemple.

242. D'un point de vue juridique⁵²², selon le nouvel article 1101 du code civil, le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes, destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. Comme nous pouvons le constater, le concept de contrat englobe plusieurs applications. Il comprend le contrat de bail, de vente, d'entreprise, etc.

B) La propriété essentielle

243. Un concept doit également avoir des propriétés essentielles. Celles-ci forment l'essence d'un concept ou d'un objet. D'après les auteurs de la science logique, « une

⁵¹⁹ PETERSON Clayton, *Pensée rationnelle et argumentation*, Les presses de l'Université de Montréal, Québec, 2013, p. 29. Dans le même sens, l'auteur annonce qu'« une définition est donc une proposition, ayant pour objet, non-seulement de fixer pour nous ou pour autrui la signification d'une expression, mais encore de faire connaître autant que possible la nature de l'objet exprimé, en développant la compréhension de ses caractères, en même temps que les rapports qu'il soutient avec d'autres objets bien connus »

⁵²⁰ Le concept ou l'objet à définir ou le sujet. Tous ces vocabulaires désignent la même chose.

⁵²¹ PETERSON Clayton, *op. cit.*, p. 10-11.

⁵²² La définition se fait d'un point de vue particulier et relativement à un certain objectif. La définition d'un contrat pour les besoins d'un juriste n'est certainement pas la même que pour un sociologue ou un économiste.

propriété est essentielle lorsqu'il s'agit d'une condition sans laquelle un objet ne peut pas tomber sous le concept »⁵²³. Par exemple, pour le concept de contrat, l'accord de volonté représente la propriété essentielle. Ainsi pour repérer un contrat parmi des concepts ressemblants, il convient de vérifier s'il y a un accord entre au moins deux volontés différentes. Les propriétés essentielles s'opposent aux propriétés contingentes.

244. La démarche intellectuelle abstraite qui permet de trouver les propriétés essentielles d'un concept est l'étape la plus difficile. En effet, le chercheur (ici le juriste) doit par différentes manières (comparaison, analogie, induction, ...) trouver les éléments (propriété essentielle) propres à un concept⁵²⁴.

245. Dans notre exemple, afin de trouver le concept du contrat juridique parmi plusieurs types de contrat, il est nécessaire au préalable de trouver sa propriété essentielle. Il s'agit du caractère obligatoire du contrat⁵²⁵ : c'est un accord de volontés qui oblige les parties. En d'autres termes, en l'absence d'exécution du contrat, les parties risquent une sanction. Donc, le fait que le contrat soit écrit ou oral, à durée déterminée ou indéterminée, font partie des propriétés contingentes du concept de contrat, c'est-à-dire qu'elles n'ont aucune incidence sur l'essence du contrat.

C) L'extension

246. Pour donner une définition du contrat commercial, il faut également comprendre l'expression « extension d'un concept ». Il s'agit de la classe des objets qui dérivent d'un concept. Lors de l'étude de la définition du concept, nous avons vu qu'il s'applique à une classe d'objets, définie comme l'ensemble des objets qui appartiennent à ce concept. Plus le concept contient d'objets, plus son extension est large, et inversement. Par exemple, l'accord de volontés de deux personnes sur la location d'une maison, son achat ou sa construction constituent des extensions au concept de contrat.

⁵²³ PETERSON Clayton, *op. cit.*, p. 29.

⁵²⁴ Nous détaillons notre explication avec un exemple plus simple. Si l'on souhaite, par exemple, définir une chaise, nous pouvons dire que c'est un plateau posé sur des pieds afin de s'asseoir. Les propriétés essentielles correspondant au fond du concept « chaise » sont l'assise, le dossier et les pieds de la chaise. Les propriétés contingentes de la chaise sont alors sa forme (plateau rond, carré ...), ses couleurs diverses et ses différentes formes de pieds.

⁵²⁵ Nous reviendrons très tôt sur cette propriété essentielle du contrat. Nous expliquerons l'évolution historique de cette définition et nous montrerons qu'on ne peut pas la choisir comme une propriété essentielle. Le caractère obligatoire est la propriété contingente d'un contrat juridique, mais elle ne l'est pas pour un contrat au sens général.

247. Dans la logique traditionnelle, une bonne définition exige quatre conditions. Si l'une des conditions n'est pas remplie, la définition comporte une erreur. Ces quatre conditions sont :

1. *« affirmation ; La règle d'affirmation stipule qu'une bonne définition doit dire ce que le concept est, de manière essentielle et sans précision inutile, plutôt que de dire ce qu'il n'est pas.*

2. *non-circularité ; Dans une bonne définition, le définissant ne doit pas utiliser de mot de la même famille que le défini. La définition circulaire est, en contrepartie à cette règle, une erreur de définition.*

3. *universalité ; La troisième condition est celle de l'universalité : tous les objets appartenant à l'extension du concept doivent appartenir à la classe induite par le définissant. Autrement dit, le genre et la différence spécifique permettent de regrouper tous les objets tombant sous le concept défini.*

4. *Spécificité ; Une définition est universelle si l'extension du définissant inclut celle du défini. Une bonne définition doit s'appliquer seulement aux objets appartenant à la classe induite par le concept. Autrement dit, l'extension du défini inclut celle du définissant* »⁵²⁶.

Lorsque nous étudierons la définition juridique du contrat, ces conditions nous permettront de mettre en avant les défauts de la définition donnée par le code civil après la réforme.

248. Après avoir présenté les notions essentielles et nécessaires à la défense de notre définition du contrat commercial, il convient maintenant d'éclairer davantage la définition des deux termes du groupe nominal « contrat commercial ». Bien que le concept de « contrat » semble parfaitement défini, une analyse approfondie de ce concept en droit français avant et après la réforme, nous permettra de connaître l'exacte extension de ce concept en déterminant à quelle classe d'objet correspond un contrat commercial. De plus, cette analyse est l'occasion de présenter l'origine de la divergence entre le système de

⁵²⁶ PETERSON Clayton, *op. cit.*, p. 33-37. Cf. également PERRARD Jean Ferréol, *Logique classique d'après les principes de philosophie De Laromiguière*, Troisième édition revue et augmentée par l'auteur et par son fils, L.-S. Athanase Perrard, Paris, Typographie de Henri Plom, imprimeur de l'empereur, 1860, p. 5-6 : « *Quatre conditions sont exigées pour qu'une définition soit bonne. Elle doit être claire, brève, réciproque, et contenir le genre prochain et la différence spécifique* ».

Common Law et le système continental sur la définition du contrat. Cette étude nous permettra ensuite d'harmoniser les deux systèmes juridiques sur la définition du contrat.

§2 : La classification et la distinction : les procédés de l'emplacement d'un concept parmi les autres

La classification et la distinction sont deux procédés qui permettent au chercheur de déterminer l'emplacement d'un concept parmi les autres concepts voisins.

A) La classification

249. « La classification consiste en la hiérarchisation des objets appartenant à l'extension d'un concept en sous-classes. La classification permet de créer un ordre à l'intérieur de l'extension d'un concept »⁵²⁷. Quand l'extension d'un concept est très large, la classification permet de hiérarchiser une classe d'objets en sous-classes.

La classification requiert une distinction entre le genre et l'espèce. Alors que le genre est plus général et englobe plusieurs espèces, l'espèce est plus spécifique et est propre à un genre. Après avoir étudié les différents objets inclus dans un concept, il convient de déterminer en quoi ils se ressemblent. Ceux qui diffèrent le moins peuvent être placés les uns à côté des autres. Avec cette démarche, la classe la plus élevée dans la hiérarchie obtenue est le genre. Si on renouvelle cette démarche mais à l'intérieur d'une même classe (c'est-à-dire, qu'on hiérarchise au sein d'un genre) les résultats obtenus sont appelés espèces⁵²⁸. C'est à cette étape que la démarche intellectuelle de la classification montre son utilité.

Dans une classification à plusieurs niveaux, un genre peut être à la fois genre de plusieurs espèces et espèce d'un genre, au même titre que l'espèce d'un genre peut être genre de plusieurs espèces. Par exemple, le contrat nommé est l'espèce de contrat mais est le genre de contrat de vente, tout comme le contrat de vente est l'espèce de contrat nommé mais est le genre de contrat public. Une bonne classification doit respecter trois règles⁵²⁹.

⁵²⁷ MATHIEU Marie-Laure, *Logique et raisonnement juridique*, PUF, Paris, 2015, p. 42 ; Sur la classification cf., Peterson Clayton, *op. cit.*, p. 9-251.

⁵²⁸ DUVAL-JOUVE Joseph, *Traité de logique, ou Essai sur la théorie de la science*, Ladrance, 2^e éd., Paris, 1855, p. 91-92.

⁵²⁹ Nous verrons ces trois règles dans la section 2. Cf. infra n° 322 et s.

250. En droit des contrats, ces classifications sont multiples⁵³⁰. Nous nous concentrerons sur la classification que nous proposons : celle concernant le contrat commercial.

251. La classification a deux fonctions essentielles.

La première fonction permet au juriste de déterminer des sous-classes au sein d'un concept. Il s'agit de la situation où le juriste dispose de la définition d'un concept, est en présence d'une classe d'objets connus et qu'on lui demande de trouver des sous-classes.

252. Par exemple, si on demande à un juriste de qualifier l'acte par lequel une personne s'engage à livrer une marchandise à une autre personne ou à accomplir un travail pour une autre personne contre une somme d'argent, il répondra que selon l'article 1101 du code civil, ce sont des contrats. Cette qualification de "contrat" est facile car la définition du contrat est connue. Dans notre exemple, la classification des actes en sous-classes est également facilement réalisée car les objets de la classe sont connus. On peut les classer en deux sous-classes : le contrat dont l'obligation est une prestation de service, le contrat dont l'obligation est une vente de marchandise.

253. La classification a une seconde fonction lorsqu'on est en présence d'une classe d'objets connus au sein d'un concept indéfini. On demande alors parfois au juriste de trouver la définition du concept⁵³¹.

Par exemple, on demande à un juriste français de classer les contrats conclus :

* entre un commerçant français et un commerçant brésilien, sachant que le code de commerce brésilien définit le commerçant comme le droit français) ;

* entre une société française et le Ministère de la Santé du Royaume-Uni ;

* entre deux sociétés brésiliennes qui choisissent la juridiction française pour trancher leur litige.

Le juriste doit alors réfléchir aux critères auxquels il peut recourir pour classer ces différents contrats. Dans ces hypothèses, la classification a pour but la détermination du concept correspondant aux espèces, elle est plus délicate.

⁵³⁰ La doctrine et le code civil ont présenté plusieurs classifications.

⁵³¹ Sur ce sujet cf. MATHIEU Marie-Laure, *Op. cit.*, p. 32-34.

Dans notre thèse, nous utiliserons cette seconde fonction de la classification, à savoir la définition d'un concept à partir d'une classe d'objets connus, pour déterminer la définition du contrat commercial. Nous verrons dans la deuxième section comment et selon quel critère nous pouvons dégager une classe d'objets à l'intérieur de l'extension du concept de contrat. Auparavant, nous poursuivons notre propos sur l'explication des différentes terminologies utilisées en droit des contrats dans le code civil et dans les manuels.

B) La distinction

254. La troisième terminologie utilisée par la doctrine, c'est la distinction. Les expressions « *distinguer* », « *distinction* », « *summa divisio* »⁵³² sont utilisées en droit, et particulièrement en droit des contrats.

Dans le langage courant, la distinction est le fait de différencier deux choses. Mais d'un point de vue technique, la logique classique explique que « *la division [doit] aboutir à séparer les uns des autres les genres et les espèces, et à placer les diverses espèces sous les genres auxquels elles appartiennent* »⁵³³. On constate donc qu'une division n'est possible qu'à la condition de connaître et pouvoir énoncer les caractéristiques de chacun des groupes que l'on cherche à distinguer, ou les idées que renferme chacun de ces groupes. Distinguer, ce n'est donc pas autre chose que classer. Or, comme pour définir un concept, on énonce ses caractéristiques principales, on comprend que toute division a pour base une définition.

Plus précisément, la définition est intimement liée à la classification. Au sens classique, la définition consiste à définir un concept, le défini (le *definiendum*), à l'aide d'une proposition qui énonce son genre et sa différence spécifique, le définissant (le *definiens*, ou ce qui définit)⁵³⁴.

⁵³² Expression qui littéralement signifie : « la division la plus élevée ». Elle est composée du superlatif *summus*, au féminin *summa* qui veut dire : « la plus haute », « la plus élevée » et du substantif *divisio* = division. En logique formelle, la division est l'opération par laquelle on partage l'extension d'un concept en plusieurs classes qui sont les extensions respectives d'autres concepts. L'extension est l'ensemble des objets qui constituent une classe. La *summa divisio* est donc la division la plus élevée avant d'arriver au genre qui est la classe qui englobe l'ensemble des espèces (autres classes). Par exemple, dans le genre *canis*, la *summa divisio* comprendra le loup, le chien, le chacal. L'expression *summa divisio* est fréquemment employée dans le domaine juridique pour signaler les divisions principales comme : droit public / droit civil; droit des personnes / droit des biens; responsabilité contractuelle / responsabilité délictuelle etc. <https://www.locutio.net/encyclopedie/summa-divisio>; Tosi Renzo, Eco Umberto, Lenoir Rebecca (Traducteur), Dictionnaire des sentences latines et grecques.

⁵³³ Cependant dans la logique classique et surtout Aristote dit que la division est l'expression de la classification. C'est-à-dire la classification est le travail intellectuel ; DUVAL-JOUVE Joseph, *Op. cit.*, p. 230.

⁵³⁴ PETERSON Clayton, *op. cit.*, p. 29.

La définition d'un concept consiste à trouver une proposition dont l'extension est équivalente à celle du concept. La définition établit donc une relation d'équivalence entre le défini et le définissant.

Les expressions « *définition* », « *classification* » et « *distinction* » que nous venons d'étudier ont été utilisées fréquemment par le législateur et les auteurs du droit des contrats. Cela est dû au fait que, dès l'Antiquité, le droit fait partie de la rhétorique. Les règles de cette discipline sont initialement codifiées par Aristote et forment la logique classique. Le droit est basé sur ces règles issues de la logique classique et s'est développé au fil du temps.

Les auteurs juridiques de droit continental, et particulièrement en France, n'ont cessé d'utiliser ces règles pour développer la science juridique. Le droit des contrats n'est pas une exception à ce phénomène. La distinction entre contrat privé et contrat public ou l'articulation entre régime juridique des contrats spéciaux et théorie générale du contrat sont des exemples de l'influence de la logique classique sur le droit.

Il est donc judicieux de recourir aux règles de la science de la logique afin de définir le contrat commercial (section 1) et expliquer son articulation avec la théorie générale du droit des contrats (section 2). Si nous voulons faire une distinction entre le contrat commercial et le contrat civil, il conviendra de définir ces deux types de contrat.

Section 1 : La définition du contrat commercial autonome

255. La réforme du droit des obligations du 16 février 2016 définit le contrat à l'article 1001 du code civil comme « *un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». Cet article remplace l'ancien article 1001 du code civil 1804 qui définissait le contrat comme « *une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ».

256. En modifiant l'extension du concept de contrat, le législateur a-t-il permis de faire rentrer ou sortir certaines espèces de son extension ? Il convient également de vérifier si ce changement de définition a eu un impact sur le régime juridique du contrat ou si seuls les termes employés ont été modifiés.

257. Bien que, de prime abord, la définition du concept de contrat semble facile,

une étude approfondie⁵³⁵ démontre qu'elle est, au contraire, délicate à déterminer. Cette définition du concept de « *contrat* » se complique encore davantage lorsqu'un juriste doit déterminer le régime juridique d'un contrat via la définition juridique de ce contrat. En effet, nous avons vu au chapitre 1 que l'adjectif « *commercial* » n'est pas défini en droit français.

Le groupe nominal « *contrat commercial* » est composé du noyau "contrat" et de l'adjectif qualificatif "commercial". Il semble logique de commencer par expliquer la notion de contrat et ensuite celle de commercial pour parvenir à la définition du contrat commercial. Cependant, avant de commencer à définir le sens juridique de ce mot, il faut répondre à une question préliminaire : comment faut-il définir ? Si cette question n'a pas de portée juridique, nos ancêtres juristes ont eux-mêmes usé de science logique pour définir le concept. La rédaction du code civil est influencée par cette méthode et la réforme illustre une volonté de définir les concepts juridiques majeurs. La science logique est donc un outil indispensable⁵³⁶.

Donc, pour présenter notre définition du contrat commercial, nous nous pencherons d'abord un peu plus sur la définition du concept de « *contrat* » (§1) puis nous présenterons notre proposition de définition de l'adjectif « *commercial* » (§2).

§1) La définition du contrat

258. En termes généraux, le contrat est un accord entre deux ou plusieurs personnes sur une chose. Cette définition comprend plusieurs espèces de contrat qui ne sont pas tous juridiques.

259. L'article 1101 du code civil présente une définition juridique du contrat. Comme l'affirme M. Cabrillac : « Cette définition du contrat permet de le distinguer d'autres accords qui ne produisent pas d'effets de droit : l'entraide familiale ou amicale, les relations mondaines ne créent aucune obligation juridique. D'autres engagement sont plus difficiles à qualifier car ils se situent à la frontière du droit et des relations sociales, tel l'engagement d'honneur »⁵³⁷. Nous étudierons cette définition du code civil pour connaître les critères de

⁵³⁵ MORON-PUECH Benjamin, *Contrat ou acte juridique ? étude à partir de la relation médicale*, Thèse, L'Université Panthéon-Assas, Paris, 2016, p. 43-116.

⁵³⁶ La logique est un outil universel qui permet de valider un raisonnement. Dans l'histoire de la science, on voit que ce sont les philosophes grecs, et en premier Aristote, qui codifient et règlementent la base de la logique classique. Nous citons un extrait du livre De ROMILLY Jacqueline, *Op. cit.*, p. 83, sur l'importance des règles logique dans l'élaboration du droit : « *la réflexion fut stimulée au V^e siècle, à Athènes, avec l'épanouissement de la pensée critique et l'influence des sophistes : toutes les valeurs et toutes les notions furent analysées, définies, contestées, dans un élan intellectuel sans pareil* ».

⁵³⁷ CABRIALLAC Rémy, *Le droit des obligations*, p. 19-20.

qualification de "contrat juridique » ainsi que ce qui le distingue des autres sortes de contrats.

260. Cependant, nous débutons par l'analyse de l'ancienne définition du contrat juridique (article 1101 du code civil issue de la rédaction de 1804). Celle-ci est importante car elle reflète la tradition du droit continental en ce qui concerne la définition du contrat, mise à jour par le code français⁵³⁸. Nous tracerons également l'évolution de ce concept avant le code civil 1804 et après la réforme de 2016. Les évolutions de cette définition nous renseignent sur les éléments essentiels du contrat. Ceux-ci forment la base de notre définition du contrat commercial et ils permettent de comprendre les origines de la divergence entre le contrat selon le droit continental et le contrat selon le droit anglo-saxon.

Ainsi, l'article 1101 du code civil 1804 disposait :

« Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

En appliquant la science logique, nous constatons rapidement que cette proposition qui énonce la définition du contrat, comprend le genre et l'espèce. La convention est le genre et l'engagement réciproque est l'espèce. En plus de ces deux éléments essentiels, cette proposition sous-entend "l'existence d'au moins deux personnes", qui s'obligent "à donner, à faire ou ne pas faire". Nous étudierons chacun de ces éléments dans ce chapitre. A cela, il faut ajouter l'ancien article 1108 qui exige l'existence d'une « *cause licite dans l'obligation* » pour qu'une convention soit valable.

261. Afin de comprendre la rédaction de l'ancien article 1101, il convient de se référer aux versions précédentes⁵³⁹ de cet article. Il a été façonné par les juristes romains, canoniques et modernes. Parmi eux, nous nous intéressons à deux juristes qui ont le plus influencé la rédaction du droit des obligations du code civil : Jean Domat⁵⁴⁰ et

⁵³⁸ Nous verrons bientôt que la définition actuelle du contrat en France a sa racine en droit romain mais avec quelques modifications par le droit canonique ou le droit naturel en France. Cf. *infra* n° 262.

⁵³⁹ Le droit romain, le droit canonique ont aussi influé le droit des contrats.

⁵⁴⁰ Jean Domat, né à Clermont, le 30 novembre 1625. Il est de tous les juristes français du dix-septième siècle celui dont le nom est destiné à rester le plus célèbre, parce que pour composer son beau livre des Lois civiles disposées dans leur ordre naturel, il remonta aux sources élevées d'où découlent tous les principes du droit, nous voulons dire aux notions de justice que Dieu inculqua, dès l'origine, dans l'intelligence du premier homme, et qu'il rendit ensuite plus brillantes par ses enseignements de son Verbe. Autrement dit, le livre de Domat est un livre entouré de toutes les lumières de la philosophie chrétienne, et comme ces lumières sont indéfectibles, elles communiquent à toute œuvre qui s'en est inspirée un éclat qui défie les siècles. AIMÉ Rodière, Les Grands juristes, Toulouse, 1847, p. 362.

Pothier⁵⁴¹⁵⁴².

Cette étude pour définir le contrat commercial est primordiale dans la mesure où il faut déterminer l'étendue du concept de contrat parmi tous les rapports juridiques. Ceci devient particulièrement plus compliqué après la réforme du droit des contrats car le législateur a rompu avec la tradition romaniste de la définition. Ce qui est fort regrettable car c'est l'essence du droit français.⁵⁴³ Dans ce paragraphe, nous étudierons les deux éléments essentiels de la définition classique du contrat, à savoir la convention (A) et l'obligation (B). Nous n'aborderons pas ici le rôle du contractant dans la formation d'un contrat car ce n'est pas un élément essentiel. Au contraire, le but du contrat (cause) étant un élément essentiel pour définir le contrat commercial, sera étudié dans le paragraphe suivant.

A) La convention

262. Le concept de « convention » est le sujet d'étude de plusieurs auteurs de droit. A partir de la rédaction du code de 1804, on constate que l'approche dominante pour expliquer le terme de convention consiste à la présenter comme un genre pour l'espèce du contrat⁵⁴⁴. Avant la réforme, le contrat est une convention qui oblige une personne envers une autre, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose (a). Alors qu'après la réforme, le contrat n'est plus une convention, mais un accord de volonté qui comprend la création, la modification, la cession et l'extinction d'une obligation (b). Nous verrons ensemble l'impact

⁵⁴¹ Robert-Joseph Pothier né à Orléans le 6 janvier 1699. Il a compris que la théorie des obligations ne devait pas être éclairée seulement par la raison pure, c'est-à-dire par ce rayon pâle que Dieu fait luire dans l'âme de tout homme venant en ce monde, qu'elle devait être éclairée aussi, sur bien des points, par les lumières plus vives de la Révélation. C'est en puisant à la fois à ces deux sources qu'il a composé son chef-d'œuvre, c'est-à-dire son *Traité des obligations*, qu'il publia en 1761, et qui devait, quarante ans après, servir de type aux rédacteurs du code civil. *Ibid.*, p. 374-376.

⁵⁴² LOCRE Jean-Guillaume, *Esprit du Code Napoléon*, tiré de la discussion ou Conférence historique, analytique et raisonnée du Projet de Code civil, des Observations des Tribunaux, des Procès-verbaux du Conseil d'état, des Observations du Tribunal, des Exposés de motifs des Rapports et Discours et etc., introduction, l'esprit du code civil, 1805, Introduction ; TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, CHENEDE François, *Droit civil : Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, Paris, p. 39.

⁵⁴³ Ce n'est pas le détachement au droit romain qui regrettable mais le détachement à la tradition romaniste qui est basé sur les procédés logiques.

⁵⁴⁴ Cf. sur la différence entre la convention et le contrat dans la pensée des auteurs modernes de droit : MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, LGDJ, Paris, 2020, 11^e éd., p. 232 ; AUBERT Jean-Luc, FLOUR Jacques, SAVAUX Eric, *Op. cit.*, p. 70 ; HOUTCIEFF Dimitri, *Droit des contrats*, Bruylant, 6^e éd., Bruxelles, 2021, p. 50-51 ; BENABENT Alain, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., Paris, 2021, p. 32 ; AILLAUD-BRUSORIO Marjorie, *Droit des obligations*, Bruylant, 12^e éd., Paris, 2021, p. 146.

de ce changement dans la détermination des espèces de contrat commercial.

a) Avant la réforme :

263. Il faut remonter un peu dans l'histoire afin de trouver l'origine de la définition du terme « *convention* » comme un genre pour l'espèce du contrat.

Pothier, dans son *Traité du droit des obligations*, explique ainsi : « un contrat est une espèce de convention. Pour savoir ce que c'est qu'un contrat, il est donc préalable de savoir ce que c'est qu'une convention »⁵⁴⁵. Il n'en dit pas davantage sur le contrat et ne précise pas de quelle espèce de convention il s'agit⁵⁴⁶.

Cependant pour expliquer la convention, il fait référence à Domat puisqu'il reprend sa définition de la convention : « Une convention ou un pacte (car ce sont des termes synonymes), est le consentement de deux ou de plusieurs personnes, pour former entre elles quelque engagement, ou pour en résoudre un précédent, ou pour le modifier. L'espèce de convention qui a pour objet de former quelque engagement, est celle qu'on appelle contrat. Les principes du droit romain sur les différentes espèces de pacte, et sur la distinction des contrats et des simples pactes, n'étant pas fondé sur le droit naturel, et étant très éloignés de sa simplicité, ne sont pas admis dans notre droit »⁵⁴⁷.

Nous voyons bien que dans cette définition, les deux concepts de « *convention* » et de « *pacte* » sont synonymes et peuvent être utilisés comme genre dans la définition du contrat. Pothier, suivant Domat, ne fait pas non plus la distinction entre le pacte et la convention. Il exclut l'étude de la différence entre ces deux concepts.

264. Pourquoi Domat réfute-t-il la distinction entre pacte et convention ?⁵⁴⁸ C'est logique : il refond le droit romain, il n'en fait pas un commentaire mais il essaie de mettre à jour les notions du droit romain dans la France du 18^e siècle. Pour lui, la distinction entre ces deux concepts est incompatible avec l'ordre juridique de son époque. Il écrit ainsi,

⁵⁴⁵ POTHIER R. J., *Traité des obligations*, T. 1, SIFFREIN, Paris, 1822, p. 80.

⁵⁴⁶ Nous avons posé cette question d'après la science logique et la tradition du droit romain pour définir un concept. En effet, nous supposons que dans chaque définition, il faut un genre et une espèce.

⁵⁴⁷ POTHIER R. J., *Op. cit.*, p. 80 ; Cf., égal. DURANTON Alexandre, *Les cours de droit français suivant le code civil*, 4^e éd., Paris, 1844, T. 2, p. 34-37.

⁵⁴⁸ Cf. sur le sujet de la distinction entre la convention et le pacte : FABRE-MAGNAN Muriel, *Droit des obligations, contrat et engagement unilatéral*, T. I, PUF, 6^e éd., Paris, 2021, p. 61-62 ; TERRÉ François et al., *Op. cit.*, p. 38 ; DEROUSSIN David, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2^e éd., Paris, 2012, p. 121-125.

dans son *Traité des lois civiles* : « Les conventions sont les engagements qui se forment par le consentement mutuel de deux ou plusieurs personnes, qui se font entre elles une loi d'exécuter ce qu'elles promettent [...]. On voit par cette idée générale des conventions, que ce mot comprend, non-seulement tous les contrats et traités de toute nature, comme la vente, l'échange, le louage, la société, le dépôt et tous autres, mais aussi tous les pactes particuliers qu'on peut ajouter à chaque contrat, comme sont les conditions, les charges, les réserves, les clauses résolutoires, et tous autres. Et ce mot de conventions comprend aussi les actes mêmes par lesquels on résout ou change par un nouveau consentement les contrats, les traités, les pactes où l'on était déjà engagé »⁵⁴⁹.

Donc pour Domat la convention est un nom général, qui comprend toutes sortes de contrat, traités et pactes de toute nature.

C'est à partir de cette idée que Pothier commence à définir le contrat comme une espèce de convention créant une obligation. Et c'est cette définition qui a été retenue dans le code civil et réaffirmée par la majorité des auteurs du droit civil moderne⁵⁵⁰.

265. Nous étudierons la différence entre la convention et le pacte en droit romain puis nous démontrerons pourquoi il est nécessaire d'opérer cette distinction aujourd'hui.

D'après les juriconsultes romains, le contrat est une convention qui a « *soit un nom, soit une cause* »⁵⁵¹. Cette définition nous donne beaucoup d'informations sur la convention et le contrat⁵⁵². Il est à noter que, pour une raison que nous ignorons, elle est oubliée des études des juriconsultes portant sur le droit des contrats et est absente de celles des auteurs du 19^{ème} siècle.

266. En droit romain, le genre de la définition du contrat c'est la convention.

⁵⁴⁹ Domat Jean, *Œuvres complètes de Jean Domat : Loi civile*, Imprimerie de Firmin Didot, Paris, 1828, p. 121.

⁵⁵⁰ CARBONNIER J., *Droit civil : les obligations*, PUF, 22^e éd., Thémis, Paris, 2000, n° 15 ; AUBERT Jean-Luc, FLOUR Jacques, SAVAUX Eric, *Op. cit.*, n° 79-80, WEILL A., TERRÉ François., *Droit civil : Les obligations*, Dalloz, 3^e éd., Paris, 1980, n° 23 et s. ; Distinction plus nette chez GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, *Traité de droit civil : La formation du contrat*, T. I, LGDJ, 4^e éd., Paris, 2013, n° 5. Ces auteurs utilisent bien évidemment le terme « convention » avant la réforme du droit des contrats.

⁵⁵¹ *conventio nomen habens à jure civili vel causam*, DURANTON Alexandre, *Op. cit.*, p. 35.

⁵⁵² La raison pour la distinction entre le contrat nommé et contrat innommé qui est resté dans notre droit depuis l'époque des romains. Pothier dans son livre, « traité des obligations », cite les classifications romaines du contrat. Phrase non compréhensible.

Mais au contraire de ce que disait Domat par rapport à la convention au 18^{ème} siècle⁵⁵³, en droit romain, il existait une différence fondamentale entre la convention et le pacte⁵⁵⁴.

La convention est définie comme un consentement des accords, assorti d'une action d'une des parties à l'accord. En d'autres termes, une convention est un accord de volontés créant une obligation civile, par opposition à une obligation naturelle. Au contraire, l'accord de volontés créant une obligation naturelle est dénommé le pacte⁵⁵⁵⁵⁵⁶.

C'est à partir de cette distinction importante que le terme général de « *convention* » est choisi comme espèce pour définir les accords de volontés générant une obligation civile. Donc, quand les juristes définissaient le contrat de vente comme une convention « *par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer* », ils voulaient en premier lieu insister sur le fait que cet accord de volonté créait une obligation civile, c'est-à-dire qu'il permettait aux parties de bénéficier d'une action.

267. C'est pour la même raison que, dans le code de 1804, le cautionnement n'est pas défini comme une convention par laquelle une personne se porte garante du paiement de la dette d'une autre personne. En effet, en droit romain, le cautionnement n'était pas reconnu comme un contrat mais comme un simple outil venant renforcer la convention principale⁵⁵⁷.

268. En droit romain, la division entre la convention et le pacte est tout à fait logique lorsque le critère de distinction retenu est la création (ou non) d'une obligation civile par la conclusion de l'accord de volontés. Cette distinction est logique puisqu'elle relève d'une approche purement formaliste et juridique. Une difficulté survient depuis l'apparition d'une approche moraliste du droit. Cette approche moraliste consiste, pour les juristes, à choisir le droit naturel comme fondement du droit civil moderne⁵⁵⁸.

⁵⁵³ Qu'il n'y a pas de différence entre la convention et le pacte et contrat en droit naturel.

⁵⁵⁴ DEROUSSIN David, *Op. cit.*, p. 121-125.

⁵⁵⁵ Evidemment la compréhension de cette distinction suppose la compréhension de la distinction entre l'obligation civile et obligation naturelle au sens du droit romain. Nous allons le voir le paragraphe suivant.

⁵⁵⁶ Par rapport à l'obligation naturelle et l'obligation civile.

⁵⁵⁷ Cette remarque ne concerne pas non seulement à la façon dont on définit un contrat, mais aussi elle concerne la terminologie utilisée dans le code civil. Une méthode unique de définition exige que tous les contrats soient définis de la même manière.

⁵⁵⁸ Cf. sur cette période, TERRÉ François et al., *Op. cit.*, p. 39-40, l'auteur montre que Domat et Pothier ont subi l'influence de Grotius et de l'Ecole du droit naturel qui cherche à fonder l'autorité du droit non plus sur la divinité, mais sur l'homme et les libertés naturelles. De plus, le régime de contrat repose également sur un

269. Cette difficulté peut s'expliquer ainsi : d'après Domat et Pothier, la division entre obligation civile et obligation naturelle en droit naturel n'est pas fondée et, en conséquence, la division entre la convention et le pacte n'a pas de sens. Pothier les qualifie même de termes « *synonymes* ». Mais quand on regarde bien cette évolution, on constate que l'utilisation de la convention comme un genre de contrat provient d'une mauvaise interprétation du droit romain et d'un mauvais emploi des termes de « convention » et de « pacte ». En effet, la distinction entre obligation civile et naturelle au sens du droit romain n'existe plus, il n'était donc pas judicieux de continuer à distinguer entre la convention et le pacte et de maintenir ces terminologies juridiques dans le droit moderne. Cette approche a perduré jusqu'à notre époque, même après la réforme du droit des contrats.

b) Après la réforme :

270. Quand nous analysons l'article 1101 du code civil après la réforme, on constate que le réformateur du droit des obligations a changé la façon dont le contrat est défini. En effet, désormais, le contrat n'est plus défini en fonction de son espèce et de son genre.

Premier indice de l'abandon de ce mode de définition, le terme « *convention* » a été remplacé par « accord de volontés ». Cette modification répond au souci du législateur de rapprocher le droit français des droits nationaux étrangers, voire d'harmoniser droits français, européen et international. En effet, en droit international, le contrat n'est pas défini en raison de la divergence entre les systèmes juridiques sur la définition du contrat⁵⁵⁹.

Une autre raison à l'abandon de la définition du contrat en fonction de son espèce et de

devoir de conscience ou d'une manière générale sur une approche morale (le respect de la parole donnée).

⁵⁵⁹ Par exemple en France, le contrat est défini comme un accord de volonté qui crée ou transfère d'une obligation. De ce fait, nous pouvons avoir des contrats unilatéraux alors qu'en droit anglais le contrat naît avec un échange économique qualifié de « *bargain* » où les parties vont d'un commun accord subir un préjudice qualifié de « *detriment* » avec la considération d'un profit « *benefit* ». Il est donc impossible d'imaginer un contrat unilatéral. MARKESINIS Basil S., « La notion de *consideration* dans la *Common Law*. Vieux problèmes : nouvelles théories », RIDC, 1983, n° 4, p. 735-766. La question de la définition d'un contrat ne se limite pas à un débat purement pédagogique. HEUZE Vincent, « La notion de contrat en droit international privé », in Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé, 13^e année, 1995-1998, p. 319-344, met en exergue l'importance d'une définition unanime du concept de contrat au sein de l'union européenne. En effet, les règles de droit international privé en matière contractuelle sont, pour la plupart, issues de conventions internationales (les Conventions de Rome, pour ce qui concerne les conflits de lois, et des conventions de Bruxelles pour les conflits de juridictions). Or l'uniformisation des solutions, que poursuivent ces instruments, postule l'uniformité de leur interprétation. Si les États membres n'ont pas la même définition du contrat, même s'ils appliquent minutieusement les mêmes règles, on arrive à des résultats différents.

son genre est le fait que le droit français moderne se distingue du droit romain. Ainsi, la distinction entre convention et pacte est devenue inutile, Comme le dit Dimitri Houtcieff : « La distinction n'a cependant plus qu'un intérêt historique : en pratique, sous réserve de l'emploi plus fréquent du mot convention dans certains domaines (par exemple en matière de conventions collectives), contrats et convention ne se distinguent plus notionnellement »⁵⁶⁰.

271. Un tel changement n'a d'effet négatif ni sur l'extension de ce concept, ni sur le régime juridique du contrat, mais n'apporte pas non plus d'avancées positives. Pour nous, cette modification a seulement une vocation d'harmonisation terminologique.

Cependant, si le problème était seulement une question d'harmonisation du vocabulaire, il nous semble que ce travail d'harmonisation n'est pas achevé en matière contractuelle au sein du code civil. En effet, dans ce cas, il convient de changer tous les autres articles du code civil dans lesquels le mot « convention » est utilisé dans le sens d'accord de volontés, c'est-à-dire tous les articles relatifs aux contrats définis par le code civil (les contrats nommés)⁵⁶¹. Ainsi, par exemple dans l'article 1582 du code civil, la vente est définie comme « *une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer* ». Il convient de remplacer le mot « *convention* » par les termes « *accord de volontés* ». Donc le contrat de vente est un accord de volonté par lequel l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer.

272. Réduire la différence entre la convention et le contrat à un simple fait historique, sans aucun effet sur les contrats, n'est de toute façon pas si judicieux. Surtout en matière de science juridique, dans laquelle chaque mot a un sens précis. En effet, si les réformateurs du droit des obligations ont défini le contrat en se fondant sur la définition basée sur la vision de Pothier et Domat, cette dernière est elle-même fondée sur la définition du contrat en droit romain⁵⁶².

Une des plus grandes différences entre droit romain et droit naturel concerne l'extension du genre du contrat et l'intégration des contrats unilatéraux en son sein. En effet,

⁵⁶⁰ HOUTCIEFF Dimitri, *Op. cit.*, p. 50.

⁵⁶¹ Nous pouvons remarquer que dans l'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, remis à la Chancellerie, le 26 juin 2017 par l'Association Henri Capitant, qui s'inscrit dans l'entreprise de rénovation du droit privé français, cette dernière a pris en compte cette cohérence de terminologie. Par exemple pour la définition du contrat de vente la définition proposée est : Le contrat de vente est celui par lequel le vendeur transfère la propriété ou tout autre droit réel à l'acheteur qui s'oblige à en payer un prix.

⁵⁶² DURANTON Alexandre, *op. cit.*, p. 32 et s.

ces contrats unilatéraux n'existaient pas dans le concept de contrat du droit romain⁵⁶³. C'est la définition donnée par Domat au contrat en droit français qui a entraîné l'entrée des accords de volontés unilatéraux⁵⁶⁴ au sein du concept de contrat. Après la réforme, nous pouvons constater l'apparition de la catégorie des contrats unilatéraux au sein du code civil en droit positif (l'article 1106). Ce qui rend difficile le rapprochement entre le système juridique continental et le système *anglo-saxon*.

Clairement, cette définition du contrat par un accord de volontés cause une divergence entre le droit français et le droit *anglo-saxon*. En effet, alors que le deuxième ne reconnaît pas le concept de contrat unilatéral, le droit français connaît un régime juridique des contrats unilatéraux depuis l'apparition de cette définition.

Par conséquent, nous pouvons observer que la modification des terminologies afin de désigner le concept de contrat va sans doute avoir des conséquences sur son régime juridique. Les juristes ont réorganisé le régime juridique des contrats suite à l'apparition de nouvelles espèces de contrat. La confusion de terminologie entre le contrat, la convention, l'obligation et le pacte, au fil du temps, a modifié fondamentalement le concept de contrat en droit français.

273. Nous considérons que la nouvelle définition du contrat issue de la réforme de 2016 n'a pas fait évoluer la définition du contrat. C'est seulement la terminologie utilisée pour désigner un contrat qui a changé. Ce changement de terminologie s'est effectué dans le but de l'harmonisation du droit des contrats entre les systèmes juridiques. Cependant, il est regrettable que ce concept n'est pas évolué. En effet, cette nouvelle définition ne permet pas d'intégrer ou d'exclure des rapports juridiques contractuels. C'est pourquoi la portée de cette définition reste intangible.

Il convient de rappeler rapidement ici que ce débat terminologique relatif à la définition du contrat commercial est important, dans la mesure où par un contrat commercial, nous entendons avant tout, un accord de volonté réciproque. C'est-à-dire qu'un contrat unilatéral entre deux commerçants ne rentrera pas dans notre définition du contrat

⁵⁶³ Mais la plupart des auteurs disent que la notion du contrat unilatéral existait en droit romain. Ce qui nous semble inexact. En droit romain, il y avait une distinction entre les obligations unilatérale et bilatérale. (DEROUSSIN David, *Op. cit.*, p. 121). Le contrat par son essence est un acte réciproque. De plus, nous pouvons observer que la notion du contrat unilatéral ne fait pas partie des classifications du contrat que Pothier présente dans son traité du droit des obligations, p. 86 ; BARBAUD Marc-Olivier, *La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle*, LGDJ, Paris, 2014.

⁵⁶⁴ C'est-à-dire, l'accord dont l'obligation repose sur une seule partie.

commercial.

B) L'obligation

274. Nous avons présenté les définitions et les différences entre l'accord de volonté, la convention et le pacte au cours des différentes périodes historiques. Il convient maintenant de déterminer, parmi les accords de volonté, lesquels créent un contrat d'après le droit positif actuel.

Est-ce que l'accord de volontés entre deux amis pour aller au cinéma constitue un contrat ? ou encore, l'accord de volontés entre un fils et un père qui désire lui acheter une voiture peut-il être désigné par le mot « contrat » ?

En se basant sur la définition légale du contrat, on se sent obligé de considérer ces hypothèses comme un contrat. Car dans chaque cas l'accord de volonté est destiné à créer une obligation entre deux personnes. Mais nous sommes probablement unanimes à dire que ces hypothèses ne sont pas considérées comme un contrat. Alors, quels sont les éléments qui caractérisent les accords de volonté pouvant devenir un contrat ? L'analyse de la définition du contrat révèle que la réponse à cette question dépend de la notion d'obligation. L'accord de volontés doit-il être réciproque ou un accord de volonté peut-il être une promesse ?

275. D'après l'article 1101, dans ses anciennes et nouvelles rédactions, un contrat est un accord obligatoire, c'est-à-dire un accord de volontés qui instaure une obligation. Autrement dit, l'élément qui restreint l'extension de l'accord de volontés semble être l'obligation. Dans la définition du concept du contrat, l'un des points importants concerne à la fois la définition du concept de l'obligation et le fondement qu'on choisit pour déterminer ce qui crée une obligation.

276. Mais qu'entend-on par « obligation » ? est-ce que tous les types d'obligation forment un contrat ? Brièvement la réponse est négative. Ce sont les accords de volontés qui créent une obligation juridique qui forme un contrat. Afin de savoir pourquoi c'est une obligation juridique qui forme un contrat et non les autres obligations, il faut revenir aux origines de ce concept. Ces éléments, à côté de l'accord de volontés, vont permettre de déterminer la définition juridique du contrat. Notre méthode pour étudier cette notion est la même que celle utilisée lors de l'étude de la convention. Ainsi, nous comparerons les différents contours de ce concept en droit romain (a), dans le code de 1804 puis le code réformé (b).

a) L'obligation en droit romain

277. Lorsque les Romains analysent le droit dans la société romaine, ils commencent par présenter les personnes puis les choses. Ils expliquent ensuite les droits que chaque personne a sur les choses, ce qui correspond au droit réel, et le droit sur les personnes qui correspond au droit personnel ou à l'obligation.

278. Le juriste May, spécialiste du droit romain, explique d'une manière simple le droit (ou l'obligation) personnel : « le droit personnel est celui en vertu duquel une personne peut exiger d'une autre personne une prestation, c'est-à-dire la remise d'une chose ou l'accomplissement d'un fait. Une fois que cette prestation est opérée, la personne au profit de qui elle a été faite est exactement placée dans la situation du titulaire d'un droit réel »⁵⁶⁵.

D'après cette définition, la différence entre le droit réel et le droit personnel réside dans le fait que dans ce dernier cas, la prestation doit être effectuée par une personne. C'est pourquoi on l'appelle le droit personnel. On la dénomme également « obligation ». Elle est définie ainsi par Justinien dans *Les Institutes* :

« L'obligation est un lien de droit qui nous impose la nécessité de payer quelque chose conformément aux droit établis dans notre patrie ».

279. Cette définition de l'obligation donnée par Justinien est la définition la plus complète de l'obligation que les sources aient conservée. Elle précise les trois éléments essentiels de l'obligation. Ainsi :

- l'obligation crée un lien de droit entre deux personnes,
- ce lien consiste en ce que l'une de ces personnes est assujettie à accomplir certains actes au profit de l'autre ;
- l'accomplissement de ces actes est assuré à la partie qui doit en profiter au moyen d'une sanction légale⁵⁶⁶.

L'élément essentiel de cette définition et celui qui le distingue de la vision actuelle de l'obligation est le lien de droit assuré par une sanction légale. Comme dit dans *les Institutes*,

⁵⁶⁵ GASTON May, *Eléments de droit romain*, L. Larose, 7^e éd., Paris, 1901, p. 130.

⁵⁶⁶ *Ibid.*, p. 201-202 ; Cf. sur la définition de l'obligation en droit romain : GIRARD Paul-Frédéric, *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, Paris, 2003, p. 415-416 ; BREGI Jean-François, *Droit romain : les obligations*, Ellipses, Paris, 2006.

c'est un lien de droit conforme au droit établi dans la cité, c'est-à-dire que ce lien doit être reconnu et garanti par le droit de la cité. Ainsi, ce sont les actions légales que connaît le droit de la cité qui assurent l'existence de l'obligation.

Par exemple, selon le droit romain, dans l'hypothèse où un lien entre deux personnes existe en vertu duquel une personne peut demander quelque chose à une autre personne, tant que cette demande n'a pas été reconnue par le droit, le lien de droit ne se forme pas. Il n'y a donc ni créancier ni débiteur. La reconnaissance du lien de droit se fera par la création d'une action. Ainsi, l'obligation qui ne dispose pas d'action légale qui lui est rattachée est une obligation naturelle.

280. C'est l'existence d'une sanction qui est bel et bien le seul critère de la reconnaissance d'une obligation⁵⁶⁷. Les juristes romains ont l'habitude de se servir des expressions « obligation naturelle », par opposition à « obligation civile », « pour désigner une obligation à laquelle manque la sanction d'une action »⁵⁶⁸. Le terme « obligation », est généralement employé pour justifier le lien de droit entre deux personnes, mais lorsqu'elle est « naturelle » l'action en justice relative à cette obligation n'est pas connue. De ce fait le concept d'« obligation naturelle » était totalement distinct du concept d'obligation. C'est pour cette raison que la personne qui devait effectuer la prestation était mal considérée si elle n'effectuait pas sa prestation : le créancier de l'obligation naturelle n'avait aucun moyen d'agir en justice pour obtenir satisfaction⁵⁶⁹.

281. Comme nous l'avons vu, en droit romain, le périmètre du concept d'obligation est précisément défini : il s'agit d'un lien qui astreint une personne à donner quelque chose ou faire quelque chose pour quelqu'un d'autre selon le droit de la cité. L'obligation est un élément central du droit romain. Le contrat est donc un concept assujéti au concept d'« obligation ». C'est-à-dire que pour définir le contrat, on fait référence à la notion d'obligation. Autrement dit, les Romains étudiaient la convention ou le contrat en tant que source de l'obligation, et non, comme c'est le cas pour les juristes d'aujourd'hui comme outil encadrant les relations humaines.

⁵⁶⁷ Cf. ROBAYE René, *Droit romain*, Academia, Condé-sur-Noireau, 5^e éd., 2018, p. 193 : « *le juriste Paul (?), dans le Digeste, considère que l'essence des obligations n'est pas de nous faire acquérir la propriété ou une servitude sur un objet déterminé, mais de contraindre une autre personne à nous transférer quelque chose, ou à faire quelque chose pour nous, ou à nous garantir un certain résultat* ».

⁵⁶⁸ MARCHELARD Eugène, *Des obligations naturelles en droit romain*, Librairie August Durand, Paris, 1861, p. 11.

⁵⁶⁹ Cf. DEROUSSIN David, *Op. cit.*, p. 62-67.

282. Deux points importants sont à souligner en ce qui concerne la définition du contrat en droit romain. D'abord, pour définir le contrat, les Romains font référence à des concepts eux-mêmes bien définis. Ensuite, ils distinguent entre le contrat et l'obligation. En effet, en droit romain l'obligation est centrale et le contrat y est assujéti⁵⁷⁰.

b) Le code Napoléon avant et après la réforme

283. Le titre III du livre III du code civil de 1804 est consacré au « *contrat ou à l'obligation conventionnelle* » de manière générale. Le titre IV est consacré aux

⁵⁷⁰ Aujourd'hui, les auteurs juridiques se consacrent moins, voire pas du tout, à l'étude de la différence entre l'obligation et le contrat. Nous pouvons constater une confusion entre ces deux derniers concepts. Surtout, l'étude du concept d'obligation est tout à fait délaissée. La preuve en est le peu d'ouvrages juridiques qui y est consacré, au contraire du concept de contrat. Cependant, Eugène GAUDEMET dans son ouvrage, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, Paris, 2004, p. 21-35 » explique brièvement trois aspects de la différence entre l'obligation en droit romain et en droit moderne. Nous citons l'aspect qui est en lien avec notre thèse. A savoir, la centralité de l'étude du concept d'obligation en droit romain et sa différence avec le contrat : « *l'importance de l'étude de l'obligation en droit romain tient au fait qu'en droit romain, les modes de constitution des droits réels et les modes de constitution des obligations sont absolument séparés, sauf quelques exceptions pour les servitudes et pour l'hypothèque. A chaque catégorie de droits devait répondre une catégorie spéciale de modes de constitution ; pour les droits réels, tels que la propriété : la mancipatio, Vin jure cessio, la traditio; pour les droits personnels : les contrats et les délits. Donc, quand on voulait transférer la propriété, il ne suffisait pas de faire un contrat ; il fallait en outre, par exemple, opérer une mancipation. Dans une vente, l'intention des parties était normalement d'aboutir au transfert de la propriété, mais elles ne pouvaient réaliser cette intention par le contrat seul. Ce contrat donnait à l'acheteur un droit personnel contre le vendeur, non un droit réel sur la chose. Pour obtenir ce droit réel, l'acheteur devait agir contre le vendeur, pour se faire transférer la propriété, par un des modes spéciaux. Le transfert n'était réalisé que par mancipation, in jure cessio ou tradition, c'est-à-dire un acte absolument indépendant du contrat créateur d'obligation qui l'avait précédé.*

*En droit français, le principe est opposé par suite d'une pénétration réciproque des modes de constitution des droits réels et des droits personnels. Le plus important des modes de constitution des obligations, le contrat, est en même temps le mode de constitution des droits réels (art. 1438). Le contrat tendant au transfert ou à la constitution du droit réel sur un corps certain opère de lui-même transfert ou création du droit. L'importance de cette différence est immense ; elle réagit sur toute l'organisation de la propriété et du crédit. Soit l'hypothèse d'une vente de corps certain. Aujourd'hui, le contrat, par lui-même, en même temps qu'il crée l'obligation de transférer la propriété, l'exécute. Le titre constitutif d'obligation et le titre constitutif de droits réels se confondent en un seul acte juridique. En droit romain, les deux titres restaient distincts : vente, créatrice d'obligation ; acte de transfert, créateur de droit réel. En conséquence, puisqu'en droit romain les deux titres sont distincts, l'un pourra être valable, sans que l'autre le soit. Le contrat pourra être nul et le droit réel pourra cependant se trouver constitué ou transféré par l'effet du titre spécial. Si, par exemple, une personne voulait transférer la propriété d'une chose à une autre personne, à titre de donation, et que l'autre personne crût que la première avait l'intention de faire un prêt de consommation, il n'y avait pas de contrat, faute d'accord de volontés. Et cependant si une traditio intervenait, la propriété était transférée. L'acte créateur d'obligation était inexistant ; l'acte créateur de droit réel valable, car il y avait *justa causa traditionis*. Il produisait donc ses effets, malgré l'inexistence du premier. Supposons la même hypothèse en droit français ; la solution est inverse. C'est le contrat qui, en même temps qu'il crée l'obligation, transfère le droit réel. Si le contrat est nul, comme il est le seul titre de transfert, le droit réel ne pourra pas être transféré. Donc, la nullité du contrat entraînera la nullité du transfert du droit réel. La comparaison entre la valeur pratique des deux systèmes montre l'importance de cette différence dans les principes ».*

« engagements qui se forment sans convention »⁵⁷¹. La lecture de ces deux titres avec les autres dispositions du code révèle l'un des défauts de la définition du contrat dans le code de 1804 : l'absence de définition des concepts d'obligation ou d'engagement. Pourquoi une telle carence ? Est-ce volontaire ou involontaire ?

284. Nous étudierons les définitions données au contrat aux deux époques romaine et napoléonienne et nous illustrerons avec un exemple comment la définition du contrat comme un accord de volontés établissant une obligation est affectée par cette absence de définition de l'obligation.

- L'évolution de la définition du contrat aux époques romaines et napoléoniennes

285. En droit romain, une convention ou un contrat est défini(e) comme un accord obligatoire. Cette définition permettait aux romains d'exclure le concept de pacte du concept de contrat, c'est-à-dire l'accord qui ne génère qu'une simple obligation naturelle et non pas une obligation civile. Donc, si en droit romain une personne stipulait qu'elle allait prêter un livre à une autre personne, il y avait un contrat, parce que c'était une convention, mais pas un pacte car cette convention ne générerait pas une simple obligation naturelle mais une obligation civile.

286. Alors que, d'après le droit naturel et, surtout, dans la pensée de Domat, l'étude de la convention ou du contrat devient l'élément essentiel dans le droit positif de l'époque. Ce changement est remarquable, car il survient surtout suite à la disparition du concept de l'obligation dans le sens du droit romain (=obligation garantie par une action en justice).

287. Domat dans son livre « *des lois civiles* » parle de l'engagement et pas de l'obligation. Ce qui était important pour lui, c'était de montrer que l'obligation ou le droit personnel ne découle pas d'un formalisme juridique, mais de la volonté des parties. Il s'agit de la suite logique du droit naturel car, dans cette matière, c'est la volonté de l'Homme qui est source de l'engagement.

288. La même idéologie existe chez Pothier. Or, il a eu une forte influence, bien qu'indirecte, sur le code civil. Dans ses ouvrages, il tente de comparer le droit romain et le

⁵⁷¹ La terminologie utilisée dans le sommaire du code est aussi remarquable car il montre l'hésitation ou la confusion du législateur entre le contrat et la convention. De la même manière, nous constatons la même attitude pour l'obligation et l'engagement. Nous allons développer la différence entre ces deux concepts dans la suite.

droit positif de son époque, au contraire de Domat qui s'était détaché du droit romain. Pothier a voulu purger le droit romain afin de l'appliquer à sa Société.

Cette introduction nous a permis de présenter la pensée des auteurs spécialistes du droit naturel pour mieux comprendre leur influence sur le code civil de 1804.

289. Pour définir l'obligation, Pothier dit que l'obligation est le synonyme d'un « *devoir* ». Il y a deux types d'obligation :

Les obligations imparfaites ou les devoirs envers Dieu, seul envers qui « sommes comptables, qui ne donnent aucun droit à personne d'en exiger l'accomplissement »⁵⁷².

Les obligations parfaites ou engagements personnels qui « donnent à celui envers qui nous les avons contractées le droit d'en exiger de nous l'accomplissement »⁵⁷³.

Pothier ne définit pas l'obligation. Pour lui l'obligation est synonyme d'« *engagement* » et il suppose que tous les types de devoirs que l'on a envers les autres forment des engagements. En effet, on constate qu'il ne change que la terminologie : il emploie le terme d'engagement pour définir le contrat⁵⁷⁴ au lieu du terme d'obligation, sans donner d'indices pour déterminer ce qui relève de l'un ou l'autre. Cet engagement peut prendre n'importe quelle forme.

290. Cependant il tente d'avancer un critère pour définir l'engagement juridique.
⁵⁷⁵ Ainsi, pour lui, l'engagement a son essence dans l'intention de la partie qui s'engage envers l'autre de lui accorder le droit d'exiger l'accomplissement de cet engagement.

Comme nous pouvons le remarquer, ce critère n'est pas mesurable par les personnes extérieures à l'engagement ou par les arbitres par exemple, il est subjectif. Comme le précise Pothier, ce sont les circonstances ou le contexte dans lequel l'accord a été conclu qui déterminent si une partie avait, ou non, l'intention d'accorder le droit à l'autre d'exiger

⁵⁷² POTHIER R. J., *Op. cit.*, p. 77.

⁵⁷³ *Ibid.* p. 78.

⁵⁷⁴ Il définit le contrat comme un accord de volontés qui établit un engagement.

⁵⁷⁵ POTHIER R. J., *Op. cit.*, p. 80 : « [...]il suit que dans notre droit, on ne doit point définir le contrat comme le définissent les interprètes du droit romain, *Conventio nomen habens à jure civili, vel causam; mais qu'on le doit définir, une convention par laquelle les deux parties réciproquement, ou seulement l'une des deux, promettent et s'engagent envers l'autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose. J'ai dit, promettent et s'engagent ; car il n'y a que les promesses que nous faisons avec l'intention de nous engager' et d'accorder à celui à qui nous les faisons le droit d'en exiger l'accomplissement, qui forment un contrat et une convention ».*

l'exécution de l'accord. Le juge est donc chargé de décider si un contrat met en place une relation obligatoire via des éléments objectifs, et non subjectifs.

Si nous comparons le critère permettant de définir ce qu'est une obligation retenue dans le cadre du droit naturel, avec le critère retenu dans le droit romain, on constate que, dans ce dernier, l'obligation existe si une action en justice est accordée aux créanciers de l'obligation. S'il n'y a pas d'action, il n'y a pas d'obligation. Au contraire, en matière de droit naturel, le juge décidera en fonction de critères arbitraires, puisque choisis par les seules parties, s'il existe ou non une obligation, et, donc, s'il y a un contrat ou non.

291. Donc, si l'on considère l'obligation au sens large de promesse faite à quelqu'un, il est normal qu'il n'existe pas de définition de l'obligation, celle-ci peut correspondre à n'importe quelle promesse. L'extension de ce concept est très élargie par rapport à l'obligation civile comprise dans le sens du droit romain, c'est à dire une promesse assortie d'une action en justice.

Cela montre d'ailleurs que l'obligation naturelle évoquée dans l'ancien article 1235, alinéa 2 du Code civil (nouvel article 1302 du code civil) n'a pas de sens. Cet article prévoit :

« Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition. La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées ».

292. Comme nous l'avons dit, le problème essentiel de la définition du contrat dans le droit positif actuel (que ce soit dans le code de 1804 ou après la réforme), c'est l'absence de définition pour l'« obligation » contractuelle. Cette carence nous empêche de déterminer à quel moment un accord devient obligatoire. En l'absence de définition légale, il convient de se tourner vers la doctrine et la jurisprudence pour déterminer la définition de ce terme essentiel.

293. Dans les manuels de droit, pour expliquer le terme d'obligation, les auteurs prennent une de ses caractéristiques en droit romain. Ces derniers expliquent donc l'obligation en fonction de certaines caractéristiques de ce concept en droit romain et en droit naturel. Mais la définition de l'obligation n'est pas toujours concise et précise, ce qui présente des inconvénients.

D'après certains auteurs, l'une des caractéristiques fondamentales de l'obligation est son caractère patrimonial. En d'autres termes, elle est susceptible d'être appréciée en argent.

Pour d'autres auteurs, l'obligation recoupe tous les devoirs juridiques⁵⁷⁶. Ainsi, si l'on reprend l'un de nos exemples, si l'un des amis pouvait prouver devant un tribunal que l'absence de son ami au rendez-vous lui a causé un dommage économique, le juge devra appliquer le régime juridique du contrat à cet accord.

294. Pour conclure, comme à l'époque romaine, nous considérons que le concept d'obligation est une notion centrale dans la définition du contrat. Le contrat appartient au genre de la convention puisque « *le contrat suppose une convention* »⁵⁷⁷. La convention, distincte du pacte, comme le contrat, suppose une obligation. Et l'existence d'une obligation suppose une action en justice. Au contraire de ce qui se passait en droit romain, en droit moderne, la définition de l'obligation est délaissée. Aucune disposition du code ne définit le concept de l'obligation ou n'explique en quoi consiste le fait de s'engager. En conséquence, les rapports entre le contrat et l'obligation ne sont pas déterminés. Par conséquent, la définition du contrat semble imparfaite car l'obligation reste indéfinie.

§2) La définition de l'adjectif commercial : le but des contractants, la propriété essentielle définissant le contrat commercial

295. Après avoir défini le contrat juridique, il est nécessaire de déterminer les rapports contractuels qui rentrent dans la catégorie du contrat commercial. C'est sans doute l'adjectif commercial qui nous permet de surmonter cette tâche. Nous avons vu dans le premier chapitre que l'adjectif commercial a été défini différemment dans chaque branche du droit et il varie également pour un même concept, celui du « contrat ». Nous avons également vu que la doctrine ainsi que le code du commerce ont pris en compte plusieurs critères afin de définir l'adjectif commercial dans un rapport contractuel⁵⁷⁸. Nous tentons de déterminer quel(s) critère(s) légal (légaux) pourrai(en)t être choisi(s) pour définir le contrat commercial d'une façon identique en droit interne et international.

296. Avant de commencer l'étude du critère commercial, il est important de rappeler que la question du régime juridique du contrat commercial est une question à part.

⁵⁷⁶ BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil : Droit des obligations*, SIREY, 17^e éd., Paris, 2020, p. 61; CABRILLAC Rémy, *Droit des obligations*, Dalloz, 14^e éd., Paris, 2020, p. 1-4 ; AILLAUD-BRUSORIO Marjorie, *Op. cit.*, p. 1-20.

⁵⁷⁷ GASTON May, *Op. cit.*, p. 211.

⁵⁷⁸ Cf. *supra* n° 46 et s. Ces éléments sont la qualité des personnes, le risque, la spéculation, etc.

Tant que nous ne parvenons pas à nous entendre sur une espèce unique de contrat qui pourrait correspondre à la définition du contrat commercial, nous ne pourrions pas déterminer le régime juridique de ce contrat commercial.

297. Dans le chapitre traitant des fondements extra-juridiques du contrat commercial, nous avons retenu le critère de la spéculation comme critère de définition du contrat commercial⁵⁷⁹. Parmi les critères doctrinaux présentés dans le premier chapitre, nous avons également expliqué la raison pour laquelle nous préférons le critère de la spéculation. Ainsi, par l'adjectif « commercial », il faut entendre un état d'esprit cherchant à maximiser le bénéfice et la richesse. Un contrat commercial est donc un outil que les deux parties, dans leur relation contractuelle, utilise afin de maximiser leurs bénéfices. En choisissant ce critère de spéculation, nous recherchons un critère endogène du contrat commercial permettant de le distinguer des autres espèces de contrat (A). En évitant les critères exogènes, comme la qualité du contractant par exemple commerçant ou consommateur (B), nous essayons d'obtenir une distinction du contrat commercial universellement acceptée. Dès lors, nous allons vérifier si ce critère peut trouver son fondement juridique dans le droit positif actuel ou pas.

A) La cause (le but), élément constitutif du contrat commercial

298. Nous pouvons trouver ce fondement dans les articles 1128 et 1162 du code civil. Ainsi, l'article 1128 du code civil annonce :

« Sont nécessaires à la validité d'un contrat :

1° Le consentement des parties ;

2° Leur capacité de contracter ;

3° Un contenu licite et certain ».

L'article 1162 du code civil ajoute que le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.

L'article 1128 du code civil semble être une innovation de la part du réformateur car il a supprimé la notion de cause pour lui substituer la notion de « validité du contrat ». Mais quand nous regardons les articles détaillés de la sous-section III du nouveau code civil, nous pouvons constater que le concept de cause existe sous une autre terminologie. En effet, dans

⁵⁷⁹ Cf. *supra* n° 200 et s.

cette nouvelle sous-section, la définition du contrat correspond mot pour mot à la rédaction de l'ancien article 1108 du Code civil⁵⁸⁰ :

« Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation ».

Ainsi, cette sous-section du code présente des règles qui concernent la cause licite et l'objet certain du contrat. Avant d'expliquer pourquoi nous considérons que le « but » du contrat inscrit dans le nouvel article 1162 du code civil correspond en fait à l'équivalent de l'ancien concept de cause nous commencerons d'abord par une introduction historique de la notion de cause à deux périodes différentes : avant la réforme (a) et après la réforme du droit des contrats (b). Nous présenterons la distinction entre la cause efficiente, qui correspond à ce qui produit la chose ou ce qui est source d'une chose, et la cause finale, comprise dans le sens de finalité ou du but d'une chose⁵⁸¹. Il existe également une distinction entre la cause d'une obligation et la cause d'un contrat ou, plus exactement, la cause d'une convention⁵⁸².

a) La cause avant la réforme du droit des contrats

299. Comme la majorité des notions du droit des contrats, la cause trouve son origine dans le droit romain. Dans les textes de droit romain, la cause est surtout définie comme une « *source* », dans le sens de ce qui produit une chose⁵⁸³.

300. Nous étudierons la cause d'une convention. Rappelons d'abord comment le droit romain distingue la convention et le pacte. L'ancien droit romain⁵⁸⁴ « *ne reconnaissait*

⁵⁸⁰ Pour synonymie des mots but et cause dans la langue juridique, Cf. CAPITANT Henri, De la cause des obligations (contrat, Engagements unilatéraux, Legs), Librairie Dalloz, 3^e éd., Paris, 1927, p. 21-22 l'auteur fait une synthèse sur cette question. Il énonce la thèse selon laquelle but est équivalent de cause et puis par une anti thèse explique pourquoi ces deux concepts ne sont pas les mêmes. Nous pouvons dire que la réforme revient sur cette question posée déjà par la doctrine.

⁵⁸¹ Dans la pensée de l'histoire juridique, les juristes ou les auteurs juridiques parlent de cause sans préciser quel sens ils donnent au mot cause. Cf. également, GAUDEMET Jean, CHEVREAU Emmanuelle, Droit privé romain, Montchristien, 3^e éd., Paris, 2009, p. 263-264.

⁵⁸² Les causes dans la pensée d'Aristote sont au nombre de quatre ; Cause efficiente, Cause finale, Cause matérielle, Cause formelle. Cependant dans les études juridiques, seules les deux premières causes sont utilisées.

⁵⁸³ DAUFRESNE Eugène-Paul, De la cause en droit romain et en droit français, Paris, 1854.

⁵⁸⁴ Entre 509 av. J.-C. et 146 av. J.-C.

pas au simple pacte le pouvoir d'obliger ceux qui l'avaient fait. Ces derniers, s'ils désiraient donner une valeur juridique à leur convention, procurer une action à celui d'entre eux qui occupait la place de créancier devaient employer un procédé déterminé, traduire leur volonté par une formule »⁵⁸⁵. Cet élément formel des contrats est dénommé *causa civilis* et est indispensable à leur formation⁵⁸⁶. Cependant, dès l'instant où cet élément est présent, la convention est valablement formée. Il n'y a donc pas à se préoccuper du pacte antérieur auquel se rattache l'opération juridique, ni à rechercher les motifs qui ont poussé l'une des parties à s'obliger, ni même à s'assurer que l'obligation trouve sa base dans un contre-équivalent, ou qu'elle repose sur une cause réelle et licite⁵⁸⁷.

301. Mais cet état de fait a un inconvénient évident : le contrat formel peut valider une obligation qui devrait normalement être nulle, soit parce que le contre-équivalent fait défaut, soit parce qu'il est illicite ou immoral.

Mais, avec le nouveau droit romain⁵⁸⁸, les contrats réels ou consensuels ne posent plus un tel problème. En effet, ils n'impliquent plus la seule existence de l'obligation, mais également celle d'un contre-équivalent la légitimant, la cause du contrat. C'est ce qu'on appelle dans notre droit moderne l'existence d'une contrepartie. Ainsi, dans les contrats réels, la cause est la chose. Au contraire, dans les contrats consensuels, notamment tous les contrats synallagmatiques, c'est l'obligation de chaque partie. Si l'on est en présence d'un contrat sans cause ou ayant une fausse cause ou une cause illicite, le contrat n'est donc pas valable.

302. Cependant, ce nouveau droit n'a accordé le pouvoir d'obliger civilement une partie qu'à un nombre très restreint de pactes. En outre, quasiment tous ces contrats étaient placés sous le régime de la bonne foi, donc soumis au pouvoir discrétionnaire du juge pour déterminer l'existence d'un contrat ou non. Cela ne convenait pas aux parties au contrat, c'est pourquoi les contrats formels, pourtant des institutions de l'ancien droit, demeurent d'usage fréquent à l'époque romaine⁵⁸⁹.

303. En raison des difficultés liées aux contrats formels et sous l'influence

⁵⁸⁵ WAGNER Albert, De la Nullité de la cause illicite, Thèse de doctorat, L'Université de Paris, 1900, p. 13-14.

⁵⁸⁶ GIRARD Paul-Frédéric, *Op. cit.*, p. 485-486.

⁵⁸⁷ CAPITANT Henri, *Op. cit.*, p. 96-97.

⁵⁸⁸ Le nouveau droit romain ou l'époque classique est la période entre le milieu du deuxième siècle av. J.-C. et la fin du deuxième siècle de notre ère.

⁵⁸⁹ WAGNER Albert, *Op. cit.*, p. 16.

d'idées nouvelles, les juristes ont cherché à apporter aux effets des contrats formels les modifications que l'équité réclamait. Ils ont ainsi fait rentrer dans l'organisation du contrat la notion de cause. Cependant, la cause n'était jamais considérée comme l'élément formateur du contrat. Elle était seulement employée comme un moyen d'annuler l'obligation sans cause ou fondée sur une cause illicite⁵⁹⁰.

304. C'est à partir de cette période que la cause a pris un nouveau sens. Ainsi, dans la catégorie des contrats consensuels, la cause du contrat est la contrepartie. C'est également ce qu'affirme la définition du contrat donnée par le code civil : le contrat est une convention qui a un nom ou une cause.

305. Nous considérons que c'est à partir de la période où la cause entre dans le contrat que cette définition est apparue, définition qui sera à l'origine de la divergence entre le droit continental et le droit anglo-saxon concernant la définition du contrat.

306. Quant au sens du mot « *cause* » de l'obligation en droit romain, le terme « *cause* » signifie « source ». Donc, la cause de l'obligation c'est tout ce qui crée l'obligation. Nous savons qu'une des causes de l'obligation est la convention. Donc, quand les romains disent que la cause de l'obligation doit être légitime, cela veut dire que les conventions et les contrats, qui créent l'obligation, doivent eux aussi être légitimes⁵⁹¹.

Donc, en droit romain, tant que la forme du contrat est respectée, l'obligation – même immorale – persiste. Alors pour pallier ce problème, le droit prétorien romain a créé la notion de cause licite de l'obligation. Celle-ci permet au défendeur de demander l'annulation de l'obligation pour défaut de cause, cause illégale, immorale ou fausse cause. Cause est entendue ici dans le sens de source de l'obligation. Par exemple, si un contrat est conclu dans un domaine illégal, comme les jeux de hasard, celui qui subit un préjudice dans ce domaine, en perdant au jeu par exemple, peut demander sa libération pour cause illégale⁵⁹².

307. En résumé, Il ne faut pas confondre la cause d'un contrat avec la cause d'une obligation. La cause d'un contrat est la contrepartie et la cause d'une obligation est le contrat. Cette différence est liée à l'importance de l'obligation en droit romain. La création de la cause en droit romain a constitué une réponse aux cas où une obligation se formait alors

⁵⁹⁰ *Ibid*, p. 16-17.

⁵⁹¹ DAUFRESNE Eugène-Paul, *Op. cit.*, p. 46.

⁵⁹² CLOLUS-FROMENT Émile, *Du Jeu, du pari et des jeux de Bourse*, Thèse de doctorat, Toulouse, 1859, Imprimerie Bayret, Pradel, p. 3-30.

qu'une partie n'avait aucune contrepartie, ou que la contrepartie était illicite ou fausse.

308. C'est ce sens que le droit *Common Law* utilise d'ailleurs afin de définir la notion de « contrat »⁵⁹³. En effet, depuis le 19^e siècle, avec l'essor de la théorie moderne des contrats commerciaux, la *Common Law* s'est mise à donner au mot *consideration* le sens technique que nous lui connaissons, à savoir ce qui est donné ou subi en échange d'une promesse pour la rendre exécutoire⁵⁹⁴.

Mais cette notion de cause a-t-elle conservé le même sens dans le code civil de 1804 ?

309. L'ancien droit français a connu une évolution de la notion de cause. Ainsi, après l'époque du droit romain et sous l'influence du droit naturel, le sens de la cause a été modifié⁵⁹⁵. Elle est désormais employée dans le sens de motif ou de finalité que les parties recherchent. Nous cantonnerons l'étude de ce changement de signification au seul domaine contractuel.

310. A l'époque du droit naturel, la cause de l'obligation sort du domaine central des études du droit car l'obligation n'est plus le sujet primordial des études du droit, ces dernières se focalisent désormais plutôt sur le contrat ou la convention. Cependant, la règle retenue dans le code civil de 1804 est la même que celle en vigueur sous l'égide du droit romain. L'article 1131 indique ainsi : « *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ».

Alors, tout de suite, nous pouvons de nouveau remarquer une erreur de logique de la part du législateur en 1804. Il a repris une règle concernant un concept juridique dont le sens a été changé.

311. Nous l'avons vu, le contrat formel n'est plus admissible. Si une obligation a été établie sur un support écrit, elle n'est valable que si elle se justifie par une raison valable. C'est-à-dire que, pour toute dette, il faut présenter isolément une justification, une raison d'être, une cause. C'est l'ancien droit français qui, sous l'influence du courant de pensée du droit naturel, a instauré ce nouvel ordre. Il a ainsi proscrit le contrat formel, qui permet la création d'une obligation sans cause ou immorale, et a posé l'exigence de l'existence d'une

⁵⁹³ Cf., note de bas de page n° 571.

⁵⁹⁴ MARKESINIS Basil S., *Op. cit.*, p. 735-766 ; SNOW Gérard, Normalisation du vocabulaire du droit des contrats : dossier de *consideration*, Le Centre de traduction et de terminologie juridiques (CTTJ), en ligne :

http://www.cttj.ca/Documents/droit_contrats/consideration_9B.pdf

⁵⁹⁵ CAPITANT H., *Op. cit.*, p. 126 et s.

cause licite pour la création de toute obligation.

312. Mais comme le souligne bien Mr Wagner dans sa thèse, intitulée « *De la Nullité de la cause illicite, thèse de doctorat* », l'ancien droit est allé très loin et a exigé l'existence d'une cause pour tous les contrats qui sont nés de l'idée de causalité, de contrepartie, c'est-à-dire le contrat consensuel (synallagmatique) et le contrat réel. Le fait d'exiger absolument une cause contractuelle a constitué une erreur de logique de la part des juristes de l'Ancien Droit. En effet, nous avons vu qu'en droit romain, la cause a été introduite pour les opérations juridiques dont la formation n'exige pas de condition particulière pour être valablement formées, - le contrat formel par exemple. Dans ce cas, la cause solutionnait la problématique liée aux contrats formels sans cause. Cependant, si le droit naturel a supprimé le principe de formalisme du contrat, les contrats deviennent de fait consensuels. Il paraît alors illogique de faire de la cause un élément essentiel à la formation du contrat. Les seuls domaines d'application de la cause perdurant devraient être les promesses, les cédules et les obligations⁵⁹⁶.

Conclusion :

313. La cause ne devrait pas figurer dans un article distinct au sein du droit moderne français. D'une part, parce que la cause illicite au sens du droit romain (qui correspond à la cause efficiente, la source de l'obligation) n'est pas applicable en droit positif actuel puisque le contrat formel n'existe plus. D'autre part, car le principe de l'existence d'une cause « *licite* » au sens du droit moderne (qui correspond à la cause finale, le but des parties) est exigé par l'article 6 du code civil :

« On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

Exiger une cause licite, séparément, dans un autre article, n'apporte rien au régime juridique du contrat. La décision des réformateurs de supprimer cette notion est donc défendable.

Si la suppression de la cause est logique, quel est l'intérêt de cette notion dans notre étude ? Nous considérons que la cause ou le but de contrat est un élément constitutif de la définition du contrat commercial.

⁵⁹⁶ Concernant la notion de cause dans l'Ancien Droit français Cf. Capitain Henri, *Op. cit.*, p. 126-171 ; Wagner Albert, *Op. cit.*, p. 27-32.

b) La cause après la réforme

314. Nous venons d'étudier l'évolution historique de la notion de cause, ce qui nous a permis de connaître le sens et les raisons de la suppression de cette notion en droit français. Si nous prenons le concept de cause dans le sens de cause finale, donc qui s'intéresse au but, nous pouvons dire qu'au contraire de ce que pourrait nous fait croire la réforme du droit des contrats et les commentaires des juristes sur ce sujet, le concept de « but » a été reconnu en droit positif. C'est la raison pour laquelle nous retenons l'existence, en droit positif, du critère du « but » contractuel pour définir le contrat commercial.

315. Avant la réforme, la cause est utilisée comme un élément négatif de validation du contrat. Autrement dit, le contrat ne doit pas avoir un but immoral ou illicite pour être validé. Dans cette thèse, nous utiliserons cette fois la notion de but comme un élément positif de définition du contrat commercial. D'après notre définition, le contrat est commercial s'il poursuit un but spéculatif. Le critère que nous retenons pour définir le contrat commercial est l'existence d'un but commercial lors de la conclusion du contrat pour les deux parties.

316. D'après nous, le but spéculatif doit être le seul but des parties. Ainsi, ce qui importe aux parties, c'est de s'enrichir. En d'autres termes, la spéculation est la base du contrat commercial. Donc dans ce type de contrat, la personnalité de(s) autre(s) cocontractant(s) n'est pas importante. De même, l'objet du contrat n'est pas primordial pour les parties.

Nous pouvons présenter deux exemples :

- cas de deux parties dont le but est de faire du commerce d'électroménager, de céréales ou de vin.
- cas où une des deux parties veut faire le commerce d'une marque spéciale d'électroménager ou d'une appellation spécifique de vin ou de céréale cultivée sur un terrain spécifique⁵⁹⁷.

Dans la première hypothèse, étant donné que les deux parties achètent dans le but de

⁵⁹⁷ Un contrat conclu entre deux commerçants sur une appellation spécifique du vin peut-il être considéré comme un contrat commercial ? La réponse est oui. Parce qu'il faut savoir qu'on est en présence d'un faisceau d'indices. Si tenant compte des autres éléments du contrat on peut supposer qu'il y a un but purement commercial, le seul élément de l'objet ne peut empêcher le caractère commercial du contrat. Mais si la première chose établie par les contractants était cette appellation spécifique, on est en face d'un contrat non commercial.

revendre et faire du bénéfice, nous considérons que nous sommes dans un contrat commercial. Nous attirons l'attention sur le fait que les deux parties souhaitent s'enrichir. Il se peut que le lecteur pense que cela est la définition de l'acte de commerce car acheter dans le but de revendre est un acte de commerce comme il est marqué dans l'article L.110 du code de commerce. Mais il faut faire attention que la doctrine commerciale a proposé l'achat pour le revendre (la spéculation) afin de déterminer le caractère commercial d'une personne. C'est-à-dire que si le but d'une personne, isolément des autres, est de spéculer, alors son activité doit être considérée comme un acte de commerce. Alors que d'après notre définition, dans un contrat commercial, les deux parties souhaitent spéculer via un seul contrat. Par exemple dans un contrat de vente commerciale, le vendeur souhaite faire un bénéfice en vendant sa marchandise alors que l'acheteur acquiert la marchandise dans le but d'un futur bénéfice.

Dans la deuxième hypothèse, comme nous pouvons le remarquer, il y a une seule personne qui veut s'enrichir. L'autre partie souhaite seulement un besoin consumériste. Pour faire simple, nous pouvons dire qu'un contrat commercial d'après notre définition est le cas d'une vente grossiste par exemple. Ou la chaîne des contrats sur un service ou une marchandise qui précèdent un contrat de consommation.

B) La qualité commerciale des contractants, un indice révélateur du but des contractants

317. La question qui se pose ensuite est de savoir si les parties, doivent être des commerçants pour que le contrat soit qualifié de contrat commercial. Cette question se pose notamment en raison de la classification dominante actuelle qui est retenue en ce qui concerne le contrat commercial : celle-ci exige au moins un cocontractant commerçant pour qualifier un contrat de commercial.

Cette question fait référence à une notion plus générale en droit des contrats, celle des personnes qui concluent le contrat. Sous cette rubrique, les juristes s'intéressent normalement à la capacité juridique des personnes et surtout à celles qui ne sont pas capables de conclure un contrat. Dans notre thèse, au contraire, nous vérifierons si le degré de capacité de ces personnes "capables" est le même.

Il est en effet nécessaire d'expliquer davantage la notion de « commerçant » et la raison pour laquelle cette personne mérite de se voir appliquer un corpus de règles différent.

318. Si nous considérons le commerçant à part, ce n'est pas seulement parce qu'il cherche à maximiser ses bénéfices et qu'il pense en termes spéculatifs, mais également car il dispose d'un ensemble de connaissances non-visibles ou non-prises en compte par le droit civil.

Ainsi, un commerçant qui a signé un contrat de consommation doit se voir appliquer un corpus de règles moins protectionnistes qu'un particulier car il a des atouts qu'un simple particulier n'a pas. En revanche, les deux parties d'un contrat commercial étant de capacité égale, elles ne doivent pas être soumises à des règles protectionnistes. Donc, il convient de rechercher si les parties sont entrées dans une relation contractuelle en connaissance de cause, c'est-à-dire en connaissant les risques commerciaux.

319. A notre sens, la qualité (ou non) de commerçant des parties ne doit pas nécessairement être prise en compte puisque la qualité des parties n'est pas déterminante pour le sort du contrat. Cela pourrait constituer un simple indice de la nature du contrat. Nous l'avons dit, ce qui est essentiel, c'est le but des parties. D'après ce critère, quand le but d'un contrat n'est pas la maximisation du profit pour les cocontractants, même s'ils sont des commerçants, le contrat doit être considéré comme un contrat de consommation.

Section 2 : La définition du contrat commercial et la théorie générale du contrat

320. Après avoir défini le contrat commercial comme un accord de volonté afin d'établir un engagement dont le principal but des contractants est la spéculation, il convient de vérifier ce critère.

321. Le critère de spéculation nous a permis de filtrer une classe des contrats parmi les espèces des contrats valables en droit français. En d'autres termes, nous avons procédé à une classification des contrats. Mais pourquoi faut-il classer ? La meilleure réponse est celle de M. Carbonnier. A l'occasion de l'étude de théorie générale du droit, le doyen Carbonnier explique que « *distinguer, définir, dénommer, classer, articuler le couple principe/exception, etc. toutes ces opérations intellectuelles, appliquées au droit, tendent à le rationaliser* »⁵⁹⁸. En effet les espèces du contrat sont si variées qu'il faut une classification afin de les regrouper⁵⁹⁹.

⁵⁹⁸ CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, PUF, 2^e éd., 2004, Paris, p. 25

⁵⁹⁹ Cf. sur ce sujet : BERGEL Jean-Louis, *op. cit.*, p. 223 ; TERRÉ François, MOLFESSIS, Nicolas

Pour cela, il convient grâce à la science Logique, d'expliquer comment il faut classier des concepts (A). C'est important car cela nous permet de vérifier si nous pouvons justifier l'apparition d'une nouvelle classe des contrats (le contrat commercial) d'un côté et de vérifier si notre critère de classification peut être justifié d'un autre côté. Une fois cette nouvelle classe de contrat justifiée, il convient de la placer parmi des classifications existantes (B). Enfin il convient de vérifier ce critère d'un point de vue international afin de savoir s'il peut être accepté dans la communauté internationale ou pas. C'est-à-dire savoir si ce critère peut être valable dans les différents systèmes juridiques et rapprocher différents droits nationaux en matière contractuelle. Une filtration qui permet d'établir une relation d'égalité entre l'extension du contrat commercial en France et en droit *Anglo-Saxon*. Ce critère est défendable dans la mesure où s'est fondé sur le droit naturel.

§1) Comment classier ?

322. Dans la section préliminaire, nous avons expliqué qu'une bonne classification est fondée sur trois conditions. Celles-ci sont :

1. Une classification est complète à condition que l'extension du genre soit identique à la réunion de l'extension de toutes les espèces. Autrement dit, le genre et l'ensemble des espèces renvoient exactement aux mêmes objets, c'est-à-dire que l'extension du genre inclut l'extension de toutes les espèces et l'extension de toutes les espèces inclut celle du genre (les extensions sont identiques).

2. Une classification est cohérente si aucun objet n'appartient à la fois à deux espèces différentes. Toutes les espèces doivent être indépendantes les unes des autres : il ne doit pas y avoir de chevauchement entre les espèces.

3. Une classification doit utiliser un critère essentiel qui permet de subdiviser le genre en plusieurs espèces. Ce critère est relatif à l'objectif poursuivi par la classification. Cette troisième condition exige que la classification se fasse d'après un critère essentiel et dans un objectif spécifique. La première exigence (critère essentiel) permet à un logicien de faire une bonne classification. La deuxième exigence permet de montrer l'utilité ou l'intérêt d'une classification. En droit des contrats, l'objectif ou l'intérêt selon lequel un juriste procède à une classification est de déterminer et de clarifier le régime juridique d'un contrat. Cette utilité est

Introduction générale au droit, p. 364 ; EISENMANN Charles, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications », APD, La logique et le droit, 1996, p. 36 ; OVERSTAKE J. F., Essai de classification des contrats spéciaux, Paris, LGDJ, 1969.

une évidence, car un juriste en face d'un contrat n'a d'autre but que de déterminer son régime juridique.

323. La diversité des contrats spéciaux conduit inévitablement à une difficulté de leur classification⁶⁰⁰. Ces trois critères nous permettent de faire une analyse minutieuse sur les classifications existantes et aussi de justifier notre classification (le contrat commercial et le contrat civil). Le code civil⁶⁰¹ ainsi que la doctrine ont proposé plusieurs classifications. Nous commençons tout d'abord par les classifications du code civil. Le code civil de 1804 dans les articles 1102 jusqu'à 1106 et la réforme du droit des contrats dans les articles 1106 jusqu'à 1011-1 ont présenté plusieurs classifications.

Ces classifications sont :

Selon l'ordonnance de 2016 : le contrat nommé / le contrat innommé, le contrat synallagmatique / le contrat unilatéral, le contrat commutatif / le contrat aléatoire, le contrat solennel / le contrat consensuel, le contrat de gré à gré / le contrat d'adhésion, le contrat cadre / le contrat d'application, le contrat à exécution successive / le contrat à exécution instantanée.

Et selon le code de 1804 : le contrat nommé / le contrat innommé, le contrat synallagmatique / le contrat unilatéral, le contrat commutatif / le contrat aléatoire, le contrat de bienfaisance/ le contrat à titre onéreux. En comparant le code de 1804 et la réforme, nous pouvons constater que le législateur a fourni une liste des classifications plus complète. 602

La doctrine a également à sa guise présenté plusieurs classifications dont une partie a été reprise par le législateur. Mais certaines autres sont traitées dans les manuels du droit comme le contrat interne / le contrat international, et le contrat administratif / le contrat de droit privé.

324. Un regard rapide sur ces classifications nous montre que ces dernières ne respectent pas les deux premiers critères d'une bonne classification. En effet, il y a un chevauchement entre les espèces de chaque classification. Par exemple un contrat de vente appartient en même temps aux espèces des contrats nommés, des contrats synallagmatique et commutatif, du contrat international et du contrat public. Dans une telle situation quel critère

⁶⁰⁰ GATSI Jean, Les contrats spéciaux, Armand Colin, Paris, 1998, p. 2.

⁶⁰¹ Les classifications présentées par le code civil sont réputées les classifications légales parmi les juristes.

⁶⁰² En effet, la réforme du droit des contrats a supprimé certaines classification de la liste et en a ajouté certaines d'autres.

retient-on afin de loger une espèce de contrat dans une classification ? Une Telle incohérence engendre une confusion de classification, signalée dans le chapitre précédent⁶⁰³.

325. Le législateur, après la réforme du droit des contrats, a supprimé certaines classifications. La plus importante, qui faisait partie de la définition du contrat, est la classification du contrat en fonction de l'objet⁶⁰⁴ du contrat. L'ancien article 1101 du code civil indiquait : le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, **à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose**. Comme nous pouvons le constater, l'objet du contrat a été identifié dans trois actes différents. Donner quelque chose, faire quelque chose et ne pas faire quelque chose. L'étude d'histoire du droit nous montre qu'au départ ce n'est pas l'objet du contrat mais celui de l'obligation.

-L'obligation de donner consiste pour le débiteur à transférer au créancier un droit réel dont il est titulaire. Dans un contrat de vente, le vendeur a l'obligation de transférer la propriété de la chose vendue

-L'obligation de faire consiste pour le débiteur à fournir une prestation, un service autre que le transfert d'un droit réel. Le menuisier s'engage, dans le cadre du contrat conclu avec son client, à fabriquer un meuble

-L'obligation de ne pas faire consiste pour le débiteur en une abstention. Il s'engage à s'abstenir d'une action. Le débiteur d'une clause de non-concurrence souscrite à la faveur de son employeur ou du cessionnaire de son fonds de commerce, s'engage à ne pas exercer l'activité visée par ladite clause dans un temps et sur un espace géographique déterminé.

Le principal intérêt de la distinction entre les obligations de donner, de faire et de ne pas faire résidait dans les modalités de l'exécution forcée de ces types d'obligations. S'agissant de **l'obligation de donner**, la sanction de l'inexécution se traduisait par une **exécution forcée en nature**. S'agissant de **l'obligation de faire ou ne pas faire**, la sanction de l'inexécution se traduisait par **l'octroi de dommages et intérêt**⁶⁰⁵ ou **la destruction de ce**

⁶⁰³ Pour les critiques citées à l'égard des classifications légales, voir PLANIOL M., Classification synthétique des contrats, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1904 ; BIENVENU Jean-Jacques, « actes juridiques et classification », Revue Droits, 1998 ; Préface de BRETHER De La GRESSAYE J. à la thèse de OVERSTAKE J. F., *Op. cit.* ; HENRY Xavier, La technique des qualifications contractuelles, Thèse, L'Université Nancy II, 1992.

⁶⁰⁴ Il faut garder à l'esprit que l'objet du contrat a plusieurs sens en droit français. La doctrine a présenté plusieurs sens pour l'objet du contrat et a utilisé différentes classifications.

⁶⁰⁵ C. civ., L'ancien art. 1142 : « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur.* »

qui ne devait pas être fait⁶⁰⁶.

326. L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, a abandonné la distinction entre les obligations de donner, de faire et de ne pas faire, à tout le moins elle n'y fait plus référence. Ainsi érige-t-elle désormais en principe l'exécution forcée en nature, alors que, avant la réforme, cette modalité d'exécution n'était qu'une exception.

L'utilité de la suppression de cette partie de l'ancienne définition du contrat après la réforme, pourrait être expliquée par la modification du régime de l'inexécution du contrat. Car le législateur ne trouvait plus d'utilité pour cette partie dans la définition du contrat. Cependant, d'un point de vue technique, la suppression ou la sauvegarde de cette partie n'ont aucune influence sur la définition du contrat et l'extension des classes du contrat. C'est-à-dire que ce critère n'est ni une propriété essentielle, ni une propriété contingente de la classification du contrat. Ce critère appartenait historiquement au régime juridique de l'obligation. En effet, à l'époque du droit romain, il y avait trois sortes d'obligation, l'obligation de donner, de faire, et de ne pas faire. Mais les juriconsultes des 16^{ème} et 17^{ème} siècles, sans prendre en compte cette particularité, l'ont ajouté à la définition du contrat (obligation conventionnelle). Nous pensons que cela a été fait suite à la confusion entre les concepts de l'obligation et du contrat. Par conséquent, cette partie a été ajoutée à la définition du contrat et a engendré une confusion. Cette confusion a entraîné l'intégration de l'objet de l'obligation dans la définition du contrat et par conséquent, une classification faite par la doctrine en fonction de ce critère.

Cette tentative du législateur de rationaliser le régime juridique du contrat n'est pas isolée.

La classification du contrat de gré à gré et du contrat d'adhésion n'est faite qu'en fonction de la modalité de la formation du contrat. Plus précisément cette classification est faite en fonction du seul critère de la portée de la liberté des parties dans la manifestation de leur volonté ; alors que le régime juridique d'un contrat ne se résume pas dans ce seul fait. C'est pour quoi elle n'est pas bonne. De la même manière, la classification du contrat à exécution instantanée qui classe les contrats en fonction du seul critère de l'exécution d'un

⁶⁰⁶ C. civ., L'ancien art. 1143 : « Néanmoins, le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit ; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu. »

contrat dans le temps n'est pas bonne. Ou la classification du contrat solennel et le contrat consensuel qui s'intéresse à la formation du contrat. Le critère de la classification du contrat synallagmatique et le contrat unilatéral n'est pas fondé car d'un côté il est en contradiction avec la définition du contrat même et d'un autre côté il n'est basé que sur la contrepartie dans un contrat.

Évidemment, l'ensemble des critères avancés le sont dans le but de définir le régime juridique d'un contrat. Cependant, ces classifications n'englobent pas tous les aspects du régime juridique d'un contrat⁶⁰⁷. De ce fait, le régime juridique qui découle de chacune de ces classifications n'est pas un régime juridique global mais plutôt occasionnel. C'est-à-dire que ces classifications règlent le problème sur une question précise concernant le régime juridique du contrat.

Mais la question est : est-ce que procéder de cette manière (encadrer le régime juridique d'un contrat en fonction des questions précises) afin de classer le régime juridique des contrats est prohibé ?

D'un point de vue juridique, il convient de dire que la brève analyse sur les classifications légales nous montre qu'il y a une incompatibilité entre ces dernières. C'est-à-dire soit certains contrats ne rentrent dans aucune classification binaire (le contrat de gré à gré / le contrat d'adhésion) soit deux régimes juridiques différents sont applicables à un même contrat.

Au-delà de cette analyse, d'un point de vue du droit comparé, il convient de souligner que les classifications présentées dans le code civil ne respectent pas la tradition d'un système continental et les critères d'une bonne classification. C'est la raison pour laquelle, d'un point de vue juridique, nous arrivons à un résultat contradictoire.

Donc, la première modification de la réforme qui ne respecte pas la tradition du droit français et le droit continental, est l'intégration des classifications incorrecte, d'un point de vue de la science de logique, au sein du code civil et de la partie du droit des contrats. Ces

⁶⁰⁷ Cette idée ne doit pas être confondue avec celle des auteurs qui pensent qu'une classification globale des contrats est un leurre. BELLOIR Arnaud, *Théorie générale des contrats spéciaux*, Thèse, Paris II, 2002, résume ainsi l'idée de ces auteurs : les classifications du code civil ne sont pas et ne pouvaient être ni générales ni globales. Elles ne sauraient en effet avoir comme objet l'ensemble des contrats spéciaux. Parler de classifications de contrats en visant l'ensemble des contrats spéciaux, sans préciser s'il s'agit de la « réalité juridique positive » et non de la réalité des accords individuels susceptibles d'intégrer la vie juridique, constitue une forme d'abus de langage. Cf., BERGMANS Bernhard, « Essai de systématisation nouvelle des contrats de droit privé. Contribution à une théorie générale des contrats », RRJ., 1990; OVERSTAKE J. F., *Op. cit.*, p. 15.

classifications sont entrées dans le code civil, d'après les divisions avancées par Pothier dans son livre du droit des obligations. Des divisions qui sont nées sous l'influence du droit naturel et ne correspondent pas aux divisions du droit romain.

C'est dans cette optique que nous voudrions présenter une nouvelle classification. Notre solution est de créer une nouvelle classe pour les contrats. A savoir les contrats commerciaux qui ont leur propre régime juridique. Une classification qui comprend différents aspects du régime juridique d'un contrat ; la formation, l'exécution, l'inexécution, l'extinction et l'interprétation. Cette classification suppose de comprendre le régime juridique d'un contrat ou la théorie générale du contrat.

Mais afin de savoir comment on peut rationaliser le régime juridique d'un contrat, il faut savoir ce qu'on entend par cette expression. Le régime juridique d'un contrat est une notion connue par tous les juristes, sans avoir une définition précise ou sans avoir cerné ses limites. Nous pensons que le régime juridique d'un contrat est l'ensemble des règles qui encadrent la vie d'un contrat. Ce que l'on appelle le droit commun des contrats. Nous allons voir si le droit commun des contrats sera le droit commun applicable à un contrat commercial.

§2) L'articulation du contrat commercial autonome et la théorie générale des contrats

327. Dans le dictionnaire Larousse, la théorie est définie comme « Ensemble de notions, d'idées, de concepts abstraits appliqués à un domaine particulier »⁶⁰⁸. Ainsi, une théorie est un ensemble cohérent d'explications, de notions ou d'idées sur un sujet précis, pouvant inclure des lois et des hypothèses, induites par l'accumulation de faits provenant de l'observation, l'expérimentation. Alors qu'est-ce la théorie générale du contrat ?

D'après la définition du Larousse, nous pouvons déduire que la théorie générale du contrat est un ensemble cohérent des explications afin d'éclairer le concept du contrat et son régime juridique. La doctrine a également essayé de définir la théorie générale du contrat⁶⁰⁹. Malgré la référence usuelle des auteurs à la notion de la théorie générale des contrats, sa portée et sa définition ne sont pas bien définis. La meilleure explication pour la théorie

⁶⁰⁸ Grand Larousse Illustré 2021, Paris, Larousse.

⁶⁰⁹ COIPEL Michel, *Eléments de théorie générale des contrats*, Collection "à la rencontre du droit", Story-Scientia, 1999, p. 9 ; Pour l'auteur, la théorie générale des contrats est l'ensemble des règles qui en principe s'appliquent à tous les contrats et concernent les questions fondamentales qui se posent pour n'importe quel contrat : comment se forme-t-il ?; quels droits et obligations engendre-t-il ?; qui concerne-t-il ?; comment s'interprète-t-il ?, comment prend-il fin ?

générale des contrats peut être résumé ainsi : l'ensemble des règles générales applicables à tous les contrats qui sont indifférentes à la catégorie à laquelle appartient le contrat. : elles constituent la théorie générale des obligations contractuelles. La théorie générale des obligations contractuelle présente ainsi un tour abstrait, énonçant le régime applicable à tout contrat, quel qu'il soit (force obligatoire et relativité du contrat, intégrité du consentement, etc.). Donc ce qui est important est le concept du contrat lui-même. D'après cette approche, et dans un premier temps, ce qui nous intéresse pour élaborer une théorie générale c'est le contrat comme outil juridique. Ce ne sont ni les personnes, ni le contexte dans lequel il est conclu.

Les essais afin d'atteindre réaliser ce but (préparer une théorie générale des contrats) sont variés. Les tentatives pour classer des contrats sont le premier moyen afin de trouver une logique commune pour le régime juridique des contrats. La théorie des contrats spéciaux est également une recherche plus profonde afin d'extraire un modèle pour le régime juridique des contrats en étudiant certains contrats spécifiques.

Au-delà de la conception d'une théorie générale pour les contrats, dans un ordre juridique interne comme la France, il convient de prendre en compte la conception de cette théorie, dans l'ordre juridique international, surtout si le contrat est utilisé comme outil des échanges internationaux.

328. C'est l'article 1105 du code civil qui établit la base légale de la détermination du régime juridique du contrat en droit français Plus précisément, les règles générales mentionnées dans le troisième livre de ce code déterminent le régime juridique d'un contrat. La première question qui vient à l'esprit est de savoir la portée envisagée pour le concept de contrat dans cet article. Est-ce que ces règles sont applicables à toutes les espèces de contrat ? une relation contractuelle de droit public, de droit international, de droit de consommation est-elle gérée par les règles générales ? Nous pouvons nous demander si les règles indiquées dans le code civil sont pertinentes afin d'établir une théorie générale pour toutes les espèces de contrat.

Nous savons que les spécialistes de ces branches de droit ont apporté des exceptions à ces règles générales. Par exemple les règles d'interprétation du contrat, indiquées dans le code civil, sont-elles applicables à un contrat administratif ? (Ou la portée de l'intervention d'un juge dans un contrat de consommation est-elle la même que précisé dans le code civil). Certes cela concerne le régime juridique d'un contrat, mais il faut savoir quel régime juridique est

compatible avec quel type de contrat. Dans cette étape, notre travail s'éloigne du travail d'une personne qui analyse le droit positif. Nous sommes en train de proposer quel régime juridique est approprié pour quelle catégorie des contrats. En d'autres termes, nous sommes en train de juger ce qui est bien et ce qui est mal.

329. Si ces règles générales, à savoir les articles 1100 et suivants du code civil, ne sont pas applicables à toutes les espèces de contrat, la deuxième question qui vient alors à notre esprit est : quel est le sens et la portée exacte du droit commun des contrats ?

Pour répondre à cette question, il convient de regarder les chapitres II (la formation du contrat), chapitre III (l'interprétation du contrat) et chapitre IV (les effets du contrat) du code civil. Car les dispositions de ces chapitres régissent le droit commun des contrats. La comparaison de la même disposition, avant et après la réforme, d'un point de vue formel, montre que le législateur cherche à établir une théorie générale. Après la réforme, l'organisation du code visant à énoncer les règles relatives à la formation, à l'interprétation etc. aux effets du contrat devient plus précise et par rapport au code de 1804 prend la forme d'une théorie générale. Par exemple l'intitulé des chapitres du code civil suit la vie du contrat, dès sa naissance jusqu'à la mort. Cependant, à notre avis, il nécessite plus d'attention pour devenir une théorie générale.

330. Nous pensons que les dispositions du code civil en matière contractuelle ne forment pas une théorie générale. Cela pour plusieurs raisons :

Premièrement d'un point de vue juridique : les dispositions relatives au chapitre de la formation du contrat, la partie de l'offre et de l'acceptation ne correspondent pas à toutes les catégories des contrats. Les contrats administratifs par exemple échappent à cette partie, donc la place de cette partie n'est pas dans une législation générale applicable à tous les contrats. De la même manière, en ce qui concerne l'interprétation du contrat, ces dispositions concernent particulièrement les contrats de consommation alors qu'il y a un code spécifique.

De plus, nous n'observons pas de dispositions sur les modalités de l'exécution d'un contrat. Par exemple il manque des règles impératives ou supplétives permettant de prévoir le lieu de l'exécution d'un contrat, le délai, la façon de reconnaissance de l'objet principal d'un contrat etc. Ce sont les questions importantes sur lesquelles portent une grande partie des litiges, certainement en raison du défaut de dispositions du code civil sur l'objet du contrat.

Deuxièmement d'un point de vue historique : la réponse sera donnée dans le chapitre I

de la deuxième partie (mais nous pouvons déjà énoncer brièvement que la réponse est négative). Cette étude montre que les rédacteurs du code civil désirant définir le contrat et son cadre juridique ne prenaient pas en compte le type des contrats internationaux ou le contrat public. Cela pour des raisons historiques. En effet, dans le contexte de l'époque, ces types de contrats n'étaient pas courants, ou bien le seul but des rédacteurs était d'unifier le droit civil à l'intérieur des frontières de la France. Mais une des raisons la plus importante est que les rédacteurs ont été fascinés par le droit romain. Ils voulaient reproduire un code civil selon la tradition du droit romain mais le mettre à jour selon les questions de l'époque (incluant l'idée de souveraineté). Donc l'esprit qui règne sur les dispositions du code civil est l'esprit d'une relation entre deux personnes égales dans des situations simples à l'intérieur des frontières d'un pays.

La troisième raison qui affirme notre position est que le code civil ne comporte pas le droit commun des contrats, la doctrine. En effet les auteurs du droit des contrats spéciaux excluent certaines catégories de contrats du droit commun des contrats. Ces auteurs, étrangement, expliquent que les contrats commerciaux, administratifs⁶¹⁰, mariage etc. font partie des contrats spéciaux d'après l'article 1105 (anciennement article 1107) du code civil. Cependant ils les excluent de l'étude des contrats spéciaux car ils échappent à peu près complètement au droit commun des contrats. Comme nous pouvons le constater il y a un paradoxe de voir l'articulation entre certains contrats et la théorie générale des contrats spéciaux. Si un contrat fait partie des contrats spéciaux, *a fortiori* il est soumis à la théorie générale des contrats. De plus, nous pouvons nous interroger sur le critère selon lequel un contrat rentre dans la catégorie des contrats spéciaux.

C'est ce paradoxe qui nous amène à étudier l'articulation entre notre classification du contrat commercial et la théorie des contrats spéciaux.

§3) L'articulation du contrat commercial autonome et la théorie générale des contrats spéciaux

331. Après avoir défini la théorie générale du contrat et son articulation avec la théorie du contrat commercial, il convient de voir l'articulation entre la théorie des contrats

⁶¹⁰ PEQUIGNOT Georges, *Op. cit.*, p. 604. L'auteur insiste dans ses conclusions sur le fait que les nécessités administratives sont différentes des nécessités privées, et que les buts poursuivis par l'Administration ne se trouvent pas situés sur le même plan que ceux des particuliers : la pratique administrative et la jurisprudence du Conseil d'État ont élaboré des règles originales qui, par l'usage qui en a été fait, sont devenues les règles particulières du contrat administratif.

spéciaux et le contrat commercial. En effet, comme nous l'avons dit, la classification des contrats spéciaux est une tentative de classification des contrats parmi plusieurs classifications existantes⁶¹¹. Cette dernière est importante, car aujourd'hui nous parlons de la théorie générale des contrats spéciaux⁶¹². En effet cette classe des contrats est devenue tellement importante que les auteurs parlent d'une théorie générale des contrats spéciaux. Ce qui nous incite à étudier cette classe, le critère essentiel de cette classe du contrat et surtout la rationalisation du régime juridique du contrat selon cette classification.

Poursuivant notre schéma de l'étude il est tout d'abord nécessaire de savoir ce qu'on entend par « contrats spéciaux ». La doctrine entend approximativement par l'expression des contrats spéciaux retenue par conformisme, l'étude des règles particulières aux principaux contrats du code civil⁶¹³.

332. Si nous prenons le sens du mot spécial (particulier, opposé au général) un contrat spécial est un contrat qui exige un élément de plus ou contraire au droit commun des contrats. Dans ce sens un contrat de mariage, un contrat de cautionnement (dérogation au principe de consensualisme), un contrat du travail (dérogation au principe de la liberté contractuelle), un contrat administratif, un contrat de sous-traitance (dérogation au principe de l'effet relatif du contrat) sont des contrats spéciaux.

Dans ce sens les contrats de vente ou de bail ou de société ne sont pas spéciaux. Ce sont seulement des contrats nommés dont le régime juridique a été développé en détail par le législateur. Cette pratique est un héritage de droit romain et comme l'explique M. Ghestin : « *afin de donner plus de sécurité juridique aux parties, et parfois aussi pour édicter certains principes impératifs, le législateur est venu préciser la manière dont se concluent et s'exécutent les plus importants d'entre eux* »⁶¹⁴.

Donc les auteurs du droit qui étudient les contrats spéciaux, ils étudient les contrats nommés mais pas forcément les contrats spéciaux. Car ils excluent de leurs études les contrats

⁶¹¹ Les auteurs ont édifié différentes classifications à l'intérieur des contrats nommés, par exemple les contrats entraînant un transfert de propriété, la détention temporaire d'un bien, les contrats portant sur les services et les contrats fondés sur un aléa présenté par PLANQUE Jean-Claude, *Contrats spéciaux*, Bréal, Paris, 2003 ; BOURDELOIS Béatrice, *Droit civil ; Les contrats spéciaux*, Dalloz, 3^e éd., Paris, 2015.

⁶¹² MAINGUY Daniel, « Pour une théorie générale des contrats spéciaux », *Revue des contrats*, Lextenso, 2006, p. 615 ; COLLART-DUTILLEUL François, DELEBECQUE Philippe, *Op. cit.*, n° 8 et 9.

⁶¹³ RAYNARD Jacques, SEUBE Jean-baptiste, *Droit civil : Contrat spéciaux*, p. 3.

⁶¹⁴ GHESTIN Jacques, DECOCQ Georges, GRIMALDI Cyril, HUET Jérôme, LECUYER Hervé, *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 3^e éd., Paris, 2012, p. 32.

commerciaux, administratifs, internationaux, le mariage, le travail etc. En effet, ils expliquent seulement le premier alinéa de l'article 1105 du code civil. L'alinéa qui distingue les contrats nommés des contrats innommés⁶¹⁵. En effet, d'après cette idée, la théorie générale des contrats spéciaux concerne uniquement l'étude de la classification des contrats nommés. Alors, un contrat *sui generis* (innomé) qui présente des particularités par rapport au droit commun des contrats, il ne peut pas être considéré comme un contrat spécial !

Autrement dit une théorie générale des contrats spéciaux en-soi n'existe pas. Ce qui est une théorie générale dans le sens des auteurs du droit des contrats spéciaux n'est pas autre chose qu'une rationalisation du régime juridique des contrats en fonction de l'objet de l'obligation. Mais il est judicieux de savoir que la spécialisation des contrats nommés et des contrats innommés est faite selon un critère formel. Le seul fait de pouvoir trouver le régime d'un contrat dans le code civil est la base d'une telle spécialisation. Cette spécialisation ignore les autres contrats mentionnés dans les autres codes. Donc il est tout à fait normal que le résultat de l'édification d'une théorie générale, sans l'étude des autres contrats spéciaux, soit faussé.

Nous allons en détail montrer que cette classification est demeurée la même depuis le droit romain, ce qui d'ailleurs pose un problème fondamental dans les contrats commerciaux et contrats commerciaux internationaux⁶¹⁶.

333. Comme nous avons pu le remarquer la théorie générale des contrats spéciaux traite uniquement les contrats nommés. Elle essaie de ranger les contrats nommés dans de nouvelles catégories. Les auteurs du droit civil, à travers l'analyse des contrats nommés, ont encore pu trouver de nouvelles classes pour le concept du contrat : la catégorie des contrats portant sur une chose (transfert de la propriété et l'usage des choses) et les contrats portant sur les services⁶¹⁷. Cette classification est fondée sur l'objet de la prestation. Cette théorisation du régime général des contrats spéciaux ravive la question de critère utilisé afin de classer des contrats spéciaux.

⁶¹⁵ GATSI Jean, Les contrats spéciaux, pour l'auteur, il convient de parler plutôt du « Droit des principaux des contrats spéciaux ».

⁶¹⁶ Cf. *infra* n° 341 et s.

⁶¹⁷ C'est la distinction proposée par MM. Raynard Jacques, Seube, Jean-baptiste, *Op. cit.*, Les auteurs propose d'opposer les choses et les services pour étudier le régime générale des contrats spéciaux. Cette distinction est justifiée car elle amène au même résultat d'un point de vue de l'objet de la prestation ou d'un point de vue économique.

Nous pensons que pour surmonter ce problème, il n'y a pas d'autre solution que de rationaliser le régime juridique des contrats en fonction d'un critère essentiel. Etudier l'ensemble des contrats spéciaux (dans le sens propre du terme) nous amène à découvrir que la spécialisation des contrats peut être faite en fonction de plusieurs critères⁶¹⁸ :

Premier critère : en fonction de l'objet du contrat. A savoir la prestation caractéristique du contrat, soit l'opération envisagée dans son ensemble mais non plus l'obligation de l'une des parties⁶¹⁹. Cela nécessite encore l'étude de l'évolution de la législation en matière contractuelle car l'objet du contrat a été remplacé par le contenu du contrat⁶²⁰.

Deuxième critère : en fonction de la qualité des contractants : le contrat administratif, commercial, et de consommation.

Troisième critère : en fonction du critère géographique. Mentionnons ainsi les contrats internes, régionaux et internationaux. Dans le chapitre de l'attractivité du droit des contrats, nous expliquons davantage la spécialisation du droit des contrats.

Quatrième critère : c'est l'objet de l'obligation ou des règles spéciales selon la chose sur laquelle la prestation caractéristique du contrat va être exécutée. Exemple, un immeuble, un meuble⁶²¹, une personne et etc.

Et le dernier critère concerne la fonction du contrat⁶²² (fonction sociale ou protectionniste du contrat), la fonction économique du contrat. Cela peut être révélé par les buts des contractants.

Parmi ces critères de spécialisation des contrats, nous essayons de trouver le critère qui est susceptible de comprendre les règles les plus générales afin de les appliquer à plus

⁶¹⁸ Ces critères sont propres nous. Les autres auteurs utilisent des autres critères pour étudier les mêmes classifications. Par exemple, TERCIER Pierre, BIERI Laurent, CARRON Blaise, Les contrats spéciaux, Schulthess, 5^e éd., Genève, 2016, p. 42-61, ces auteurs suisses classifient les contrats nommés et innommés selon la relation à la loi, les contrats synallagmatiques et unilatéraux selon les relations entre les prestations, les contrats à exécution instantanée et durable selon la relation au temps, contrat civil et commercial selon la qualité des parties et autres distinction.

⁶¹⁹ RIPERT G., BOULANGER J., Traité élémentaire de Droit civil de PLANIOL, 4^e éd., T. II, 1952, ont présenté cette nouvelle conception de l'objet du contrat.

⁶²⁰ SIMLER Philippe, Contenu du contrat, JCI Civil, Art. 1162 à 1171, 2020, Fasc. 10

⁶²¹ GAVAIN-MILLAN Elodie, Essai d'une Théorie générale des contrats spéciaux de la proposition immobilière, LGDJ, Paris, 2003.

⁶²² GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, Traité de droit civil : La formation du contrat, p. 76.

d'espèces. La démarche que nous avons choisie est celle d'un logicien, telle que nous l'avons déjà expliqué dans la première section. C'est à dire le mouvement des connus pour trouver l'inconnu.

334. Dans le premier chapitre, nous avons étudié en détail le problème lié à l'élaboration du régime juridique du contrat en fonction des critères géographiques et de la qualité des contractants. Le défaut du critère de l'objet de l'obligation réside dans le fait que le régime juridique élaboré en fonction de ce dernier, est tout d'abord loin de la vérité du phénomène contractuel. En effet, le régime juridique est seulement obtenu en étudiant les contrats nommés dans le code civil. Autrement dit, ce régime ignore une grande partie d'espèces des contrats, à savoir les contrats commerciaux. C'est la raison pour laquelle le régime juridique d'un contrat de vente en droit interne est différent de celui d'un contrat de vente international. Ensuite, l'autre difficulté liée à ce régime juridique concerne l'exécution du contrat. Comme nous l'avons dit au début, une théorie générale du contrat doit comprendre toutes les questions liées à la vie juridique d'un contrat, tandis que le critère de l'objet de l'obligation ne prend en compte que certaines questions.

Il reste deux critères qui ont vocation à être considérés comme critères essentiels, l'objet du contrat et la fonction du contrat. Ces deux critères sont basés sur l'essence même du contrat et pas sur un critère extérieur à ce dernier. Autrement dit ce sont des critères endogènes mais pas exogènes.

Etant donné que l'échange est l'essence du contrat, l'objet du contrat permet de connaître ce qui est attendu par tel ou tel échange. D'après ce critère, tous les contrats peuvent se répartir en 4 groupes de contrats :

- Les contrats dont l'objet est le transfert d'une propriété. Dans cette première catégorie, nous pouvons citer le contrat d'échange, de vente, de bail et d'hôtellerie.
- Les contrats dont l'objet est l'exécution d'une prestation. Dans cette deuxième catégorie qui inclut plusieurs espèces de contrats, nous pouvons citer les contrats dont l'objet de la prestation est l'accomplissement d'une mission par une personne (mandat, présentation, travail, distribution etc.) ou la réalisation des travaux (contrat d'entreprise).
- Les contrats dont l'objet est la mise en commun des apports. Dans cette troisième catégorie, nous pouvons mentionner les contrats de sociétés, des associations.

- Les contrats hybrides dont l'objet est la combinaison de plusieurs contrats de base. Dans cette dernière catégorie nous pouvons mentionner tous les complexes (joint-venture, promotion immobilière etc.

335. Il nous semble que le droit commun des contrats spéciaux, théorisé par les auteurs des contrats spéciaux (dans le sens de l'étude des contrats nommés), peut être étudié de ce point de vue (l'objet du contrat). Mais d'après telle spécialisation du contrat, le législateur peut définir seulement le régime de l'exécution des contrats (les obligations des parties, le délai, le lieu etc.) car le régime général de la formation, de l'inexécution et de l'extinction du contrat est indéfini. Ce critère n'est donc pas assez général pour englober l'ensemble des éléments de la théorie générale des contrats. Si on regarde les critères géographiques et la qualité des contractants⁶²³ nous pouvons constater que ces critères ne peuvent pas non plus englober l'ensemble des éléments de la théorie générale des contrats.

Il faut alors utiliser ce critère cumulativement avec celui de fonctionnel. Ce critère a été développé depuis le XX^e siècle et l'apparition de la catégorie des contrats de consommation. Afin de justifier les dérogations apportées au droit commun des contrats et applicables aux contrats de consommation, la doctrine commence à théoriser cette idée. Pour les auteurs la fonction d'un contrat ne s'épuise pas dans une simple fonction économique échangiste. Dans certains cas le contrat joue une fonction sociale et doit protéger une partie. Utilisant le même critère, nous voulons généraliser cette idée dans l'hypothèse où la fonction d'un contrat n'est ni une fonction sociale ni une fonction économique. Il s'agit d'une fonction purement commerciale. Autrement dit, si le contrat a été utilisé comme un outil de maximisation du profit, son régime est distinct d'un intérêt général ou satisfait un besoin quotidien. Cette différence influence le régime de la formation du contrat, son interprétation, l'étendue de l'obligation et la sanction de l'inexécution, l'intervention du juge etc.

336. Il sera intéressant de comparer notre classification avec celle de M. Overstake afin de mieux comprendre notre théorie. En effet, dans sa thèse⁶²⁴, l'auteur tente de présenter une nouvelle classification du droit des contrats d'un point de vue exclusivement économique. Pour lui, les contrats sont « en premier lieu l'expression du commerce juridique des hommes ». Après avoir remis en cause les classifications légales du code 1804, il fonde les deux classifications qu'il retient sur les deux notions juridiques d'objet et de cause. Cette

⁶²³ Cf. *supra* n° 91 et s.

⁶²⁴ OVERSTAKE J. F., *Op. cit.*

méthode respectueuse de la tradition tient compte de l'aspect économique de chaque contrat. Tout contrat spécial trouve sa place dans les classifications proposées, après avoir été envisagé sous l'angle de l'opération économique qu'il permet de réaliser et non plus, comme c'était le cas jusqu'à présent, sous l'angle de la technique juridique employée pour assurer un résultat recherché. Il distingue les contrats selon leur objet, en contrats translatifs et non translatifs et selon leur cause, en contrats à titre onéreux et à titre gratuit.

Alors comme nous pouvons le remarquer le critère d'objet a été déjà utilisé comme un critère essentiel. Cependant, nous avons classifié les contrats d'après ce critère dans trois catégories principales. Concernant le deuxième critère, à savoir la cause, notre interprétation est différente de celle de M. Overstake. Tout d'abord, parce qu'aujourd'hui la notion de cause est supprimée par la réforme du droit des contrats ; ainsi une telle classification n'est pas acceptée par le droit positif. Ensuite, parce que les contrats à titre gratuit d'après notre définition de contrat, ne rentrent pas dans les espèces du concept de contrat, par conséquent ce n'est pas acceptable. En revanche, nous confirmons l'idée de l'auteur dans la mesure où il s'intéresse au but des cocontractants (cause dans le sens de but). La seule différence c'est qu'en fonction de ce critère, l'auteur classifie les contrats dans deux catégories, les contrats onéreux et ceux à titre gratuit, alors que nous divisons les contrats en deux catégories, les contrats commerciaux et les contrats civils.

337. Pour résumé, il faut dire que le premier niveau de classification en fonction de l'objet du contrat permet au juriste d'envisager les grandes lignes du régime juridique de chaque catégorie du contrat. Alors que le deuxième niveau de classification permet au juriste d'affiner le régime juridique de chaque contrat dans des situations différentes. Par exemple, si un rapport contractuel est qualifié de contrat de vente, qui est un contrat transférant la propriété d'une chose, la classification civile et commerciale détermine son régime juridique en détail. Autrement, d'après ces critères cumulatifs, nous arrivons à un contrat de vente civil ou commercial, un contrat de mandat commercial (commission) et civil.

Deuxième partie :

Les conséquences de la distinction entre contrat commercial et contrat civil

338. Après avoir défini le concept de contrat commercial, il est temps de présenter les conséquences de l'apparition d'un nouveau concept autonome. Plus précisément, quel est l'intérêt de distinguer le contrat commercial du contrat civil ? Classiquement, après la définition d'un concept, il est nécessaire de s'intéresser à son régime juridique. Mais en raison de la multitude des conséquences de cette distinction qu'il s'agisse du régime juridique du contrat commercial, de la compétence des tribunaux, du règlement des différends des contrats commerciaux internationaux ou de l'attractivité du droit français des contrats à l'échelle mondiale, nous avons décidé d'étudier l'utilité de cette distinction en droit interne français (Titre I) et en droit international (Titre II)

Titre I : les conséquences de la distinction en droit interne

339. La distinction du contrat commercial du contrat civil en droit interne cherche avant tout à proposer un régime juridique propre au contrat commercial. Comme nous l'avons vu dans le dernier chapitre, le but de la reconnaissance d'un contrat commercial autonome est avant tout de justifier une théorie générale pour le contrat commercial. La distinction suppose la naissance de deux obligations différentes : l'obligation commerciale et l'obligation civile. Grâce aux fondements du contrat commercial autonome, nous avons vu que la nature de ces deux obligations diffère. C'est pourquoi nous pensons qu'il faut prévoir des règles différentes. Le régime juridique du contrat commercial que nous présentons n'est pas abstrait et imaginaire, et il ne crée pas de nouvelle règle. Notre théorie est issue de l'interprétation des dispositions du droit positif français actuel tant en droit interne qu'en droit international.

340. La principale conséquence d'une distinction entre le contrat commercial et le contrat civil ne se limite pas dans la conception d'un régime juridique propre au contrat commercial. La distinction remettra en cause également le domaine de l'application des règles de la compétence des tribunaux compétents concernant les litiges liés aux contrats commerciaux. Nous montrerons que les tribunaux de commerce se voient élargir leur compétence à tous les contrats commerciaux, même les contrats internationaux.

Nous présenterons d'abord le régime juridique propre au contrat commercial (chapitre I) et puis les règles procédurales (chapitre II).

Chapitre I : La reconnaissance d'un régime juridique autonome pour le contrat commercial

341. Afin d'étudier les règles régissant la distinction entre contrat civil et contrat commercial, il convient de rappeler les principes encadrant le contrat en général, leurs principes d'application et la compatibilité de ces principes avec le contrat commercial.

Pour cela, nous présenterons les évolutions **du droit français**, notamment avec la réforme du droit des contrats. Notre objectif est de présenter les règles applicables au contrat commercial, en expliquant tout d'abord la manière avec laquelle elles suivent la théorie générale du contrat puisque le contrat commercial est avant tout un contrat. Nous présenterons ensuite la spécificité des règles applicables au contrat commercial par rapport à celles applicables au droit commun des contrats.

342. Pourquoi choisir de partir de l'étude des principes généraux du contrat pour étudier les règles de fond du contrat commercial ?

Pour deux raisons :

343. En premier lieu, le droit continental est connu pour sa logique, sa prévisibilité. C'est un droit cohérent qui se base sur des notions générales applicables à plusieurs cas. Cette

caractéristique se reconnaît toujours dans les règles qui se trouvent en bas de l'échelle⁶²⁵. Les principes généraux ou directeurs marquent l'esprit du droit des contrats. C'est ainsi qu'en droit pénal, le législateur a édicté un certain nombre de principes dans le code pénal, notamment ceux de la proportionnalité des peines, de l'interprétation des lois pénales en faveur des suspects, de l'interprétation stricte de la loi pénale etc. Ces principes n'ont pas pour but de trancher une affaire pénale mais ils guident le juge pénal dans ses tâches. Ces guides logiques, directeurs, fondamentaux, généreux ... quelle que soit leur appellation, existent en droit des contrats.

Les principes généraux applicables au contrat ont existé dès la naissance de la notion de contrat. Ils ont évolué au fil du temps et leur liste n'a cessé d'augmenter⁶²⁶. Il faut retenir que cette évolution n'est pas seulement quantitative mais également qualitative. Si de nos jours les principes d'efficience, de loyauté ou de sécurité ont été ajoutés à la liste des principes contemporains du droit des contrats, il faut garder à l'esprit que les principes de l'autonomie de volonté, de la liberté contractuelle et de la force obligatoire ont connu plusieurs sens.

Ces principes généraux prennent toute leur importance dans le cadre de cette thèse. En effet, dans le cadre de notre étude sur le contrat commercial, nous cherchons à réviser et réinterpréter les règles du droit des contrats pour en dégager les règles applicables à un contrat commercial autonome. Les principes généraux des contrats, quel que soit le type de contrat étudié, sont avant tout des principes applicables à une relation contractuelle, peu importe que cette relation contractuelle relève d'un contrat de consommation, civil ou commercial. En revanche, il convient de déterminer la portée et l'étendue de chaque principe en fonction de la catégorie du contrat auquel il s'applique.

Pour cela, en partant de la définition du contrat commercial, nous étudierons l'applicabilité des principes du droit des contrats au concept de contrat commercial. Puis nous examinerons l'applicabilité des règles du droit positif à celui-ci. Par exemple, le principe de bonne foi a-t-il la même application ou la même portée pour un contrat commercial que pour un contrat de consommation ?

⁶²⁵ GOUBINAT Marine, « Les principes directeurs du droit des contrats », Thèse, L'Université de Grenoble Alpes, 2016 ; AUBERT DE VINCELLES Carole, « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », in Pour une réforme du droit des contrats, F. TERRÉ (dir.), Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2009, p. 113-118 ; DELMAS-MARTY Mireille, Critique de l'intégration normative. L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits, Presses Universitaires de France, 2004.

⁶²⁶ Le GAC-PECH Sophie, « Principes généraux et droit prospectif », LPA, 2011, n° 125, p. 2.

344. En deuxième lieu, la question qui se pose est de savoir comment expliquer la nouvelle approche du législateur, qui s'est manifestée dans le cadre de la réforme du droit des contrats d'un côté ; et notre approche, insistant sur l'importance des principes directeurs d'un autre côté.

345. En 2016, le législateur semble avoir abandonné l'idée de consacrer un livre aux principes directeurs du contrat, contrairement aux projets et instruments du droit des contrats existants au niveau européen⁶²⁷. Du fait de leur absence de consécration par la réforme, certains auteurs pensent que ces principes ont perdu de l'importance⁶²⁸.

Cependant, le rapport du président réaffirme la nécessité de ces principes à l'article 8 de la loi d'habilitation du 15 février 2015. Il précise également que l'absence de consécration de ces principes a un objectif : éviter l'intervention accrue du juge dans l'interprétation des contrats. Mais pourquoi une telle mesure ? Alors que l'interprétation fait partie des tâches essentielles d'un juge. A notre avis, cela s'explique en raison d'une interprétation dogmatique des règles du droit des contrats qui ne permettait pas l'adaptation de ces règles aux nouveaux phénomènes contractuels. En effet, avant la réforme, en cas d'éventuelles lacunes au sein d'un contrat, les juges se servaient de ces principes pour trancher les litiges⁶²⁹. Les juges ou la doctrine, en se basant sur les principes directeurs, soumettaient tous les rapports contractuels à une interprétation unique de ces principes.

Le législateur a alors préféré ne pas traiter ces principes généraux afin d'éviter la survenue d'une telle situation. Nous montrerons que cette solution n'est pas judicieuse et qu'elle n'empêche pas la stigmatisation des règles de droit des contrats à long terme⁶³⁰.

Nous considérons que ces principes directeurs n'ont pas perdu de leur importance et que le législateur a une approche pragmatique, qui lui permet de répondre au contexte actuel des contrats. En effet, en raison de l'absence d'unanimité sur le nombre et la portée de ces principes, deux juges qui utiliseraient **uniquement** ces principes pour trancher un différend risqueraient de ne pas aboutir à la même solution, ce qui serait source d'insécurité juridique.

⁶²⁷ FABRE-MAGNAN Muriel, *Op. cit.*, p. 92.

⁶²⁸ MEKKI Mustapha, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », D., 2015, p. 816.

⁶²⁹ Cette remarque concerne la question du fonctionnement et la valeur des principes généraux ou directeurs des contrats dans le règlement d'un litige.

⁶³⁰ Cf. *infra* n° 414.

Nous nous expliquons en prenant l'exemple du principe de la bonne foi. Si un juge doit se contenter de ce principe pour trancher un problème juridique lié à l'exécution du contrat, nous pouvons imaginer deux hypothèses :

- 1- Soit l'une des parties a respecté ce principe et l'autre l'a violé
- 2- Soit aucune des parties n'a respecté ce principe

Si dans la première hypothèse la solution est claire, ce ne sera pas le cas pour la deuxième. Dans ce dernier cas, la violation du principe de bonne foi peut résulter de raisons différentes. Ces dernières peuvent justifier la violation du principe⁶³¹. C'est dans cet esprit que le législateur a déclaré que ces principes « *...ne constituent pas pour autant des règles de niveau supérieur à celles qui suivent et sur lesquelles les juges pourraient se fonder pour justifier un interventionnisme accru...* »⁶³².

Autrement dit, la seule solution est de promouvoir l'interprétation flexible des dispositions des règles du droit des contrats en fonction des phénomènes contractuels, de la même manière que la cour de cassation le déclare en 1825⁶³³. Pour avoir une interprétation flexible, il faut imaginer plusieurs espèces pour le genre de contrat. Notre thèse, en soutenant la reconnaissance d'une catégorie spécifique des contrats, à savoir le contrat commercial, permet au juge d'adapter les règles de droit commun des contrats.

Comme nous l'avons vu, la liste et le concept des principes généraux du contrat évoluent. Nous ne voulons ici ni défendre l'idée que ces principes sont distincts, ni celle qu'ils sont tous issus d'un seul principe⁶³⁴. Nous étudierons simplement la logique du

⁶³¹ Nous expliquerons ces justifications dans la partie relative au principe de bonne foi Cf. *infra* n° 442.

⁶³² La loi d'habilitation 15 février 2015, L'art. 8 : Dans les conditions prévues à l'art. 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour modifier la structure et le contenu du livre III du code civil, afin de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme et, à cette fin :

1° Affirmer les principes généraux du droit des contrats tels que la bonne foi et la liberté contractuelle; énumérer et définir les principales catégories de contrats ; préciser les règles relatives au processus de conclusion du contrat, y compris conclu par voie électronique, afin de clarifier les dispositions applicables en matière de négociation, d'offre et d'acceptation de contrat, notamment s'agissant de sa date et du lieu de sa formation, de promesse de contrat et de pacte de préférence ; [...].

⁶³³ Cass. civ. le 28 juin de 1825, cf. *supra* n° 11, Introduction de cette thèse.

⁶³⁴ Certains auteurs, TERRÉ François et al., *Le droit civil : les obligations*, p. 33 ; BENABENT Alain, *Op. cit.*, p. 44, considèrent que les principes généraux du contrat sont issus du principe d'autonomie de la volonté, que ce dernier est subdivisé en plusieurs principes et qu'il n'existe plus en tant que principe autonome. (AUBERT Jean-Luc, FLOUR Jacques, SAVAUX Eric, *Droit civil : Les obligations ; Op. cit.*, p. 104.

fonctionnement d'un contrat et les principes qui le régissent afin de faciliter la révision du régime juridique du contrat, et de suivre et rappeler le privilège du droit continental. Nous analyserons ensuite si tous ces principes sont applicables au contrat commercial.

346. Dans cet esprit, nous présenterons une nouvelle interprétation des règles du droit commun des contrats qui est destinée à s'appliquer au contrat commercial. Nous étudierons ces règles à travers les principes généraux de droit des contrats, comme le principe de consensualisme, l'autonomie de la volonté, la liberté contractuelle, l'effet relatif du contrat et la bonne foi. Afin de faciliter l'analyse de ces règles dans un premier temps, nous traitons les dispositions supplétives que les cocontractants utilisent dans la gestion de leurs relations contractuelles (**section 1**), dans un second temps les principes que le juge s'en sert afin de gérer les litiges liés à ces relations contractuelles (**section 2**).

Section 1 : L'interprétation commercialiste des principes utilisés par les contractants

347. La réforme du droit des contrats a facilité l'étude du droit des contrats en précisant les grandes étapes d'une relation contractuelle. C'est pour cette raison que nous étudierons, ici, par révérence à la logique rédactionnelle du nouveau droit des contrats les règles concernant la formation (§1), l'effet relatif du contrat (§2), son exécution (§3) et la rupture d'un contrat (§4).

§1) La formation du contrat, multiples modalités pour la conclusion du contrat commercial

348. Reprenant la nouvelle structure du code civil concernant le droit du contrat, le chapitre portant sur la formation du contrat traite la conclusion, la validité et la forme du contrat ainsi que les sanctions relatives à l'inexécution contractuelle. Le contrat est avant tout un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes. Ainsi, ce chapitre du code comporte

D'autres, FABRE-MAGNAN Muriel, *Op. cit.*, p. 92 ; GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, *Traité de droit civil ; La formation du contrat*, p 174, considèrent au contraire que les principes généraux se résument au principe de l'autonomie de la volonté et que c'est ce dernier qui a plusieurs sens. Ici nous nous contentons d'étudier le contrat commercial à l'aune de ces principes généraux qui sont les traits du droit des contrats français et du droit continental.

les dispositions relatives à la formation de cet accord de volonté. La réalisation de cette étape pourrait comprendre la survenance de plusieurs évènements, il peut y avoir également des modalités différentes pour exprimer cette volonté, et enfin l'accord porte sur les objets variés.

Parmi plusieurs questions qui relèvent de la formation du contrat, nous en choisirons quelques-unes et nous montrerons qu'en droit positif actuel le régime juridique d'un contrat commercial est différent de celui d'un contrat civil. Les questions qui nous intéressent sont : la modalité de la conclusion d'un contrat, la modalité de la manifestation de l'offre, de l'acceptation et du consentement, le contenu et le but du contrat.

A) Les modalités de la conclusion du contrat

349. Avant d'entrer dans les détails, il faut rappeler que le nouveau droit des contrats établit une distinction entre les éléments de la formation du contrat et les éléments de la validité du contrat. Les éléments de la formation du contrat, cités à l'article 1113 du code civil sont l'offre et l'acceptation. Cet article qui codifie la jurisprudence constante semble ne pas être adapté à toutes les espèces du contrat et en particulier aux contrats commerciaux.

350. La première section du chapitre de la formation du contrat évoque les dispositions concernant la modalité de la conclusion du contrat. Elle nous laisse penser que la seule modalité de l'extériorisation des volontés des parties d'un accord juridique se manifeste par l'offre et l'acceptation. C'est à dire, d'un côté il faut une partie qui présente ou propose ses marchandises ou sa prestation dans le but de s'engager, et d'un autre côté il est nécessaire d'avoir une personne qui les accepte.

Nous pensons qu'il se peut que l'on imagine d'autres modalités pour que les volontés de deux personnes coïncident. Comme la promesse unilatérale, par exemple, dans le cas où la partie A s'engage à, dans le cas d'un éventuel contrat, vendre ses marchandises à la partie B. Dans une telle situation la partie A ne propose aucune marchandise à la partie B, au sens strict du mot. Elle lui propose seulement un éventuel contrat de vente⁶³⁵.

⁶³⁵ Nous pensons que la rédaction de nouvel art. 1124 du code civil n'est pas précise car il ne distingue pas entre le concept de « la promesse unilatérale » au sens propre et « la promesse unilatérale ayant une contrepartie » qui doit être considéré comme un contrat. Au contraire, une promesse unilatérale sans contrepartie doit être qualifiée une offre. Dans ce sens, la comparaison des arrêts de la chambre sociale rendus le 21 septembre 2017 (n° 16-20.103 et n° 16-20.104) et le 26 septembre 2018 d'un côté et l'arrêt rendu le 23 juin 2021 (n° 20-17.554) par la troisième chambre civile de la Cour de Cassation d'un autre côté, pourrait révéler cette différence.

Une autre modalité par laquelle les volontés de deux personnes peuvent coïncider et former un contrat est le cas où une personne demande quelque chose d'une autre personne. Par exemple, imaginons le commerçant débiteur A demandant à son créancier B d'exiger sa dette auprès d'une autre personne et que le créancier l'accepte. Nous pouvons remarquer l'existence d'un contrat au visa de l'article 1101 du code civil car il y a un transfert de l'obligation. Cependant le commerçant A n'a rien offert au sens strict mais il a fait une demande⁶³⁶.

351. Quel est l'intérêt de cette précision sur les différentes modalités de la formation du contrat ? Cette subtilité est importante car dans les relations commerciales, les techniques de la formation du contrat ne se limitent pas dans une simple proposition ou présentation des marchandises et des prestations. Et si on peut demander la nullité d'une relation contractuelle *sui generis* au seul motif de défaut d'une offre, on pourrait voir la nullité de beaucoup de contrats.

Alors comment doit-on comprendre ces dispositions qui nous laissent croire la déclinaison du principe de consensualisme et la résurrection du formalisme juridique⁶³⁷ ?

Nous expliquons l'apparition de ces dispositions dans la réforme du droit des contrats et leur application aux contrats commerciaux à travers trois éléments : la manifestation de l'offre (a), celle de l'acceptation (b) et celle du consentement (c).

a) Les modalités de la manifestation de l'offre

352. L'article 1114 du code civil dispose que l'offre doit comprendre les éléments essentiels du contrat envisagé⁶³⁸. C'est une formulation qui exige l'existence des éléments essentiels de chaque contrat alors qu'elle reste muette sur la nature de ses éléments. Nous pouvons logiquement comprendre par mot « envisagé » que ces éléments varient d'un contrat

⁶³⁶ Évidemment si on entend un sens plus large du mot « offre », nous pouvons intégrer tous ces exemples dans le domaine de l'offre.

⁶³⁷ L'approche dominante pour résoudre le problème lié à la formation d'un contrat, est de montrer l'existence d'une offre qui précède l'acceptation. Si cet ordre n'est pas respecté, il n'y a pas de contrat. Cet état de choses nous fait penser à l'époque romaine où le formalisme était une façon de rendre obligatoire un contrat. Nous pensons particulièrement au procédé de la stipulation par demande et par réponse, dans lequel le formalisme consistait à employer certaine expression que répétait le débiteur, *spondesne ? spondeo*.

⁶³⁸ L'offre [...] comprend les **éléments essentiels** du contrat **envisagé** [...].

à l'autre. Certaines dispositions disparates ou la jurisprudence concernant les contrats nommés, ou certains contrats spécifiques ont précisé ces éléments. Mais aucune disposition du code ne les prévoit d'une manière exhaustive ou ne donne aucun critère afin de les déterminer. Nous savons que la détermination de ces éléments est primordiale car ils permettent au juge d'apprécier si le contrat est formé ou non.

353. L'étude des jurisprudences pourrait montrer que la détermination de ces éléments dans chaque relation contractuelle est une tâche casuistique⁶³⁹. Prenons l'exemple du contrat de vente et l'article 1583 du code civil qui exige l'accord sur la chose et le prix afin de former le contrat de vente. Il semble que le prix n'est même pas un élément essentiel pour toutes les espèces de contrat de vente. La chambre commerciale de la Cour de Cassation dans une affaire concernant la cession des parts sociales a décidé que le prix n'est pas un élément essentiel⁶⁴⁰. En effet, la cour de cassation détourne l'application de la règle générale selon laquelle le défaut de prix entraîne la nullité absolue du contrat afin de sauver le contrat. Il y a le même débat par rapport au degré de précision sur la chose vendue⁶⁴¹.

354. Cette même problématique peut être constatée au sein de la convention internationale sur la vente des marchandises. Dans cet instrument, nous pouvons remarquer l'existence de deux dispositions incompatibles concernant la formation du contrat. En effet, sous l'influence du droit anglo-saxon, l'article 14-1 de la CVIM fait du prix un élément caractéristique de l'offre de vente, tandis que l'article 55 indique que la « vente est valablement conclue sans que le prix des marchandises vendues ait été fixé dans le contrat.

355. La question que nous nous posons est : comment doit-on déterminer ces éléments essentiels pour chaque relation contractuelle en l'absence d'une disposition légale ?

356. Les auteurs pensent que cette tâche reste casuistique et qu'il faut prendre en

⁶³⁹ L'arrêt, Cass. 1^{re} civ. 20 mars 2014, n° 12-26.518, énonce que la date de départ de l'achat d'un circuit de voyage est un élément essentiel du contrat. Ou la chambre commerciale en date du 9 novembre 1993 précise que la clause d'exclusivité territoriale est l'essence d'un contrat de concession commerciale mais non celle du contrat de franchise.

⁶⁴⁰ En ce sens l'arrêt, Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-14218, est intéressant concernant la cession des parts sociales ; dans cet arrêt les juges de la haute juridiction considèrent que le prix dérisoire ou vil entraîne la nullité relative du contrat de vente en raison de l'absence de cause. Ce qui est en principe illogique car un défaut de prix doit entraîner la nullité absolue du contrat en raison de défaut d'un élément essentiel de formation du contrat.

⁶⁴¹ TERRÉ François et al., *Op. cit.*, p. 198-199.

compte la nature de chaque contrat⁶⁴². Mais nous pensons que la distinction du contrat civil du contrat commercial et la prise en compte du but des contractants sont des critères clés pour apprécier ces éléments essentiels. En effet, la prise en compte de l'économie du contrat peut révéler les éléments essentiels et le but des contractants peut révéler le degré de précision de ces éléments. Par exemple, dans l'hypothèse de la vente de bouteilles de vin, la qualité des bouchons dans une vente commerciale (vente grossiste) est-elle aussi importante qu'une vente à une personne désirant garder ce vin pendant des années dans sa cave ?

La prise en compte du but des cocontractants a influencé également la théorie de la nullité que nous examinerons après la spécificité de l'acceptation dans les contrats commerciaux.

b) Les modalités de la manifestation de l'acceptation

357. L'extériorisation de l'acceptation est une autre particularité des contrats commerciaux. Le code civil et la jurisprudence⁶⁴³ le reconnaissent et lui consacrent une disposition après la réforme. D'après le droit commun, l'acceptation d'une offre du contrat doit être manifestée sans condition et elle doit être extériorisée. C'est la raison pour laquelle l'article 1120 du code civil dispose que le silence ne vaut pas l'acceptation. Cependant, la suite de l'article fait une exception pour la catégorie des contrats commerciaux. En effet, l'article dispose que pour les relations d'affaire, ou d'après l'usage, le silence vaut acceptation du contrat.

Cette particularité de la manifestation de l'acceptation pour les contrats commerciaux explique également les nouvelles dispositions du code concernant l'offre et l'acceptation.

L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation, à l'origine de la définition légale de l'offre, avait prévu initialement cette définition entre les commerçants⁶⁴⁴. En effet, cet arrêt avait apporté une précision à une pratique commerciale habituelle selon laquelle un contrat est conclu dans le silence de l'autre partie. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les

⁶⁴² *Ibid.* Par exemple la détermination du prix dans un contrat cadre ou un contrat de prestation de service n'est pas essentiel alors qu'elle l'est pour un contrat de vente.

⁶⁴³ Cass. com. 15 mars 2011, n° 10-16422, cf. Genicon Thomas, note sous Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-16422, RDC, n° 3, 2011, p. 795.

⁶⁴⁴ Cass. com. 6 mars 1990, n° 88-12.477.

juges du droit ont réduit le domaine de cette jurisprudence aux relations entre commerçants⁶⁴⁵. Cependant ils prévoient la définition de l'offre afin d'insister sur l'autonomie de volonté et le fait que cela constitue une règle supplétive. Ainsi, dans le cas où une partie fait une réserve à cet usage, le contrat ne sera pas formé dans le silence de l'autre partie.

La solution de la Cour de cassation est judicieuse et applicable à toutes les espèces de contrat. D'où le mérite qu'elle soit une disposition générale du droit des contrats. En revanche, nous pensons que le découpage de cette solution jurisprudentielle dans son contexte commercial et sa transition au sein du code civil auraient dû être effectués autrement.

c) Les modalités de la manifestation du consentement

358. Le consentement aujourd'hui est considéré comme un élément de validité du contrat sans lequel le contrat doit être considéré comme nul⁶⁴⁶. Dans le code civil, avant la réforme comme après la réforme, il n'y a pas de disposition spécifique concernant l'existence ou le défaut de consentement. Ce qui est sanctionné ce sont les vices du consentement⁶⁴⁷. Mais dans aucune disposition, la sanction de l'acte conclu par une personne qui contracte pour quelqu'un d'autre sans demander son consentement n'a été envisagée. C'est la doctrine d'ailleurs qui a élaboré la théorie de la nullité pour répondre à cette question⁶⁴⁸. D'après la théorie dominante de la nullité avant la réforme, le manque d'une condition de validité était sanctionné par une action de nullité absolue⁶⁴⁹.

359. Cependant le défaut de consentement était une exception à cette règle et il est sanctionné par une nullité relative⁶⁵⁰. Cette exception était justifiée dans les rapports contractuels commerciaux au cours desquels la formation d'un contrat sans le consentement est une pratique courante. En effet dans cette catégorie de contrat, on est en face d'un

⁶⁴⁵ Attendu qu'entre commerçants, une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation.

⁶⁴⁶ C. civ., art. 1130 et 1131.

⁶⁴⁷ C. civ., art. 1131: Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat.

⁶⁴⁸ BARRY Mohamed, La théorie des nullités dans la doctrine après le Code civil, Thèse, Lyon III, 2013, p. 83 et s. l'auteur explique différentes positions de la doctrine concernant la sanction du défaut du consentement.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 90.

⁶⁵⁰ AUBRY C., RAU C., Cours de droit civil français, T. I, Cosse Marchal & Cie, Paris, 1869, p. 119, n° 3 ; De La PRADELLE Géraud, Les conflits de lois en matière de nullités du droit interne français au droit international privé, Préf H Batiffol, *op. cit.*, p. 40.

consentement post contractuel. Ce type de relation évoque le concept de « la gestion d'autrui » et en particulier l'article 1301 du code civil. Un concept qui a pris de l'ampleur grâce aux affaires commerciales. En effet, il arrivait auparavant que le gérant contracte pour le compte de son maître à son insu ; ou parfois, le courtier contracte pour le compte d'un autre commerçant. Dans ces hypothèses, la conclusion d'un contrat sans consentement du maître est courante. Ce qui a historiquement exclu le défaut de consentement comme une cause de nullité du contrat, alors que l'absence des autres éléments de validité du contrat entraîne la nullité du contrat.

360. Nous pouvons donc à nouveau observer l'application spécifique d'une règle de droit en matière de contrats commerciaux, devenue une règle commune de droit des contrats. C'est sans doute pour cela qu'après la réforme, le législateur a changé le sens de la nullité relative et absolue afin de rendre cohérente la théorie de la nullité. Aujourd'hui, par la notion de « nullité relative », on entend la protection d'un intérêt privé et par « la nullité absolue » la protection d'un intérêt général. Comme nous l'avons dit ci-dessus, la question de la sanction de la formation d'un contrat n'est pas traitée dans le code civil après la réforme. Mais l'application de la théorie de la nullité peut donner la réponse.

361. L'arrêt du 23 octobre 2019⁶⁵¹ est un bon exemple qui confirme le nouveau concept de la théorie de la nullité selon laquelle la nullité est une sanction qui doit s'adapter au but de la règle dont elle entend assurer le respect, et dont la nature – absolue ou relative – doit dépendre des intérêts, généraux ou particuliers, protégés par la norme méconnue.

362. En l'espèce, une SCI avait, par acte sous seing privé, conclu par sa gérante, donné en location à usage d'habitation une partie d'un immeuble qu'elle détenait à l'époux d'une associée de la société. Après que ce dernier eut été assigné par la société en paiement de certains loyers restés impayés, le couple avait, pour que le mari fut soustrait aux poursuites, invoqué la nullité du bail, conclu sans l'autorisation préalable de l'assemblée générale exigée par les statuts de la société.

363. La cour d'appel prononça la nullité du bail au motif que, signé sans le consentement de la SCI, ce dernier était dépourvu de l'une des conditions requises pour la validité de tout contrat, à savoir l'existence du consentement de chacune des parties. La Cour de cassation casse cet arrêt, reprochant à la juridiction d'appel sa décision d'annulation alors que la nullité d'une convention pour absence de consentement, qui vise à protéger l'intérêt de

⁶⁵¹ Cass. com. 23 oct. 2019, n° 18-11.425.

la partie dont le consentement n'a pas été valablement donné, est une nullité relative.

B) Le contenu du contrat

364. L'article 1128 du code civil dispose que l'accord de volonté des parties devant porter sur un contenu certain est licite. Les auteurs de droit des obligations ont trouvé cette expression vague. Ils prétendent que par ce concept, il faut entendre la teneur, la substance du contrat, ou ce qui est exprimé dans un écrit à supposer que le contrat ait revêtu une forme écrite⁶⁵². Nous pensons qu'un élément essentiel manque à cette définition. Il s'agit du but du contractant. Pour justifier notre proposition, nous nous appuyons sur l'article 1162 du code civil. Cet article, mentionné à la tête de la sous-section concernant le contenu du contrat, dispose que « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties* ». Ce qui nous aide à comprendre ce que le législateur entend par l'expression « contenu du contrat ». Mais qu'est-ce que le but du contrat ? Car a priori un contrat n'est pas un être vivant, donc n'est pas censé avoir un but ! évidemment par « but du contrat », il faut entendre le but des parties qui ont conclu le contrat. En d'autres termes, le but du contrat (après la réforme) correspond à la cause du contrat (avant la réforme)⁶⁵³. Examinant les autres articles de cette sous-section, par le contenu d'un contrat, il faut entendre également l'objet de l'obligation et du contrat, la contrepartie (le prix dans les contrats synallagmatiques) et les clauses contractuelles qui tous doivent être licite et certain. L'absence de ces caractéristiques entraîne naturellement l'invalidité du contrat et par la suite, la nullité du contrat. Nous allons vérifier la spécificité du régime juridique de chacun de ces éléments dans un contrat commercial.

a) La possibilité d'un contenu du contrat incertain

365. L'article 1128 C.civ dispose que le contenu du contrat doit être certain⁶⁵⁴. Cette expression signifie pratiquement que la chose ou l'objet doit exister et que le service promis doit être possible⁶⁵⁵. C'est un impératif qui a *a priori* pour but de protéger des intérêts individuels⁶⁵⁶. L'intérêt de ce débat persiste dans la sanction que le juge doit décider pour un

⁶⁵² TERRÉ François et al., *Op. cit.*, p. 410.

⁶⁵³ Cf. *supra* n° 299.

⁶⁵⁴ Sont nécessaires à la validité d'un contrat : [...] 3° Un contenu licite et certain.

⁶⁵⁵ TERRÉ François et al., *Op. cit.*, p. 402.

⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 401.

contrat portant sur une chose ou une prestation incertaine. La sanction est définie dans le code civil, et les auteurs sont unanimes concernant la nullité d'un contrat au contenu incertain. Ainsi, dans ce cas, le juge doit prononcer une nullité absolue d'après la théorie classique ou appliquer la nullité relative d'après la théorie moderne de la nullité.

366. Nous pensons qu'il faut réétudier la sanction envisagée en fonction de la nature commerciale ou civile d'une relation contractuelle. En fonction de cette distinction, il faut envisager la validité ou la nullité du contrat. Autrement dit, dans le cas d'un contrat commercial, et l'hypothèse d'un contenu incertain, il faut prononcer la validité du contrat et dans le cas d'un contrat civil appliquer la nullité du contrat.

Afin de justifier notre proposition, nous étudierons les cas dans lesquels un contenu incertain n'est pas sanctionné par la nullité. En effet, cette exigence issue du droit commun a été très vite allégée dans les relations commerciales. Prenons l'exemple du contrat d'assurance⁶⁵⁷, contrat aléatoire, où l'assureur s'engage à indemniser un risque éventuel et probable, c'est à dire une chose qui peut exister ou ne pas exister, donc une chose incertaine⁶⁵⁸. Ou celui des contrats de change, au terme duquel le bénéficiaire d'un effet de commerce rachète une dette qui n'est pas certaine même si cette dernière existe.

367. Les exemples légaux ou jurisprudentiels ne se résument pas aux contrats d'assurance ou de change apparus au Moyen Age. Avec l'expansion du phénomène contractuel, nombreux sont les contrats dans lesquels le contenu certain n'est plus une condition de validité du contrat. Il s'agit particulièrement des contrats commerciaux.

368. Aujourd'hui, c'est l'article 1163 du code civil qui prévoit le tempérament au principe d'un contenu certain au terme duquel la prestation peut être future mais déterminable. Et le troisième alinéa de l'article dispose que « *la prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire* ». Il fait clairement référence aux contrats commerciaux et aux relations entre professionnels. Un autre tempérament à ce principe est la catégorie des contrats aléatoires, comme le contrat

⁶⁵⁷ Le contrat d'assurance était, en principe, un contrat issu du monde de commerçant et ensuite il est démocratisé par tous les aspects de la vie civile et professionnelle.

⁶⁵⁸ Le contrat d'assurance est un contrat aléatoire. Il est même le contrat aléatoire par excellence, HOUSSEIER Jérémy, « Quel avenir pour les contrats aléatoires ? » in, Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations, ANDREU Lionel, MIGNOT Marc (dir.), Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 325.

d'assurance, dans lesquels le contenu n'est pas certain⁶⁵⁹. En effet, dans ce type de relation contractuelle, une partie accepte le risque portant sur une prestation ou une chose incertaine. Et ce risque est la nature d'une relation commerciale. M. Dérepez pense également que la spéculation est l'âme des contrats aléatoires⁶⁶⁰. En effet, au fil du temps, les juristes ont eu recours à des dérogations au principe ou aux nouvelles classifications des contrats dont le contrat aléatoire pour justifier la validité d'un contenu incertain. Comme nous pouvons le remarquer, les contrats qui tolèrent un contenu incertain sont les contrats utilisés dans le domaine du commerce. Ce qui justifie la nécessité de notre distinction. Une distinction plus globale entre le contrat civil et le contrat commercial paraît plus cohérente. Dans un contrat civil ou un contrat de consommation, la protection du consommateur ou du particulier exige un contenu certain, alors que dans un contrat commercial, l'intérêt du commerce exige la possibilité d'un contenu incertain.

369. L'arrêt du 24 mai 2016 de la chambre commerciale en est un exemple intéressant⁶⁶¹. En l'espèce, dans un contrat cadre de prêt de titres entre les parties a été convenu que la banque transfère certains titres à l'emprunteur. La cour d'appel a annulé cette convention de prêt de titres, faute d'objet, aux motifs qu'une telle convention suppose que le prêteur doit être propriétaire de ces derniers pour pouvoir en transférer temporairement la propriété et que tel n'était pas le cas puisque le prêteur n'était pas, préalablement à la signature du contrat, propriétaire des titres qu'il prêtait. La Cour de cassation censure la décision des juges du fond en arguant qu'il y a une différence entre l'objet de l'obligation et l'objet du contrat et qu'il résulte des anciens articles 1108 et 1126 du code civil que l'objet, dont l'absence est sanctionnée par la nullité de la convention, s'entend de l'objet de l'obligation que renferme cette convention, et non de l'objet du contrat. Pour les juges de la Cour, l'objet de l'obligation du prêteur de titres, tel qu'il était stipulé aux termes du contrat-cadre et des confirmations, résidait dans la mise à disposition de titres qui existaient et étaient identifiés lors de la signature de ces conventions, et non dans le transfert de propriété de ces titres.

370. Cette décision est critiquable car si l'absence de l'objet de l'obligation entraîne la nullité du contrat, l'absence de l'objet du contrat entraîne *a fortiori* la nullité du contrat. Si on

⁶⁵⁹ Même si la définition du contrat aléatoire a été modifiée après la réforme du droit des contrats, cela ne changera pas le fait que le contenu de ces contrats est incertain ; ROBINEAU Matthieu, « Le Code civil, l'aléa, le contrat d'assurance. Libres propos sur l'abrogation de l'article 1964 du Code civil », Bulletin Juridique Des Assurances, PJ Ventures, 2017.

⁶⁶⁰ DEPREZ Jean, « La lésion dans les contrats aléatoires », RTD civ., 1955, p. 1, n° 3.

⁶⁶¹ Cass. com. 24 mai 2016, n° 14-25921 ; n° 14-28111.

conclut un contrat de vente, et que le propriétaire stipule que la propriété de la chose vendue ne se transfère pas à l'acheteur, ce contrat est nul ou alors il faut le qualifier autrement.

Cette interprétation des juges de la Cour de cassation n'est pas conforme avec les autres dispositions du code civil. Au contraire, si les juges prenaient en compte la particularité d'un contrat commercial, le motif du jugement aurait été plus judicieux. Le transfert d'une chose dont on n'est pas le propriétaire est une pratique courante dans les relations commerciales. Un autre exemple courant est la vente à découvert des actions des sociétés cotées en bourse.

371. Nous pensons que cette technique, à savoir le transfert d'une chose dont l'on n'est toujours pas propriétaire pourrait également être utilisée entre un professionnel et un consommateur ou entre deux particuliers. La différence portera sur la sanction prévue par le juge. Dans le cas d'une relation interprofessionnelle, la partie lésée peut seulement demander des dommages et intérêts et dans le deuxième cas, la partie lésée peut demander la nullité du contrat.

b) Les clauses contractuelles et l'équilibre contractuel

372. La modernité de la vie sociale exige des clauses contractuelles qui n'existaient pas il y a quelques siècles. Les parties à travers des stipulations contractuelles essaient de prévoir l'avenir de leur relation contractuelle. Un contrat de vente ou de prêt ne se résume plus au transfert d'un objet ou au prêt d'une somme d'argent. Chaque relation contractuelle est munie de plusieurs clauses qui définissent les obligations de chaque partie, la modalité de l'exécution des obligations, le règlement de différend etc. De nouveaux montages juridiques prévoient également des dispositions afin de satisfaire l'économie de chaque partie. Ce qui met en avant la réflexion autour d'une part d'une question ancienne, à savoir l'équilibre contractuel⁶⁶² et d'autre part d'une question relativement récente, à savoir la validité des clauses contractuelles. Cette dernière est la forme nouvelle de l'équilibre contractuel.

Le défaut d'équilibre dans les contrats est en principe sanctionné par l'action en rescision

⁶⁶² FIN-LANGER Laurence, *Equilibre contractuel*, LGDJ, Paris, 2002, Faustine Jacomino, *Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence*, Thèse, L'Université Côte d'Azur, 2018.

pour lésion. Cependant il y a un débat fondamental concernant la sanction relative au défaut de l'équilibre contractuel, entre les partisans du libéralisme économique et les partisans d'une conception plus sociale des relations contractuelles. Les premiers croient au libre jeu de volonté comme fil conducteur vers la justice, alors que les deuxièmes croient au rôle des lois pour garantir la justice entre les parties⁶⁶³. Deviner la sanction attendue pour chacun de ses courants est très facile. Le premier courant de pensée prescrit le maintien et la validité du contrat dans le cas d'une lésion, et le deuxième courant le proscrit. Après la réforme, le législateur a continué à opter pour le courant libéral, à savoir le respect de l'autonomie de volonté, afin de déterminer le régime juridique du défaut d'équilibre. Ce principe, déclaré dans l'article 1168 du code civil⁶⁶⁴ connaît, sous l'influence du deuxième courant, quelques tempéraments. Nous ne les détaillerons pas plus, mais nous souhaitons attirer l'attention sur la divergence entre ces deux courants et le choix du législateur afin de les concilier.

Nous sommes tout à fait d'accord avec la première partie de l'article 1168 dans la mesure où elle respecte l'autonomie de volonté. Mais nous reprochons au législateur le style restrictif de la rédaction de la deuxième partie dudit article. D'après la deuxième partie de cet article, seuls les contrats mentionnés dans une loi spécifique peuvent bénéficier d'une action en rescision. Ce qui implique une interprétation stricte de la loi et par conséquent des relations contractuelles qui sont concernées. Nous pensons qu'une telle rédaction peut entraîner des effets pervers.

De plus, la classification des contrats en commutatif et aléatoire, citée dans l'article 1108⁶⁶⁵ du code civil rend difficile l'interprétation de l'article 1168 du code civil. Elle est prévue afin de simplifier le régime juridique de l'équilibre contractuel. D'après cette classification, dans les contrats commutatifs, l'équilibre contractuel est nécessaire dont le défaut entraînerait la nullité du contrat alors que ce n'est pas le cas des contrats aléatoires. Car l'aléa chasse la lésion. La difficulté réside dans la façon dont on doit qualifier un contrat commutatif. D'un côté, selon l'article 1168, le critère qui permet au juge de déterminer, si l'action en rescision est envisageable, est la prise en compte de la volonté ; et de l'autre côté, le juge n'a pas de critère exact pour qualifier un contrat commutatif. Par conséquent, nous

⁶⁶³ TERRÉ François et al., *Op. cit.*, p. 436 et s.

⁶⁶⁴ 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.

⁶⁶⁵ C. civ., art. 1108 : « Le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit ».

pensons que l'application de ces articles en l'espèce est tellement arbitraire qu'il nécessite le recours à des critères objectifs et subjectifs pour déceler le droit des parties à une action en rescision.

C'est pour cette raison que nous pensons que la distinction du contrat commercial du contrat civil peut faciliter cette tâche. Dans un contrat commercial où les parties cherchent à s'enrichir, le droit à la lésion doit être interdit, alors que dans un contrat civil, il pourrait être accepté comme un principe directeur. Au-delà de cette distinction, le législateur peut prendre d'autres critères, comme la personne (mineur non émancipé) ou l'objet (vente immobilière) afin de consacrer l'action en rescision.

373. **Un autre aspect de l'équilibre contractuel concerne les clauses abusives. Au terme de l'article 1170 du code civil**, toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. L'article L.132-1 du code de la consommation déclare également réputé non-écrite les clauses abusives entre un consommateur et un professionnel. L'article L.442-6 du code de commerce a lui-même prévu que les clauses abusives engagent la responsabilité de son auteur et elles sont nulles. Ce qui a priori laisse présager un traitement identique pour les clauses abusives.

374. Cependant, il est important de savoir qu'il y a une différence entre les clauses abusives dans le code du commerce d'un côté et dans le code de consommation et le code civil de l'autre côté. Le code du commerce prohibe les clauses qui faussent le marché libre et la concurrence loyale⁶⁶⁶. Autrement dit, le code du commerce protège le marché contre les mesures restrictives de la concurrence. Alors que le code civil ou le code de consommation protègent la partie faible du contrat de la partie plus forte. En effet, le domaine d'application de ces dispositions n'est pas le même. C'est ce qu'a clairement dit la chambre commerciale de la cour de cassation dans un arrêt du 24 mai 2017⁶⁶⁷. En l'espèce, la Cour de cassation annonce que le contrat conclu entre les deux sociétés, toutes deux commerçantes, pour les besoins professionnels de l'une d'elles, ne relevait pas de la législation commerciale (article L. 442-6 du code du commerce). Mais seul l'article L. 132-1 du code de la consommation permet l'annulation d'une clause abusive pour un besoin non-professionnel⁶⁶⁸.

⁶⁶⁶ AUBERT Jean-Luc, FLOUR Jacques, SAVAUX Eric, *Op. cit.*, p. 180.

⁶⁶⁷ Cass. com. 24 mai 2017, n° 15-18484 ; BUY Frédéric, Obs. sous cet arrêt, *Revue des droits de la Concurrences*, n° 3, 2017, p. 94.

⁶⁶⁸ BUY Frédéric, *Op. cit.*, l'auteur explique que pour la Cour de cassation, la demande en nullité d'une

375. C'est pour cette raison qu'une clause limitative de la responsabilité des parties dans le cas d'un vice caché entre deux professionnels de la même spécialité⁶⁶⁹ ou encore entre deux particuliers⁶⁷⁰ est acceptée, mais la même clause entre un professionnel et un non-professionnel n'est pas acceptée. Bien que cette distinction entre un contrat commercial et un contrat civil, concernant le régime juridique des clauses abusives, ne soit pas considérée par le droit positif, il reste que la jurisprudence l'a déjà appliqué à plusieurs reprises⁶⁷¹. De la même manière, les clauses limitatives de responsabilité entre les professionnels sont acceptées dans les contrats commerciaux internationaux⁶⁷².

Comme nous pouvons constater, si une clause abusive dans un contrat civil est réputée non écrite, il n'est pas de même pour un contrat commercial. Cette différence de traitement peut être expliquée par la théorie des contrats incomplets⁶⁷³. Dans un contrat commercial, les deux parties étant professionnelles, elles sont censées avoir les informations nécessaires dans leur domaine.

c) La possibilité d'un prix indéterminé

376. L'un des autres éléments de contenu du contrat devant être certain et licite est la contrepartie, ou le prix de la chose, ou la prestation. Nous avons déjà étudié ci-dessus⁶⁷⁴ les cas où il n'y pas d'équivalence entre les contreparties ou bien lorsque l'une d'entre elles n'existe pas. À présent, nous allons vérifier si la contrepartie peut ne pas être déterminée. C'est une question qui s'est posée depuis le droit romain et a continué d'être posée jusqu'à aujourd'hui. Elle constitue l'une des différences entre le système *Common Law* et le système

clause pour déséquilibre significatif est fondée de manière inopérante sur l'art. L. 442-6 C. com.

⁶⁶⁹ Cass. 1^{re} civ. 27 novembre 2019, n° 18-18.402, Inédit.

⁶⁷⁰ Cass. 1^{re} civ. 7 janvier 1982, n° 80-16.530, Publié au bulletin.

⁶⁷¹ Cass. 3^{re} civ. 17 octobre 2019, n° 18-18.469, Publié au bulletin ; Cass. 3^{re} civ. 4 février 2016, pourvoi n° 14-29.347, Bull. 2016, III, n° 23.

⁶⁷² FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Clauses limitatives de réparation entre professionnels : étude de droit comparé », RDC, 2013, n° 2, p. 67. L'auteur explique que dans la pratique commerciale internationale, les clauses limitatives de réparation sont répandues car très utiles. Elles permettent de répartir les coûts et les risques entre les parties contractantes et sont généralement consenties par l'une des parties en échange d'avantages (par exemple une diminution du prix de vente). Elles sont en principe valables et efficaces.

⁶⁷³ Cf. *supra*, n° 239 et s.

⁶⁷⁴ Cf. *supra*, n° 364 et s.

continental⁶⁷⁵. Après la réforme, il y a une légère modification concernant le régime juridique de prix d'un contrat.

Nous allons vérifier l'évolution de cette règle afin de comprendre l'élément moteur du législateur et l'impact de la distinction entre le contrat civil et le contrat commercial dans la conception de cette règle.

377. Le droit français avait initialement exigé que le prix au moment de la formation du contrat devait être déterminé. Après plusieurs années, la jurisprudence a accepté que le prix du contrat puisse être déterminable⁶⁷⁶. Comme nous pouvons le constater, le prix d'un contrat est soumis aux mêmes règles que l'autre contrepartie (la chose ou la prestation). Si la prestation peut être déterminable dans le futur, alors il est logique que le prix puisse également être déterminable, car les deux éléments font partie du contenu du contrat. Cette évolution de la jurisprudence et du droit positif est cohérente et compréhensible.

Ensuite dans les arrêts rendus le 1^{er} décembre 1995⁶⁷⁷, l'assemblée plénière de la Cour de Cassation a accepté que l'indétermination du prix du contrat dans un contrat cadre ne mettait pas en cause la validité du contrat. La Cour de Cassation a maintenu sa position jusqu'à l'arrivée de la réforme de droit des contrats. Au moment de la réforme, le législateur avait deux options par rapport au prix : soit il fallait le considérer comme un élément de validité du contrat en lui laissant la liberté d'être déterminable ou non, soit il fallait le considérer comme un élément non-essentiel, et par conséquent même à défaut du prix, le contrat restait valable. De l'ensemble des articles 1163 et 1164 du code civil, on comprend que le législateur a choisi la première hypothèse. Il a cependant prévu deux exceptions. Il s'agit de l'article 1165, à savoir les contrats de prestations de services⁶⁷⁸ d'un côté et les contrats de cadre de l'autre côté. Dans les contrats de service, l'indétermination du prix n'est pas une cause d'invalidité du contrat.

L'article 1164 dispose que dans le contrat de cadre, le prix peut être déterminé

⁶⁷⁵ Cf. *supra*, n° 354 et s.

⁶⁷⁶ Cass. com. 11 janvier 2017, n° 15-13025.

⁶⁷⁷ Sur les arrêts de l'Assemblée plénière, V. notamment : concl., JEOL Michel, 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 ; note, Aynès Laurent, D., 1996, p. 13 ; Chron., Brunet Andrée, Ghazi Alain, D., 1998, p. 1 ; obs., MESTRE Jacques, RTD civ., 1996, p. 153 ; obs., Bouloc Bernard, RTD com., 1996, p. 316.

⁶⁷⁸ Cass. com. 9 décembre 2014, n° 13-22481: Attendu, en deuxième lieu, que dans les contrats n'engendrant pas une obligation de donner, l'accord préalable sur le montant exact de la rémunération n'est pas un élément essentiel de la formation de ces contrats ;

unilatéralement par une partie. Il montre une petite nuance par rapport aux arrêts de 1995. La détermination du prix dans un contrat cadre est nécessaire même si celui-ci est fait unilatéralement. Mais la majorité des auteurs pensent qu'il faut comprendre cet article à la lumière de la jurisprudence antérieure, à savoir que dans le contrat cadre le prix n'est pas un élément essentiel.⁶⁷⁹ Même la rédaction de l'article 1164, quand ce dernier déclare qu'« **il est possible que le prix soit fixé** », signifie qu'au moment de la conclusion, le contrat peut être sans prix. En effet, le prix peut être déterminé ultérieurement à la conclusion du contrat.

378. Après cette introduction, se pose l'intérêt de la distinction entre le contrat civil et le contrat commercial dans l'interprétation des dispositions relatives au prix de contrat. Plusieurs questions restent à méditer.

La première question concerne le champ d'application de la faculté du défaut de prix dans une relation contractuelle. Autrement dit, dans quels types de contrats le défaut de prix n'est pas une cause de nullité de contrat ? Si on accepte l'hypothèse selon laquelle, dans les contrats de cadre, le prix n'est pas un élément essentiel, nous pouvons estimer que dans deux catégories de contrats (contrat cadre et contrat de prestations de services) la détermination du prix n'est pas indispensable. La classification des contrats cadres est théorisée par la doctrine afin d'expliquer l'indétermination du prix de contrat. Les principales espèces de contrats cadre sont des contrats de distributions, qui sont des contrats commerciaux par nature. A notre sens, les contrats de prestations de services, mentionnés dans le code civil après la réforme, doivent être également considérés comme des contrats commerciaux. Deux arguments nous permettent de justifier notre proposition. Le premier se fonde sur l'article L.110 du code de commerce selon lequel la fourniture des services est un acte commercial et le deuxième s'appuie sur la contradiction entre les dispositions du code civil et celles du code de la consommation concernant la détermination du prix dans un contrat de prestations de services.

Nous savons que d'après l'article L.113-3 du code de la consommation⁶⁸⁰, le prix d'une prestation doit être indiqué. Ce dernier doit donc exister au moment de la conclusion de contrat. Alors que le code civil en dispose autrement. Il peut avoir plusieurs explications pour

⁶⁷⁹ MOURY Jacques, « La détermination du prix dans le “ nouveau ” droit commun des contrats », D., 2016, p. 1013, spéc. n° 3 s. ; du même auteur, « Retour sur le prix : le champ de l'article 1163, alinéa 2, du code civil », D., 2017, p. 1209 ; GRIMALDI Cyril, « La fixation du prix », RDC, 2017, n° 114q4, p.558 ; rappr. MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, *Op. cit.*, n° 600.

⁶⁸⁰ Art. L.113-3 C.consom. Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, [...].

interpréter cette contradiction :

1 : Il ne faut pas confondre la prestation et la catégorie de contrat de prestation. A ce titre, la prestation et le contrat de prestation sont deux concepts différents. Ainsi il se peut que le prix d'un contrat de prestation soit indéterminé, mais par contre, le prix de la prestation doit toujours être déterminé. Dans telle hypothèse, par « contrat de prestation », il faut entendre l'ensemble des relations contractuelles où la durée ou le coût du contrat ne permettront pas déterminer le prix du contrat par avance. À cette hypothèse, nous répondons que même dans ce type de relation, quand le contrat est conclu entre un consommateur et un professionnel, ce dernier est obligé, conformément aux dispositions du code de consommation, d'avertir le consommateur sur une éventuelle variation du prix et de préciser ses modalités de calcul. Alors nous pouvons remarquer que la distinction du concept de contrat de prestation et du concept de prestation ne peut pas justifier le défaut du prix. C'est pour cette raison qu'il faut chercher une autre interprétation afin d'expliquer cette contradiction entre le code civil et le code de consommation.

2 : Il y a une autre justification qui consiste à réduire le champ d'application de l'article 1164 aux relations contractuelles commerciales, c'est à dire aux cas entre deux commerçants ou deux professionnels. C'est-à-dire que la détermination du prix dans un contrat de prestation n'est pas obligatoire dans un contrat commercial ou entre deux professionnels alors qu'entre un professionnel et un consommateur est obligatoire en vertu des dispositions consuméristes. À ce moment-là, il n'y a pas de contradiction entre le code civil et le code de la consommation. Cette interprétation est plus compatible avec le souhait des commerçants et l'analyse économique de droit.

Donc nous pouvons constater par ces deux exceptions que le prix ne doit pas être considéré comme un élément essentiel dans un contrat commercial.

379. Il y a une dernière question qui suscite des interrogations concernant le prix du contrat. Il s'agit de la sanction considérée pour la détermination abusive dans un contrat cadre et l'intervention de juge. Ce principe sera étudié prochainement. Mais brièvement il faut rappeler que l'autorisation d'une intervention judiciaire dans le cas d'un contrat commercial n'est pas justifiée. Et elle est en contradiction avec l'article 1195 du code civil. C'est à dire que dans un contrat commercial, le juge n'a pas le droit de changer le prix de contrat, alors que dans un contrat de consommation, il est libre. Le lecteur peut nous reprocher que les articles 1164 et 1165 du code civil ne traitent pas le cas de l'intervention judiciaire mais celui

d'abus de prix. À cette remarque, nous répondons : Certes, l'abus dans la détermination du prix d'un contrat doit être sanctionné. De la même manière que d'après la règle générale : Tout abus de droit doit être sanctionné. Ces articles ne précisent pas la définition de l'abus du prix. Autrement dit, à partir de quel seuil ou selon quel critère le prix est abusif. Nous pensons qu'il faut distinguer entre deux hypothèses. La première, c'est le cas où les parties, par leur accord commun, ont donné le pouvoir de détermination du prix à l'un des contractants d'une manière libre. La deuxième hypothèse, c'est le cas où la détermination du prix est confiée à une seule partie mais sous certaines conditions ou des circonstances au moment de la conclusion du contrat ont été définies.

Dans ces deux hypothèses le seuil qui détermine la survenance de l'abus de droit est différent. En effet, dans le premier cas le juge peut être plus souple par rapport au prix abusif alors que dans le deuxième cas, il doit être plus sévère.

C) La cause du contrat

380. L'une des modifications du droit des contrats apportée par la réforme de 2016, concerne, au nom de l'attractivité du droit français des contrats, la suppression de la notion de cause comme un élément de validité du contrat, bien que cette évolution semble satisfaire le courant anti causaliste⁶⁸¹. Mais nous avons montré qu'il s'agit d'une modification formelle plutôt que fondamentale⁶⁸². En principe, avant la réforme, il avait été établi deux sens pour le concept de cause. Nous nous intéressons, ici, au sens de la cause efficiente ou la contrepartie. C'est-à-dire pour qu'un contrat soit valable, il faut une contrepartie. Ce sens de cause est préservé au moins dans le contrat synallagmatique. Nous avons déjà expliqué que⁶⁸³ ce que le droit français reconnaît par le contrat unilatéral est une invention conceptuelle sous un angle moraliste. De plus, il est même en contradiction avec la définition du contrat. Par conséquent, nous pensons que la cause est maintenue pour la validité de tous les contrats.

Nous étudierons maintenant comment la jurisprudence ou le droit positif a utilisé la cause pour annuler certaines catégories de rapports contractuels, à savoir commerciaux, et comment la réforme l'a entériné dans le nouveau droit des contrats.

⁶⁸¹ AYNES Laurent, « La cause, inutile et dangereuse », Dr. et patr., n° 240, oct. 2014 ; MAZEAUD Denis, « Pour que survive la cause, en dépit de la réforme », Dr. et patr., n° 240, oct. 2014.

⁶⁸² Cf. *supra* n° 314 et s.

⁶⁸³ Cf. *supra* n° 263 et s.

381. Depuis 1978⁶⁸⁴ et sous l'influence de l'invention de nouveaux montages juridiques, on peut constater l'apparition d'un nouveau vocabulaire juridique ; les notions de « contrats indivisaires », « contrats complexes », « contrat interdépendant » sont utilisées par les juges de la Cour de Cassation. Ces expressions ont été utilisées afin de désigner les rapports contractuels, *a priori* des relations d'affaires, dans lesquels un contrat est conclu en contrepartie d'un autre contrat ou un contrat est conclu à condition de la réalisation d'un autre contrat⁶⁸⁵. Dans ces contrats, il arrivait que l'un des contrats devienne nul ou impossible à exécuter alors que l'autre contrat était valable. Dans une telle situation la partie lésée prétendait à l'annulation de l'ensemble contractuel. Ce que les juges du fonds refusaient en faisant une qualification distincte de chaque contrat et en vérifiant les éléments de validité de chacun des contrats. Les décisions des juges du fonds étaient défendables avec une interprétation exégétique, et dans la mesure où leur raisonnement respectait le principe de l'effet relatif du contrat. En effet, les juges du fond suivent le processus de qualification issu du droit civil pour qualifier chaque relation contractuelle⁶⁸⁶.

Cette solution des juges du fonds, violant la volonté des parties, a poussé les juges de la Cour de cassation à censurer ces décisions au visa de l'économie du contrat ou la cause⁶⁸⁷. Cet ensemble contractuel issu des pratiques commerciales n'était pas prévu par le droit positif. Alors, la Cour devait trouver un fondement juridique afin d'annuler l'ensemble contractuel. Comme l'économie du contrat⁶⁸⁸ est un concept qui n'existait pas comme un élément de validité du contrat mais grâce au concept de cause, les juges pouvaient justifier le bien-fondé de leur jugement.

⁶⁸⁴ Pendant longtemps, la jurisprudence a refusé de reconnaître l'existence d'un lien d'indivisibilité entre contrats conclus en vue de la réalisation d'une même opération économique. Le législateur, adoptant la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, a mis un terme.

⁶⁸⁵ L'exemple de ces contrat est le contrat conclu entre la société A et la société B, aux termes desquelles la seconde s'engage, d'une part, à installer chez la première un "réseau global de communication interactive", par la mise en place d'un ensemble informatique et vidéo "avec un contenu interactif pour les clients et un contenu en diffusion médiatique", contenant notamment des spots publicitaires dont la commercialisation devait assurer l'équilibre financier de l'ensemble, d'autre part, à lui verser une redevance de 900 euros hors taxes par mois, pendant une durée de quarante-huit mois ; la société A s'oblige à garantir à la société B de l'exploitation du partenariat publicitaire.

⁶⁸⁶ Nous verrons bientôt encore que la qualification dans un contrat commercial ne peut plus suivre de la même manière que dans un contrat civil.

⁶⁸⁷ Cass. 3^{re} civ. 3 mars 1993, n° 91-15.613 ; Cass. 1^{re} civ. 1^{er} juillet 1997, n° 95-15.642 ; Cass. com. 25 février 2000, n° 99-13.429.

⁶⁸⁸ PIMONT Sébastien, L'économie du contrat, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004 ; HOUSSARD Eugène, « L'économie du contrat », Revue juridique de l'Ouest, 2002, p. 7-65

382. Cette jurisprudence a été introduite dans le deuxième alinéa du nouvel article 1186 du code civil selon lequel : « *lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie* ».

383. Le premier alinéa de cet article dispose également : Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît. Nous pouvons constater qu'après la réforme, le législateur ne raisonne plus sur le terrain de la cause mais plutôt sur la disparition d'un élément essentiel du contrat. D'un côté la notion de cause est supprimée dans le nouveau droit des contrats et de l'autre côté, la sanction d'un contrat sans cause est la nullité et non la caducité. Le choix entre la caducité ou la nullité comme sanction est une autre question qui nécessite une étude à part entière.

384. Nous nous intéressons en particulier à cette disposition car elle fait partie du droit commun des contrats, alors qu'elle est applicable en particulier aux domaines des relations d'affaires et des contrats entre deux commerçants (professionnels). Les contrats complexes sont principalement inventés et utilisés dans le monde des affaires. Il sera alors plus judicieux de considérer cette disposition comme une règle générale pour les contrats commerciaux.

De plus, il est intéressant de rappeler que les contrats interdépendants peuvent être prévus entre un professionnel et un consommateur. C'est par exemple le cas des consommateurs qui recourent à un prêt pour l'achat de panneaux photovoltaïques. Alors nous pourrions imaginer que les contrats interdépendants ne se résument pas au domaine des contrats commerciaux (entre professionnels) ; la réponse est positive mais avec une nuance.

385. La solution donnée par le code de la consommation est différente de celle du code civil. L'article L312-55 dudit code indique : *Celui-ci (le contrat de crédit) est résolu ou annulé de plein droit lorsque le contrat en vue duquel il a été conclu est lui-même judiciairement résolu ou annulé. Les dispositions du premier alinéa ne sont applicables que si le prêteur est intervenu à l'instance ou s'il a été mis en cause par le vendeur ou l'emprunteur.*

386. En effet, si le droit positif reconnaissait dès le départ un traitement différent pour les contrats commerciaux et les contrats civils, le législateur n'aurait jamais été obligé de prévoir une disposition distincte pour réformer fondamentalement le droit des contrats.

Nous réitérons notre propos à ce qu'il n'y a aucun reproche dans la codification des règles

générales concernant les contrats commerciaux au sein du code civil. Nous ne sommes pas d'accord avec la façon dont le législateur a procédé à cette codification et à son résultat final, c'est-à-dire, prévoir une règle au sein du code civil applicable aux contrats d'affaire sans préciser cette nuance. De plus, prévoir la sanction de caducité pour les contrats interdépendants, sous prétexte que chaque contrat est considéré comme un élément essentiel du complexe contractuel, ne semble pas très judicieux. Car l'élément essentiel n'est jamais considéré dans le code civil comme un élément de caducité mais plutôt comme un élément de nullité du contrat⁶⁸⁹.

Nous continuerons l'étude de l'application et l'interprétation autonome et propre du droit commun des contrats, consacrée aux règles de l'effet relatif du contrat.

§2) L'effet relatif du contrat

387. Le contrat n'a en principe d'effet qu'à l'égard des individus qui l'ont voulu⁶⁹⁰. Le principe de l'effet relatif du contrat découle d'un principe plus fondamental qui est l'autonomie de volonté. D'après ce principe le contrat engage la responsabilité des parties qui l'ont conclu. Tous ceux qui ne faisaient pas partie du contrat sont considérés comme des tiers. Cependant ce principe si simple et si logique a connu plusieurs exceptions au fil du temps. On a prévu des situations dans lesquelles les tiers se voient engager leur responsabilité en tant que cocontractants. Ce qui a engendré une controverse au sein de la doctrine afin de définir les parties à un contrat. Outre des hypothèses envisagées dans le code civil, à savoir la promesse de porte-fort et la stipulation pour autrui⁶⁹¹, nous présentons quelques exemples des situations

⁶⁸⁹ L'interdépendance ou les contrats indivisibles ; ce sont encore des montages juridiques par les commerçants qui ont abouti à encadrer un nouvel article dans le code civil. Ex : Cass. com. 15 octobre, 1996, n° 94-18903 ; Cass. com. 13 mai 1997, n° 95-17221 ; Cass. com. 27 mai 1997, n° 95-18439 ; Cass. com. 3 mai 1995 n° 93-20007 ; Cass. com. 15 octobre 1996, n° 94-16296 ; Cass. com. 4 avril 1995, n° 93-20029.

⁶⁹⁰ C. civ., art. 1199 : Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties.

⁶⁹¹ La promesse de porte-fort est une technique juridique consistant à promettre le fait d'autrui ; et la stipulation pour autrui est une opération juridique mettant en cause trois personnes. Le stipulant convient avec le promettant que ce dernier exécutera une prestation déterminée au profit d'un tiers, le bénéficiaire. COHET Frédérique, Le contrat, Presses universitaires de Grenoble, 2020, p. 199-206. Pour l'auteur, ces deux hypothèses sont des atténuations du principe de l'effet relatif des contrats.

Pour l'avis contraire, cf. LATINA Mathias note sous, Cass. Ass. plén., 22 avr. 2011, n° 09-16008, LEDC juin 2011, n° 06, p. 3, pour l'auteur la doctrine est unanime sur le fait que la promesse de porte-fort n'est qu'une exception à l'effet relatif des contrats.

dans lesquelles, le principe de l'effet relatif du contrat est remis en cause. Nous essayons de justifier ces exceptions sous l'angle de la distinction du contrat civil du contrat commercial afin d'expliquer la divergence de la doctrine.

1) La première situation est le cas des héritiers d'un cocontractant décédé.

2) la deuxième situation concerne le transfert entier d'un contrat ou la cession d'un contrat. Dans une telle hypothèse, le cessionnaire remplace le cédant dans le contrat avec toutes les créances ou les obligations. Ce transfert de contrat d'après l'article 1108 du code civil est un nouveau contrat entre le cédant et le cessionnaire⁶⁹². Un exemple concret de cette situation est le cas où une société remplace une autre afin d'exécuter un contrat initial. Ou encore l'hypothèse d'une fusion ou acquisition par l'un des cocontractants⁶⁹³. Mais il reste le sujet de l'effet relatif du contrat entre le cessionnaire et la partie initiale. Faut-il obtenir préalablement la permission de la partie initiale ? Et dans le cas positif, quelle sanction est envisageable pour le non respect de telle obligation ?

3) Le transfert d'une créance ou d'une dette est la troisième hypothèse. Dans cette situation, le cessionnaire de la créance ou la dette subroge le cédant dans ses créances ou ses dettes. Comme nous pouvons le remarquer dans la situation précédente le cédant transfère l'ensemble de ses droits et ses obligations alors que dans cette situation le cédant transfère seulement une partie des créances ou des dettes mais pas les deux à la fois. Nous pouvons citer le contrat de change ou celui du rachat de dette comme exemple de telle situation. A nouveau, nous pouvons nous interroger si l'accord du débiteur ou du créancier initial est nécessaire pour ce transfert. Autrement dit, est-ce que ces derniers peuvent refuser l'exécution de la créance ou de la dette sous motif de la violation de l'effet relatif du contrat ?

⁶⁹² Nous ne sommes pas tout à fait d'accord avec l'utilisation des expressions cédant et cessionnaire pour désigner les parties d'un contrat issu d'un transfert de contrat, car ce vocabulaire est utilisé initialement pour le transfert d'une créance, pas d'un contrat. Cependant, afin de faciliter la démonstration de notre idée, nous utilisons ces terminologies. Nous entendons donc par « le cédant » la partie d'un contrat principal ou initial qui cède ses droits ou ses obligations dans un contrat et par « le cessionnaire », la nouvelle personne qui remplace le cédant dans le contrat principal.

⁶⁹³ Cass. 2^{re} civ. 17 février 2005, n° 03-16590, Publié au bulletin, Attendu que l'arrêt retient que la compagnie AGF, cessionnaire de l'intégralité du patrimoine de la compagnie absorbée qui comprenait activement, non seulement les polices en cours mais aussi tous les recours subrogatoires nés du paiement par la compagnie Allianz des indemnités d'assurance dues notamment au titre des contrats d'assurance résiliés ou expirés avant fusion-absorption et comme tels non transférés, comme celui souscrit par M. D..., justifiait de ses intérêts et droit d'agir contre tous les responsables du sinistre et leurs assureurs ; que le moyen tiré de l'inopposabilité du transfert de portefeuille des contrats était ici sans portée puisque ledit transfert ne porte que sur la police en cours de validité ; que la transmission intégrale du patrimoine de la compagnie absorbée tant active que passive portait notamment et nécessairement sur les comptes débits.

4) Le transfert partiel d'un contrat est la dernière situation envisagée. Cette dernière hypothèse ressemble à l'hypothèse de transfert entier d'un contrat avec une seule différence. Dans cette hypothèse, le cédant transfère une division de contrat. On se trouve donc face à la création d'une triangulaire contractuelle. Nous pensons au cas du contrat de sous-traitance français ou de tout montage juridique équivalent. Dans ce cas, la question de l'effet relatif du contrat entre le maître d'ouvrage et sous-traité se pose.

388. Nous vérifions l'application de l'effet relatif du contrat à la lumière des dispositions légales (civiles et commerciales) et des positions doctrinales.

Le déclin de l'effet relatif du contrat est compréhensible dans le cas d'un héritier ou ayant cause universel car c'est un transfert involontaire⁶⁹⁴. En effet, étant donné que l'héritier recueille l'ensemble des droits et obligations du défunt, il est logique de penser qu'il remplace ce dernier dans le contrat en voie d'exécution. Mais dans les autres hypothèses, en l'absence d'un accord précis entre le cédé et le cessionnaire, l'accord est-il valable ?

Il semble que la réponse du code de commerce d'un côté et la jurisprudence et la doctrine civile, n'est pas unique. Le droit positif avant la réforme ne comprenait aucune disposition permettant de régler ce problème. Le droit positif avant la réforme ne comprenait aucune disposition permettant de régler ce problème, mais la jurisprudence⁶⁹⁵ et la doctrine proposaient le transfert de contrat comme la solution de la situation⁶⁹⁶. L'approche traditionnelle est basée sur le critère d'*intuitu personae* d'un contrat afin de répondre à une telle situation. Au contraire, la jurisprudence⁶⁹⁷ dans un contrat commercial a proposé le

⁶⁹⁴ BARTHEZ Anne-Sophie, La transmission universelle des obligations, Thèse, Paris I, 2000. Pour plus d'exemples, Cf. Cass. com. 16 mars 1954, D. 1954, p. 474 ; Civ. 3^e, 3 juill. 1999, Defrénois 1999, p.1000, obs. Delebecque, obs. Mestre J., RTD civ., 1999, p. 834; TESTU François Xavier, *Op. cit.*, p. 427.

⁶⁹⁵ Pour la cour de cassation l'accord de cédé pour le transfert d'un contrat est nécessaire : V. notamment, Cass. com. 7 janvier 1992, Bull. civ. IV, n° 3, p. 3 ; D. 1992, p. 278, obs. L. Aynès ; J.C.P. 1992. I. 3591, n° 17, obs. Ch. Jamin, R.T.D. Civ. 1991, octobre-décembre p. 762, note J. Mestre ; Cass. com. 6 mai 1997, Bull. civ. IV, n° 117 ; D. 1997, p. 588, note M. Billiau et Ch. Jamin ; D. 1998, jur., p. 136, note H. Le Nabasque ; Defrénois 1997, art. n° 36633, p. 977, note D. Mazeaud ; Cont. Conc. Cons. 1997, n° 146, obs. L. Leveneur. Voir arrêt de confirmation Cass. com. 31 mars 1998, BRDA, 1998-8, p. 9.

⁶⁹⁶ Cass. com. 4 mai 2010, n° 09-13118, Note Denis Mazeaud, RDC, 2010, n° 4, p. 1226.

⁶⁹⁷ Pour la cour de cassation l'accord de cédé pour le transfert d'un contrat est nécessaire : V. notamment, Cass. com. 7 janvier 1992, Bull. civ. IV, n° 3, p. 3 ; D. 1992, p. 278, obs. L. Aynès ; J.C.P. 1992. I. 3591, n° 17, obs. Ch. Jamin, R.T.D. Civ. 1991, octobre-décembre p. 762, note J. Mestre ; Cass. com. 6 mai 1997, Bull. civ. IV, n° 117 ; D. 1997, p. 588, note M. Billiau et Ch. Jamin ; D. 1998, jur., p. 136, note H. Le Nabasque ; Defrénois 1997, art. n° 36633, p. 977, note D. Mazeaud ; Cont. Conc. Cons. 1997, n° 146, obs. L. Leveneur. Voir arrêt de confirmation Cass. com. 31 mars 1998, BRDA, 1998-8, p. 9.

transfert de contrat comme la solution de la situation⁶⁹⁸. Après la réforme, le nouvel article 1216 du code civil se prononce sur la question. L'article dispose que la validité du contrat est conditionnée à l'accord de cédé et par écrit. Ce qui est compatible avec le principe de l'effet relatif du contrat. Est-ce que cette solution est générale et commune à toutes les relations contractuelles ?

Le code de commerce dans le cas des fusions des sociétés anonymes dispose une autre solution. Le premier alinéa de l'article L. 236-14 du code de commerce indique que : « La société absorbante est débitrice des créanciers non obligataires de la société absorbée au lieu et place de celle-ci, sans que cette substitution emporte novation à leur égard ». M. Testu précise que l'on trouve un certain nombre d'applications jurisprudentielles de la règle, y compris pour la transmission active⁶⁹⁹. Mais cette règle n'est pas absolue et il existe un mécanisme de protection légale, les alinéas suivants de l'article L. 236-14 précisant que les créanciers des sociétés parties à la fusion ont un droit d'opposition (ce qui toutefois n'empêche pas la fusion de se réaliser)⁷⁰⁰. Cette solution respecte également le principe de l'effet relatif mais nécessite une application particulière de ce principe en matière commerciale.

389. En comparant les contrats commerciaux et les contrats civils concernant le transfert du contrat, une autre question vient à l'esprit. Il s'agit de la modalité de la manifestation de l'accord de cédé. Un accord par écrit doit-il être obligatoire dans toute relation contractuelle ? Nous pensons que la réponse est négative. Notamment dans le cas d'une fusion et acquisition, et dans les contrats commerciaux. Dans ces relations contractuelles, soit les cédés sont plusieurs personnes, soit le principe de rapidité exige que nous évitions un accord écrit. De plus nous pouvons utiliser le critère de l'article 1120 du code civil selon lequel dans les relations d'affaire, le silence doit être considéré comme silence. Et de la jurisprudence constante de la cour de cassation précisant que lors de la stipulation d'une clause de réserve de propriété, dont la validité nécessite un écrit, l'exécution

⁶⁹⁸ Cass. com. 4 mai 2010, n° 09-13118, En l'espèce, une société avait vendu son fonds de commerce à un particulier. Ce dernier avait continué d'exécuter un contrat qui avait été conclu par le cédant et un de ses clients antérieurement à la vente du fonds. Puis il avait mis un terme à ce contrat. Le client réclama alors au cessionnaire des dommages-intérêts en réparation du préjudice que lui causait la rupture illicite du contrat. La chambre commerciale de la Cour de cassation annonce que sans constater l'existence dans l'acte de vente du fonds de commerce d'une clause emportant cession [au cessionnaire] (...) du contrat conclu entre le cédant et son client, ni rechercher si les prestations effectuées par le cessionnaire, étaient de nature à caractériser une acceptation non équivoque de sa part de reprendre ce contrat, la juridiction de proximité n'a pas donné de base légale à sa décision. Note Denis Mazeaud, RDC, 2010, n° 4, p. 1226.

⁶⁹⁹ TESTU François Xavier, *Op. cit.*, p. 429.

⁷⁰⁰ *Ibid.*

du contrat implique l'acceptation de cette clause⁷⁰¹.

Il semble qu'afin de justifier le champ d'application de l'article 1216 du code civil, il soit préférable de faire une distinction entre les contrats commerciaux et les contrats civils et de réserver l'application pour ces derniers, à savoir un accord par écrit exigé pour les contrats civils⁷⁰². Ce qui sera en harmonie avec les dispositions concernant le transfert de la créance ou la dette.

390. Selon les dispositions du code de commerce dans le cas du transfert d'un effet de commerce, le bénéficiaire d'un effet de commerce n'a pas besoin d'un accord préalable du souscripteur de l'effet de commerce⁷⁰³. En revanche concernant le transfert d'une créance civile, l'article 1690 du code civil dispose que « le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur ». Ainsi, pour qu'il y ait effet relatif entre le cessionnaire et le cédé, il faut signifier le transfert de la créance au débiteur⁷⁰⁴.

391. La création de Bordereau Dailly témoigne encore de la différence de régime juridique entre le transfert de la créance civile et commerciale. Prenant conscience du besoin impérieux pour une entreprise de se procurer des financements à court terme afin de ne jamais manquer de trésorerie et d'être en mesure de surmonter les difficultés liées au recouvrement de ses créances, le législateur a, par la loi du 2 janvier 1981, instauré une forme simplifiée de cession de créances : la cession par bordereau Dailly, dite, plus simplement, « cession Dailly ». L'objectif des pouvoirs publics était clair : faciliter la mobilisation des créances détenues

⁷⁰¹ Cass. com. 12 décembre 1984, n° 82-16712.

⁷⁰² Dans ce sens *cf.*, Cass. com. 12 février 2020, n° 18-10790 ; 18-10842, Publié au bulletin : « le contrat de distribution conclu entre la société SFR et la société Electronique occitane stipulait qu'il était « conclu intuitu personae en considération de la personne morale de la société [Electronique occitane] ainsi qu'en considération de son dirigeant » et qu'en conséquence, il « ne pourra[it] être cédé en tout ou partie, sans l'accord préalable, exprès et écrit de SFR », l'arrêt retient que la société SFR a entendu souscrire les contrats de distribution avec la société Electronique occitane, représentée par M. H..., son gérant ». Malgré la publication de l'arrêt, il reste un arrêt de l'espèce. Mais la rédaction peut montrer que dans le cas où il émane d'un contrat commercial que la personnalité de cocontractant est importante, l'accord préalable est obligatoire.

⁷⁰³ C. com, art. L511-23 « *la lettre de change à vue est payable à sa présentation* ». Au contraire des rapports civils, c'est le refus d'acceptation qui doit être constaté. Ce qui dispose l'article L. 511-39 « *le refus d'acceptation ou de paiement doit être constaté par un acte authentique dénommé protêt faute d'acceptation ou faute de paiement* ».

⁷⁰⁴ Cependant, M. TESTU François Xavier, *Op. cit.*, p. 429, pense que la cession de créance peut donc être convenue directement entre le créancier initial et un cessionnaire sans que des formalités particulières soient nécessaires et sans que le consentement du débiteur soit requis. Il distingue l'opposabilité de la validité. En effet, le consentement du débiteur cédé n'est pas nécessaire à la validité de l'opération, mais si l'on veut assurer l'opposabilité de celle-ci à son égard – ainsi qu'à celle des créanciers des parties – il faut procéder à la formalité de la signification de la cession.

par les entreprises sur leurs clients, tout en assurant au cessionnaire une sécurité comparable à celle de l'escompte.

L'article L. 313-23 du Code monétaire et financier indique en ce sens que: « Tout crédit qu'un établissement de crédit consent à une personne morale de droit privé ou de droit public, ou à une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle, peut donner lieu au profit de cet établissement, par la seule remise d'un bordereau , à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit, de toute créance que celui-ci peut détenir sur un tiers, personne morale de droit public ou de droit privé ou personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle ».

On comprend dans cet article que pour un transfert de créance sans avoir besoin de la signifier au débiteur, il est nécessaire que le cessionnaire soit un établissement de crédit et que cette créance soit dotée d'une nature professionnelle, plus précisément une créance issue de l'activité professionnelle de créancier. Ainsi, une créance issue d'une relation consumériste ne peut pas faire l'objet d'un bordereau Dailly.

392. De plus, il est nécessaire de rappeler que l'article 1169 du code civil traite a priori du régime juridique de transfert de la créance mais la jurisprudence et la doctrine l'ont généralisé au transfert d'un contrat. Par conséquent la signification de contrat est devenue obligatoire avant la réforme. Suite à la réforme de 2016, où le législateur exige un simple écrit et notification pour le transfert du contrat, certains auteurs pensent à l'abrogation implicite de l'article 1169 du code civil⁷⁰⁵. Alors que nous pensons qu'il faut réserver l'application de l'article 1169 du code civil au transfert de la créance et celle de l'article 1216 du code civil au transfert du contrat. Ainsi, pour le transfert d'une créance commerciale ou d'un contrat commercial aucun écrit n'est indispensable, mais le transfert d'un contrat civil nécessite un écrit notifié et le transfert d'une créance civile nécessite une signification.

393. Le transfert partiel d'un contrat est la dernière hypothèse sous laquelle nous étudierons l'application du principe de l'effet relatif d'un contrat en fonction de la nature civile ou commerciale du rapport contractuel. D'après le premier article de Loi N° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, le contrat de sous-traitance ou sous-traité est défini comme l'opération par laquelle un entrepreneur confie sous sa responsabilité à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage. Le domaine d'application de

⁷⁰⁵ Fiches d'orientation Dalloz, Cession de créance, Décembre 2020.

cet article comprend les contrats d'entreprise ou d'un contrat public de droit public ou de droit privé. La particularité du contrat de sous-traitance réside dans le fait que le maître de l'ouvrage remplit dans son rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre⁷⁰⁶.

L'article trois de la loi relative à la sous-traitance exige l'acceptation de sous-traitant par le maître de l'ouvrage. Il y a par conséquent un accord entre ces deux derniers. Et le sous-traitant devient une des parties du contrat initial. Ce qui justifie l'action directe ou le droit au paiement direct des sous-traitants⁷⁰⁷.

Cependant, la loi ne prévoit aucune disposition permettant de déterminer la nature de la relation entre le sous-traitant et le maître d'ouvrage dans le cas de défaut d'un accord ou d'un agrément. La rédaction de la dernière partie de l'article 3 de ladite loi paraît étrange car concernant la relation entre l'entrepreneur principal et le sous-traitant dans le cas de défaut d'agrément, ce dernier dispose que « [...] l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant ». Autrement dit, dans le cas d'une inexécution du contrat par le sous-traitant, l'entrepreneur ne pourra pas invoquer le contrat de sous-traitance. Cette disposition peut être justifiée d'une part selon le principe de l'effet relatif du contrat et d'autre part, par le fait que les travaux portent sur un marché mettant en jeu l'intérêt général.

394. Mais nous pensons à l'hypothèse selon laquelle le montage juridique de sous-traitance est utilisé dans le cas d'un marché purement privé avec une triangulaire contractuelle. Une relation contractuelle, où la loi ne prévoit a priori aucune disposition afin de déterminer le régime juridique entre les parties. Est-ce qu'une autorisation préalable de sous-traitant est nécessaire ? si ce n'est pas le cas, quel est le régime juridique entre les parties ? faut-il se contenter du principe relatif du contrat pour expliquer les droits ou les obligations de chaque partie ? ou encore étant donné que nous sommes dans une relation contractuelle commerciale, pouvons-nous envisager une exception au principe relatif du contrat mais justifiée par le principe de solidarité entre les cocontractants ? Comme nous le savons, en réalité l'unanimité des contrats des sous-traitants sont conclus entre deux sociétés commerciales qui sont considérées comme des commerçants.

⁷⁰⁶ Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, art.1.

⁷⁰⁷ Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, art. 6 : Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution.

§ 3) Dommage et intérêt, une sanction favorite de l'inexécution du contrat commercial

395. Exécution forcée, dommages et intérêts, réfaction du contrat, droit de correction... La réponse à l'inexécution contractuelle a pris des formes différentes. Celles-ci varient d'un pays à l'autre et d'un temps donné à l'autre⁷⁰⁸. Les solutions aux violations des obligations contractuelles peuvent être nombreuses. Ce qui ne génère pas de problème en soi. Le problème survient lorsque différents systèmes juridiques sont confrontés l'un à l'autre et que chacun maintient sa solution sans prise en compte la logique de cette solution. C'est pour cela que l'étude de cette question peut avoir plusieurs intérêts. Tout d'abord, cet intérêt réside dans une question sous-jacente qui est celle, idéologique et juridique, de la conception même du contrat. Lorsque le concept du contrat est défini selon une approche moraliste, la sanction de l'inexécution a trait à la morale⁷⁰⁹. Au contraire, quand le contrat est défini avec une approche économique, la sanction est influencée par les considérations économiques. C'est la raison qui s'expliquait la divergence des systèmes juridiques continental et *Common Law*⁷¹⁰. Le droit français semblerait avoir consacré, après la réforme, une place plus importante aux dommages et intérêts comme sanction de l'inexécution contractuelle. L'efficacité des règles de la sanction de l'inexécution⁷¹¹, l'attractivité du droit français son rapprochement aux autres

⁷⁰⁸ Par exemple, M. LAITHIER Yves-Marie, Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, LGDJ, Paris, 2004, dans sa thèse, démontre l'existence du droit aux dommages et intérêts en droit romain, et non un droit à l'exécution forcée du contrat. Mais il explique également que c'est dans la même période que le droit à l'exécution forcée du contrat est apparu. Il étudie différentes périodes historiques et le raisonnement juridique employé à chaque époque pour choisir chacune de ces sanctions.

⁷⁰⁹ Le premier fondement justifiant l'exécution forcée comme sanction à l'inexécution du contrat est le principe de l'obligation à la promesse donnée, principe défendu par Platon et Aristote pendant l'Antiquité. Selon ce principe, celui qui s'est engagé envers quelqu'un est tenu de respecter son engagement, la sanction de celui qui ne respecte pas cette promesse est de l'obliger à la réaliser. Mais, dans une société moderne et selon la règle de la séparation des règles du droit et des règles morales, il convient de trouver l'origine de ces sanctions dans une règle de droit. Cette origine légale de la sanction est le principe de la force obligatoire du contrat, qui énonce que les parties d'un contrat sont tenues de l'exécuter.

⁷¹⁰ SUELVES Yoan, La sanction de l'inexécution des contrats entre *Common Law* et *Civil Law*, et les principes Unidroit et ceux de droit européen des contrats : « *L'inexécution contractuelle est sanctionnée de manière à première vue opposée par les deux grands systèmes de droit que sont la Civil Law et la Common Law, le premier utilisant surtout le mécanisme d'exécution forcée, tandis que le second préfère les « actions for damages », octroi de dommages-intérêts ».*

⁷¹¹ LAITHIER Yves-Marie, *Op. cit.*, p. 600, conclut dans sa thèse que « *les théoriciens prêtent à la règle de la force obligatoire une importance excessive dans la détermination du domaine et du régime des*

systèmes juridiques sont des raisons qui ont poussé le législateur à adopter ce changement.

396. La question qui se pose ici est de savoir si, en droit français, il faut abandonner la logique de droit continental (exécution forcée) en faveur de celle du droit de *Common Law* (octroi de dommages et intérêts) au seul motif des considérations pragmatiques susmentionnées, ou s'il faudrait rechercher une nouvelle logique en prenant en considération ces nécessités pragmatiques afin d'introduire la sanction de dommages-intérêts en parallèle de la sanction de l'inexécution forcée.

En effet, nous nous interrogeons sur la possibilité d'une nouvelle interprétation des règles concernant la sanction de l'inexécution contractuelle pour qu'elle puisse répondre aux exigences et aux besoins du monde actuel, particulièrement dans le monde du commerce.

397. A cette fin, nous étudierons les instruments internationaux qui reflètent les solutions retenues par les législateurs nationaux ou internationaux. Nous identifierons toutes les solutions à l'inexécution du contrat, et, ensuite, nous songerons sur la solution la mieux adaptée pour répondre à cette inexécution. Dans l'étude de ces instruments, nous nous intéressons au champ d'application matériel de chaque texte afin de savoir si la nature commerciale ou civile d'un rapport contractuel peut justifier le choix d'une sanction. La prise en compte de ce critère nous permet de mieux comprendre, d'une part, la réussite des efforts internationaux d'harmonisation des solutions à l'inexécution du contrat (A), et, d'autre part, l'avancement du droit français sur cette question suite à la réforme du droit des contrats (B).

sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles ». Il remet en cause la signification classique de ce principe et énonce que celui-ci « ne signifie pas que l'obligation contractuelle doit être exécutée en nature lorsque le débiteur n'est plus disposé à l'exécuter spontanément ». Ce principe signifie seulement que le débiteur est lié au créancier par la sanction juridique. Dans le but d'introduire la sanction du versement de dommages et intérêts en tant que solution parallèle à l'exécution forcée en droit français, l'auteur construit son raisonnement sur l'analyse économique du droit, particulièrement en matière de sanctions à l'inexécution du contrat. Il énonce plusieurs cas dans lesquels la solution de l'exécution forcée n'est pas efficace et en déduit la nécessité d'une révision des sanctions.

Le premier cas pour lequel la sanction de l'exécution forcée n'est pas adaptée est celui où un débiteur ne parvient pas à exécuter son obligation contractuelle en raison de l'impossibilité de l'exécution (par exemple, la disparition de l'objet de l'obligation). L'exécution forcée étant impossible, la sanction à l'inexécution ne peut être satisfaisante. Le deuxième cas est celui dans lequel le coût de la mise en œuvre de l'exécution forcée est disproportionné par rapport à l'avantage qu'il procure. Enfin, il faut citer le cas où le débiteur, dans un but lucratif et après un calcul économique, refuse d'exécuter ses obligations contractuelles. Ces cas remettent en cause les fondements moraux et philosophiques de l'exécution forcée, au moins en tant que solution exclusive et incontournable. On peut dire que l'interprétation des théoriciens du droit du principe de la force obligatoire et du maintien de l'existence du contrat en cas d'inexécution résulte d'une analyse abstraite et exclusivement théorique, sans prise en compte de considérations pragmatiques.

A) La sanction de l'inexécution dans les instruments internationaux

398. Les instruments internationaux qui ont traité le régime juridique du contrat sont nombreux. Nous analyserons d'abord la directive 1999/44/CE du parlement européen et du conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation.

Ce texte est l'une des premières harmonisations européennes en matière de droit de la consommation. Le législateur européen cherche à protéger le consommateur et à lui permettre d'obtenir le bien pour lequel il a conclu le contrat. L'article 3 de ce texte traite de l'inexécution du contrat. ⁷¹² Il vise uniquement les remèdes à la non-conformité du bien vendu (l'inexécution partielle) mais pas l'inexécution totale du contrat. Donc ce texte ne traite pas de la divergence des systèmes juridiques sur la question de l'inexécution totale du contrat. En revanche, cette directive illustre la convergence des systèmes juridiques dans les contrats de consommation et l'inexécution partielle du contrat. Le remplacement, la demande en réparation et la réduction du prix sont les mesures principales envisagées par ce texte en réponse à une inexécution partielle. Concernant la résiliation du contrat, cette mesure n'est pas acceptable en matière de non-conformité de la marchandise.

399. Autre texte méritant notre attention : la proposition de règlement du 11 octobre 2011 sur le droit commun européen de la vente.

C'est l'un des textes les plus complets harmonisant le droit européen en matière contractuelle. « *Tant en termes de source du droit - de par la nature de l'instrument d'harmonisation - que de droit substantiel, cette proposition constitue une avancée majeure dans l'harmonisation des droits en Europe* »⁷¹³. Le champ d'application principal de ce texte

⁷¹² Directive 1999/44/CE du parlement européen et du conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, art. 3 : Droits du consommateur,

1. Le vendeur répond vis-à-vis du consommateur de tout défaut de conformité qui existe lors de la délivrance du bien.

2. En cas de défaut de conformité, le consommateur a droit **soit à la mise du bien dans un état conforme**, sans frais, par réparation ou remplacement, conformément au paragraphe 3, **soit à une réduction adéquate du prix** ou à la résolution du contrat en ce qui concerne ce bien, conformément aux paragraphes 5 et 6.[...]

4. Le consommateur n'est pas autorisé à demander la résolution du contrat si le défaut de conformité est mineur.

⁷¹³ AUBERT DE VINCELLES Carole, « Nouvelle directive sur la conformité dans la vente entre professionnel et consommateur - À propos de la directive 2019/771/UE du 20 mai 2019 », La Semaine Juridique, n° 28, 2019, p. 1338-1342.

recouvre les contrats entre professionnel et consommateur. Cependant, il envisage également certaines dispositions concernant des contrats entre deux professionnels. L'Article 106 de ce texte énumère dans le détail les moyens à la disposition de l'acheteur en cas d'inexécution du contrat⁷¹⁴. Il regroupe diverses solutions conçues par les différents systèmes juridiques pour l'inexécution du contrat. Cet article n'instaure pas de hiérarchie entre ces mesures, elles peuvent toutes trouver à s'appliquer, au choix de l'acheteur consommateur.

La nouveauté de ce texte réside dans les remèdes envisagés dans le cas d'un contrat de vente entre deux professionnels (le deuxième professionnel doit être une petite entreprise). La solution est intéressante car le texte de la proposition, dans son article 109, instaure un nouveau droit pour **le débiteur** : le droit de la correction. Cette solution n'existe ni dans le système continental, ni dans celui de *Common Law*. Elle figurait déjà auparavant dans le DFCR. Le texte de la proposition subordonne le recours de l'acheteur professionnel aux moyens proposés dans l'article 106 au droit de correction du vendeur⁷¹⁵. Ce droit n'est pas inclus dans la CVIM et ni dans les Principes Unidroit, qui traitent des contrats de vente entre deux commerçants.

Après l'abandon de ce projet de règlement par l'Union Européenne, plusieurs directives sur les contrats de vente à distance ou les contenus numériques ont repris presque exactement la même solution. En effet, le parlement européen a partiellement repris certaines solutions contenues dans la proposition afin d'harmoniser le droit européen de la consommation, mais en petites touches, via des textes au champ d'application matériel plus restreint. Il s'agit de deux directives européennes⁷¹⁶⁷¹⁷ adoptées le 20 mai 2019⁷¹⁸.

⁷¹⁴ Art. 106) Aperçu des moyens d'action à la disposition de l'acheteur

1. En cas d'inexécution d'une obligation par le vendeur, l'acheteur peut prendre une ou plusieurs des mesures suivantes : 1) exiger l'exécution du contrat, 2) suspendre l'exécution, 3) résoudre le contrat, 4) réduire le prix, 5) réclamer des dommages et intérêts. Ces remèdes sont ceux retenus également par le droit des contrats français.

⁷¹⁵ Art. 109) Correction par le vendeur :

1. Un vendeur qui a proposé ou tenté une exécution anticipée et reçoit notification de sa non-conformité au contrat peut faire une offre nouvelle et conforme si cela peut être effectué dans le délai prévu pour l'exécution.

⁷¹⁶ Directive (UE) 2019/771 du parlement européen et du conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE.

⁷¹⁷ Directive (UE) 2019/770 du parlement européen et du conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques ; PELLIER Jean-Denis, « Le droit de la consommation à l'ère du numérique », RDC déc. 2019, n° 116m5, p. 86

⁷¹⁸ La loi n° 2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'UE

Ces textes applicables aux contrats de consommations ont retenu les principaux remèdes à l'inexécution contractuelle sans aucune hiérarchie. Ces dispositions détaillent davantage la mise en œuvre de ces remèdes⁷¹⁹.

400. L'étude de l'ensemble des textes européens en matière de contrats de consommation illustre la possible harmonisation des droits nationaux en cas d'inexécution totale ou partielle du contrat de vente ou, d'une manière plus générale, en matière contractuelle. A côté de ces textes qui concernent surtout les contrats de consommation, nous disposons des principes Unidroit et de la CVIM qui traitent des contrats entre commerçants ou professionnels.

401. La CVIM traite des différentes sanctions de l'inexécution totale ou partielle du contrat de vente. S'agissant de l'inexécution partielle du contrat, elle prévoit comme solutions la réparation, le remplacement ou la réduction du prix. Dans l'hypothèse d'une inexécution partielle, les États parties, dont les systèmes juridiques divergent pourtant, ont donc pu se mettre d'accord. Ce consensus n'existe pas en matière d'inexécution totale : les systèmes juridiques ne sont pas parvenus à choisir une sanction unique ou un ensemble de sanctions sans hiérarchie. À noter que la divergence essentielle qui subsiste est celle existant entre les systèmes admettant l'obtention de dommages-intérêts et ceux imposant l'exécution forcée du contrat. Les opposants à l'exécution forcée, comme c'est le cas des pays anglo-saxons, ne reconnaissent pas la possibilité d'une telle sanction dans les contrats de vente entre

en matière économique et financière (loi DADUE) autorise le Gouvernement à transposer par voie d'ordonnances, d'ici le 4 octobre 2021, les directives (UE) 2019/771 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens et 2019/770 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques.

⁷¹⁹ Nous mettons l'art. 16 de cette directive à titre indicatif afin de montrer la façon dont les rédacteurs de cette dernière ont procédé afin d'organiser l'exercice de droit à la résolution :

1. Le consommateur exerce son droit à la résolution du contrat en adressant au vendeur une déclaration qui fait état de sa décision d'exercer son droit à la résolution du contrat de vente.

2. Lorsque le défaut de conformité ne porte que sur certains des biens livrés en vertu du contrat de vente et qu'il existe un motif de résolution du contrat de vente en vertu de l'article 13, le consommateur ne peut exercer son droit à la résolution du contrat de vente qu'à l'égard de ces biens, et à l'égard de tout autre bien qu'il a acquis en même temps que les biens non conformes si l'on ne peut raisonnablement attendre du consommateur qu'il accepte de ne garder que les biens conformes.

3. Lorsque le consommateur exerce son droit à la résolution du contrat de vente dans son intégralité ou, conformément au paragraphe 2, à l'égard de certains des biens livrés en vertu du contrat de vente : a) le consommateur restitue les biens au vendeur aux frais de ce dernier; et b) le vendeur rembourse au consommateur le prix payé pour les biens dès réception des biens ou de la preuve de leur renvoi fournie par le consommateur.

Aux fins du présent paragraphe, les États membres peuvent déterminer les modalités de la restitution et du remboursement.

professionnels.

402. Quant aux Principes Unidroit, ils sont également conçus pour les contrats de commerce international. Ces principes regroupent eux aussi les solutions des différents systèmes juridiques, sans hiérarchie. Ce texte précise que les droits du créancier en cas d'inexécution du contrat découlent du seul fait de l'inexécution du contrat, et le recours à ceux-ci n'est pas hiérarchisé ou conditionné à la mise en œuvre d'une autre solution⁷²⁰. Comme c'est le cas en droit français par exemple (avant d'obtenir des dommages-intérêts, il faut recourir à l'exécution forcée quand elle est possible)

B) La sanction en droit interne

403. Après cette analyse des textes internationaux en ce qui concerne l'inexécution du contrat, il convient d'étudier la position du droit français, surtout suite à la réforme du droit des contrats, et de vérifier si les buts recherchés par la réforme sont atteints.

404. La réforme modifie la conception de l'inexécution contractuelle, notamment à travers ses sanctions. Ainsi, si le nouvel article 1217 du code civil peut paraître novateur, il laisse place à des débats discutables. « *Le Code civil propose une liste de « remèdes » à l'inexécution du contrat à travers une liste, d'ailleurs non exhaustive, de ceux-ci en les rassemblant en un ensemble cohérent, et d'ailleurs assez long, structuré et développé, intégrant la plupart des « sanctions » modernes, où le Code civil envisageait ces questions de manière disparate (de l'article 1142 à l'article 1184, perdu au milieu des conditions résolutoires) et incomplète* »⁷²¹. La rédaction de cet article⁷²² a eu le but de reprendre la

⁷²⁰ Commentaire des principes Unidroit ; « *1. Droit aux dommages-intérêts en général* Le présent article pose le principe d'un droit général à des dommages-intérêts en cas d'inexécution du contrat, sauf lorsqu'il existe une exonération prévue dans les Principes, ainsi en cas de force majeure (voir l'article 7.1.7) ou de clause exonératoire (voir l'article 7.1.6). Le hardship (voir les articles 6.2.1 et suiv.) n'ouvre pas en principe un droit à dommages-intérêts.

L'article rappelle que, comme pour les autres remèdes, ce droit découle de la seule inexécution. Le créancier doit seulement prouver l'inexécution, c'est-à-dire qu'il n'a pas reçu ce qui avait été promis. Il n'est pas besoin notamment de prouver en plus que cette inexécution est due à une faute du débiteur. La preuve sera plus ou moins facile à apporter selon le contenu de l'obligation et notamment selon qu'il s'agit d'une obligation de moyens ou d'une obligation de résultat (voir l'article 5.1.4).

Le droit à dommages-intérêts existe dès qu'il y a violation de l'une quelconque des obligations nées du contrat. Il n'y a donc pas lieu de distinguer entre les obligations principales et les obligations accessoires ».

⁷²¹ MAINGUY Daniel, Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit », Montpellier, 2016, p. 178

tendance européenne, qui reconnaît plusieurs sanctions possibles, sans hiérarchie, à l'inexécution contractuelle, afin d'harmoniser le droit des contrats au sein de l'Union Européenne⁷²³.

405. La plupart des commentateurs de la réforme du droit des obligations sont satisfaits de ce regroupement des remèdes à l'inexécution du contrat. Ils considèrent que la rédaction de l'article garantit des choix différents en faveur du créancier du contrat. Mais, la réforme définit le régime juridique de chaque remède dans une sous-section. L'étude minutieuse du régime des dommages-intérêts nous montre que le créancier n'a pas un choix libre pour opter pour la sanction qu'il souhaite. La première raison est l'article 1221 du code civil selon lequel le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier. *Cet article mentionné dans la sous-section concernant l'exécution forcée en nature instaure un principe général de recours à l'exécution en nature. C'est seulement dans deux hypothèses prévues par l'article que le créancier peut abandonner cette sanction. La deuxième raison qui justifie notre position est l'art. 1231 du code civil concernant la sanction de dommages et intérêts. Ce dernier dispose : « A moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable ».* Cette formule subordonne le droit au versement de dommages-intérêts en cas d'inexécution contractuelle à l'inexécution définitive, et à une mise en demeure

⁷²² Art. 1217 :

La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

- *refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;*
- *poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;*
- *solliciter une réduction du prix ;*
- *provoquer la résolution du contrat ;*
- *demander réparation des conséquences de l'inexécution.*

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.

⁷²³ « Sont ainsi consacrés à titre autonome dans un chapitre intitulé « Dispositions liminaires », destinés à servir de cadre de référence au droit commun des contrats, les principes de liberté contractuelle, de force obligatoire du contrat et de bonne foi.

Ce mouvement vers un droit commun des contrats français plus juste le rapprocherait des autres droits et projets d'harmonisation européens, qui proposent des dispositions similaires ». 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.

préalable d'exécuter le contrat. Autrement dit le seul fait de l'inexécution ne justifie pas le recours aux dommages et intérêts.

406. La rédaction de cet article pourrait laisser une interprétation qui instaure à nouveau une hiérarchie des sanctions en droit français. Autrement dit, alors que tous les textes européens et internationaux ont accepté le regroupement des sanctions de l'inexécution du contrat sans aucune hiérarchie (à l'exception de la CVIM), le droit français peut continuer de se positionner en faveur de l'exécution du contrat, plutôt que le versement de dommages et intérêts. Cette position du législateur semble en contradiction avec certains des buts mêmes de la réforme. Nous pensons en particulier au *deuxième objectif poursuivi par l'ordonnance qui est de renforcer l'attractivité du droit français, au plan politique, culturel, et économique. La sécurité juridique conférée à notre droit des obligations, qui constitue le socle des échanges économiques, devrait ainsi faciliter son application dans des contrats de droit international* ». C'est également le but que nous recherchons en édictant une règle propre au contrat commercial, issue de sa séparation avec le contrat civil. Il en est ainsi de la sécurité juridique et de la prévisibilité des règles « *La sécurité juridique est le premier objectif poursuivi par l'ordonnance, qui vise tout d'abord à rendre plus lisible et plus accessible le droit des contrats, du régime des obligations, et de la preuve* ».

« *Dans une perspective d'efficacité économique du droit, l'ordonnance offre également aux contractants de nouvelles prérogatives leur permettant de prévenir le contentieux ou de le résoudre sans nécessairement recourir au juge. Est ainsi créé un cadre juridique clair, efficace et adapté aux enjeux d'une économie mondialisée et en perpétuelle évolution. La refondation des droits des contrats répondra aussi à une forte attente en dehors de nos frontières* ».

407. La comparaison des instruments juridiques nationaux (en l'occurrence, le droit français) et internationaux illustre également la nécessité de la prise en compte des spécificités du monde du commerce et des contrats commerciaux. En effet, le degré de convergence entre les systèmes juridiques sur des questions comme l'inexécution du contrat varie en fonction de la portée *rationae personae* et du niveau de contrainte de ces instruments. Par exemple, la CVIM, texte contraignant pour les États adhérents et applicable entre professionnels, ne parvient pas à harmoniser le droit des différents pays. Si des textes contraignants européens parviennent à une convergence des systèmes sur la question, celle-ci reste limitée aux contrats de consommation. Enfin, si les principes Unidroit relatifs aux contrats entre professionnels envisagent toutes les sanctions existantes, ils ne bénéficient pas d'un caractère contraignant.

408. Nous considérons que l'acceptation des différentes sanctions de l'inexécution du contrat sans hiérarchie, notamment dans l'ordre de mise en œuvre d'un tel type de sanction, dans la théorie générale du droit des contrats, est justifiée. La préférence et le privilège d'une solution par rapport à une autre doivent être considérés en fonction du type du contrat, à savoir contrat commercial ou contrat civil (contrat de consommation par exemple). Nous pensons que les différents instruments tentant d'harmoniser les systèmes juridiques confirment l'utilité de cette théorie générale.

§4) La rupture du contrat commercial

409. La fin d'une relation contractuelle est également une étape de la vie contractuelle qui a été envisagée dans le code civil et le code du commerce. Nous pouvons trouver des dispositions ou des principes généraux les concernant. Par exemple, l'article 1234 du code civil énumère les modalités de l'extinction des obligations, quelle que soit la nature de l'obligation. Le décès de l'un des cocontractants est également considéré comme un élément déclenchant la fin d'une relation contractuelle *intuitu personae*. La rupture unilatérale d'une relation contractuelle est également l'une des modalités permettant de mettre fin à une relation contractuelle.

Le code civil pose également le principe selon lequel, dans un contrat à durée déterminée, les parties sont tenues par leur obligation. L'échéance du contrat est un motif d'extinction des obligations pour les contrats à durée déterminée.

410. Mais quel est le régime juridique concernant des relations contractuelles établies, c'est-à-dire des relations entre partenaires coopérant depuis une longue durée même avec des contrats ponctuels⁷²⁴ ? Le code civil *a priori* ne prévoit aucune disposition. Il faut trouver la réponse dans le code du commerce. L'article L.442-1, II du code de commerce dispose :

Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en

⁷²⁴ CHANTEPIE Gaël, « La rupture des contrats d'affaires (2) : la gestion contractuelle de la rupture », AJ Contrat, Dalloz, 2016, p. 130 ; FOURGOUX Jean-Louis, « La rupture des contrats d'affaires : résiliation et résolution du contrat », AJCA, 2016, p. 127 ; WANG Juanrong, Le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution, Thèse, Lille, 2018.

référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels.

Selon cet article, les parties d'une telle relation ne peuvent pas mettre fin à leur relation, même si elles ne sont pas engagées dans une relation contractuelle.

411. Avant de rentrer dans l'impact de la distinction du contrat civil du contrat commercial afin d'analyser cette disposition, il est nécessaire d'expliquer et de justifier le domaine *rationae materiae* de cet article. Cet article impose la responsabilité extracontractuelle d'un partenaire commercial dans le cas de la rupture brutale d'une relation commerciale établie. Nous ne sommes pas dans une phase contractuelle mais plutôt extracontractuelle. Alors pourquoi en discutons-nous dans cette thèse ? De la même manière que le nouvel article 1112 du code civil encadre la phase de la négociation, qui est une période extracontractuelle, dans le titre concernant le contrat, nous pensons qu'il est judicieux de traiter la phase post contractuelle dans cette thèse. Car elle est issue d'une relation contractuelle. En effet, ces deux périodes sont sous-jacentes d'une relation contractuelle. La négociation donne naissance au contrat et la relation commerciale établie est née des contrats existants. Par référence au concept de période précontractuelle, nous proposons d'appeler la relation commerciale établie la période de post-contractuelle.

412. Après avoir justifié le domaine d'application matérielle de cet article, nous étudions le domaine d'application *rationae personae* de cet article qui met en exergue la différence entre des relations contractuelles commerciale et civile. Cet article est applicable pour des relations commerciales établies entre deux commerçants et deux professionnels à notre sens.⁷²⁵ Les relations contractuelles civiles et notamment consuméristes sont exclues du domaine de cet article car d'un côté cette disposition est prévue au sein du code de commerce et d'autre part l'article précise que pour déterminer le délai de préavis pour la rupture d'une relation post-contractuelle, il faut prendre en compte les usages de commerce et les contrats interprofessionnels.

Alors comme nous pouvons l'observer, la particularité des relations commerciales nécessite un traitement différent de celui du droit commun des contrats. Alors que les parties

⁷²⁵ Même si le texte vise à présent comme auteur de la rupture « toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services », cela ne devrait pas changer la jurisprudence qui refuse l'application de ce texte aux victimes comme les médecins, les notaires, etc. En effet, le texte vise toujours « la relation commerciale ». Donc les professions qui ont une interdiction d'exercer le commerce ne peuvent se prévaloir du texte. BEHAR-TOUCHAIS Martine, « La nouvelle rupture brutale des relations commerciales établies », RDC, 2019, n° 04, p. 45.

d'un contrat ne sont plus tenues à l'échéance de leur contrat mais les commerçants sont tenus de prévoir la fin de leur relation avec leurs partenaires.

La ressemblance entre la période post- contractuelle et celle précontractuelle nous fait penser à la rédaction de l'article 1112 du code civil⁷²⁶. Aux termes de ce dernier « l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu ».

Cet article, envisagé dans le code civil après la réforme, est a priori applicable à tout type de relation contractuelle. Alors la distinction du contrat civil du contrat commercial semble être inutile. Mais, il convient donc à nouveau de rappeler que son domaine d'application concerne en réalité les relations contractuelles commerciales. C'est la jurisprudence qui a donné naissance à cette règle issue des négociations commerciales. Ce sont donc des relations d'affaires qui ont à l'origine de l'apparition de cet article. Les juges avaient admis qu'une rupture fautive des négociations contractuelles engage la responsabilité de son auteur. Ils avaient décidé également que constituent une rupture fautive toutes ruptures abusives⁷²⁷.

413. Evidemment, il est toujours possible d'élargir une règle d'origine commerciale à tout type de relation contractuelle. Nous essayons seulement d'insister dans cette thèse sur le fait qu'une relation contractuelle commerciale exige un traitement particulier.

Section2 : L'interprétation commercialiste des principes appliqués par le juge

414. Dans cette section, nous nous intéressons aux dispositions et des principes qui permettent aux juges de trancher les conflits concernant une relation contractuelle. La qualification des relations contractuelles est une prérogative des juges qui va à l'encontre du principe de liberté contractuelle (§1), l'intervention du juge remet en cause le principe de l'autonomie de volonté (§2) et enfin le principe de bonne foi qui devenu un outil de l'interprétation créatrice (§3).

⁷²⁶ GUILLEMARD Sylvette, « Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi », *Revue générale de droit*, 1993, V° 25, n° 1, p. 49-82.

⁷²⁷ Cass. 1^{re} civ. 14 juin 2000, n° 98-17494; Cass. com. 22 avr. 1997, n° 94-18953; Cass. com. 7 avr. 1998, n° 95-20361 ; Cass. com. 11 juill. 2000, n° 97-18275; Cass. 1^{re} civ. 6 janv. 1998, n° 95-19199; Cass. com. 3 mai 2012, n° 11-14959 ; Cass. com. 31 1992, n° 91-14867.

§ 1) La qualification d'un contrat commercial, une entrave à la liberté contractuelle

415. Le principe de liberté contractuelle est l'un des piliers du droit des contrats en droit français et en droit continental. Ceci est confirmé par les instruments internationaux et surtout européens. L'art 1102 code civil après l'ordonnance de 2016 a bien défini la notion et la portée de ce principe. Différentes possibilités de libertés sont énumérées dans cet article : ainsi la liberté de contracter ou de ne pas contracter, la liberté de choix du contractant et la liberté de la forme et du contenu du contrat. Parmi ces libertés, ce qui nous intéresse et qui nécessite des explications par rapport au contrat commercial, c'est celle de choisir le contenu du contrat. C'est-à-dire la possibilité pour les parties de définir librement les termes de leur engagement. Elles peuvent ainsi convenir de toutes sortes de montages ou de clauses sur mesure, et les juges doivent suivre leurs indications⁷²⁸. La jurisprudence a également confirmé cette liberté⁷²⁹. Les seules limites écrites à ce principe sont l'ordre public et les bonnes mœurs. Cependant, nous considérons que l'une des traditions du droit français constitue un véritable obstacle à l'exercice de cette liberté dans les contrats commerciaux : il s'agit de la qualification du contrat par le juge. Pour cela, après avoir bien cerné la polémique relative à cette étape, il convient de trouver une solution afin d'éviter la violation de la liberté contractuelle.

416. Qu'est-ce que l'on entend par qualification en droit ?

Le dictionnaire de la culture juridique pour la définition de la notion de la qualification énonce ainsi : elle « *consiste, dans une approche, à subsumer des faits sous des normes juridiques, en vue de la production d'effets de droit* »⁷³⁰. Et dans le même sens que l'article 12 du Code de procédure civile : « Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ».

Ici, on parle de qualification au sens juridique qui est la tâche du juge ; qualifier les faits pour trouver le droit applicable à ceux-ci. C'est la définition même de la qualification d'un point de vue processuel. Selon cette approche « la qualification met en cause trois éléments :

⁷²⁸ FABRE-MAGNAN Muriel, *Op. cit.*, p. 76.

⁷²⁹ Cass. 3^{re} civ. 31 octobre 2012, n° 11-16.304; Cass. 13 février 1834, arrêt Caquelard. H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, GAJC, T. 1, Dalloz, 12^e éd., 2007, n° 65.

⁷³⁰ ALLAND Denis, RIALS Stéphane, Dictionnaire de la culture juridique, PUF, Paris, 2003, p. 1278.

le fait au sens large, qui constitue l'objet à qualifier, et la norme juridique avec ses deux composantes traditionnelles, ses conditions d'application (la présupposition) et ses effets juridiques (la sanction) »⁷³¹. Cette démarche intellectuelle existe en droit civil et pénal ainsi qu'en droit administratif. Elle se pratique dans différentes questions de chaque discipline juridique, acte notarié, mariage, filiation, etc. L'une des questions du droit civil est la qualification contractuelle.

417. Mais qu'est-ce que l'on doit entendre par la qualification contractuelle ?

D'après le dictionnaire Larousse la qualification est « l'attribution d'une valeur, d'un titre »⁷³². C'est la qualification au sens général du mot. C'est dans ce sens que l'on peut dire qu'« il se peut que les parties aient opté pour une mauvaise qualification »⁷³³. Les auteurs ont présenté plusieurs réponses à cette question mais tous supposent une même fonction. Par exemple, d'après M. Terré dans son manuel de droit des obligations : « qualifier, c'est rattacher l'opération à une catégorie juridique afin d'en déduire le régime »⁷³⁴. Pour M. Collart-Dutilleul, la qualification est une étape nécessaire afin de classer les contrats. La qualification « est précise et vise à mettre en relief l'élément du contrat qui permet de le rattacher à une catégorie juridique préexistante »⁷³⁵. Qualifier un contrat revient à préciser sa nature afin de le faire entrer dans telle ou telle catégorie juridique »⁷³⁶. Pour les auteurs du droit civil, la qualification d'un contrat est précisément « *l'opération intellectuelle qui permet de le ranger dans telle ou telle catégorie. Elle exige d'analyser l'économie du contrat, ce qui peut aller du plus simple (par ex. pour une vente d'objet courant) au plus complexe (par ex. pour des contrats organisant des relations durables entre des entreprises ou des groupes d'affaires avec prise d'intérêts réciproques)* »⁷³⁷.

Cette définition, quoi qu'il en soit, (à tort, une erreur de langage, par la simplicité ?) se présente parmi les juristes comme la définition de la qualification contractuelle. Mais est ce que cette définition est celle du rattachement contractuel ou de la qualification contractuelle ?

⁷³¹ Henry Xavier, *Op. cit.*, p. 4.

⁷³² Le petit Larousse illustré, Larousse, Paris, 2010, p. 840.

⁷³³ HOUTCIEFF Dimitri, *Op. cit.*, p. 362.

⁷³⁴ TERRÉ François et al., *Op. cit.*, p. 496 ; La même définition est donnée par FAGES Bertrand, *Droit des obligations*, LGDJ, 10^e éd., Paris, 2020, p. 62.

⁷³⁵ COLLART DUTILLEUL François ; DELEBECQUE Philippe, *Op. cit.*, p. 29.

⁷³⁶ *Ibid.*, p. 30.

⁷³⁷ BENABENT Alain, *Op. cit.*, p. 32.

Car, d'après la définition de la qualification en droit, la qualification contractuelle consiste à l'analyser l'objet du contrat afin de déterminer son régime juridique.

L'analyse de ces définitions montre que la qualification consiste à rattacher un contrat en cause à une catégorie existante. Nous pensons que la question essentielle en présence d'un contrat est de trouver son régime juridique applicable. Une solution simplifiée pour répondre à cette tâche est le rattachement contractuel, consistant à introduire un contrat dans le régime d'un contrat préexistant.

418. De même, M. Mainguy pense que « par un vieux réflexe issu de la pratique romaine, le droit français et ses juristes répugnent à admettre la nature *sui generis* d'un contrat et préfèrent souvent – toujours ? – nommer un contrat soit en le rattachant à un contrat existant soit en en créant un nouveau qui deviendra, petit à petit, nommé à son tour »⁷³⁸.

D'après cette approche, la qualification contractuelle voit sa nécessité dans la distinction entre le contrat nommé et le contrat innommé. L'**Article 1105 dispose** : « *Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux.*

Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ».

Par ailleurs, c'est pour la même raison qu'une grande partie des auteurs traitant la question de qualification, sont des auteurs du droit des contrats spéciaux. Pour eux le but de la qualification est de réduire un contrat dans une catégorie préexistante et éventuellement trouver des nouvelles spécificités.⁷³⁹ En effet, on peut constater qu'il y a une confusion entre le sens de la qualification et celui de l'utilisation de cette démarche.

Mais le fait qu'aucun auteur dans les manuels des contrats spéciaux n'explique pourquoi un juge ne doit se servir que de la qualification (rattachement selon notre appellation pour cette démarche intellectuelle) dans ses démarches intellectuelles pour connaître le régime juridique applicable au contrat, nous semble étrange. Ni l'article 1105 du code civil, ni aucune autre disposition ne sont une base légale pour l'opération de qualification. Il semble que ce

⁷³⁸ MAINGUY Daniel, Contrats spéciaux, Dalloz, 12^e éd., Paris, 2020, p. 34-35

⁷³⁹ La qualification du contrat est importante puisqu'elle détermine les règles applicables au contrat en sus de celles du droit commun. Cette proposition de Mme. FABRE-MAGNAN montre bien que la qualification est pour les contrats nommés.

soit une tradition héritée de l'Antiquité.⁷⁴⁰

419. Certains auteurs pensent que « la question de la classification des contrats spéciaux, c'est-à-dire de leur ordonnancement les uns par rapport aux autres, se pose naturellement ». ⁷⁴¹ Cette démarche intellectuelle est quelque chose de naturel. L'un des rares auteurs mettant en cause la fonction du procès de la qualification est M. Mainguy. ⁷⁴² Cependant, cela est une simple curiosité chez l'auteur parce qu'il atteste tout de suite que cette opération est nécessaire. La qualification est « a priori inutile en raison du principe de la liberté contractuelle, ce réflexe - qui perdure peut-être par un atavisme emprunté au droit romain - est constant et nécessaire. De même que la généralité de la vie sur terre n'empêche ni la différenciation des espèces ni n'entrave l'intérêt de son étude. Les contrats nommés connaissent en effet, toute une série de règles particulières, plus ou moins impératives, qui justifient la recherche de la nature exacte d'un contrat » ⁷⁴³.

En effet, le processus de la qualification pour les contrats nommés est différent de celui des contrats innommés. La qualification pour les contrats nommés, c'est d'appliquer le régime juridique défini dans le code civil, alors que le but de la qualification (le rattachement) pour un contrat innommé n'est pas la détermination de son régime juridique mais l'intégration dans le régime d'un contrat préexistant. Ceci est la tâche du juge en fonction des sources qu'il a à sa disposition. Nous pensons que c'est au législateur de bien définir la méthode et les sources en fonction desquelles le juge doit trouver le régime juridique d'un contrat. Autrement dit, la qualification (le rattachement) n'a pas à avoir lieu car le juge ne doit pas introduire un contrat dans une catégorie préexistante.

420. Et pourquoi le juge ne doit-il pas faire le rattachement ? La réponse à cette question est dans une réalité économique et juridique. En parallèle de différents sens de la qualification, nous devons expliquer la liberté contractuelle qui est à l'origine de l'incompatibilité.

La difficulté vient de ces réalités : la première, la diversité contemporaine du phénomène contractuel ⁷⁴⁴ et la deuxième l'esprit des relations commerciales et le monde des

⁷⁴⁰ Cf., supra n° 264 et s. ; Égal., infra n° 678.

⁷⁴¹ PUIG Pascal, *Op. cit.*, p. 28.

⁷⁴² MAINGUY Daniel, *Op. cit.*, p. 31-31.

⁷⁴³ MAINGUY Daniel, *Op. cit.*, p. 32.

⁷⁴⁴ PUIG Pascal, *Op. cit.*, p. 28.

commerçants. Ce sont les acteurs économiques qui sont sans cesse en train d'innover de nouvelles montures juridiques sur le terrain interne et international afin de faire prospérer l'économie nationale et mondiale. Ces deux facteurs imposent de porter un regard attentif aux figures originales de contrats, hybrides et autres créations de la pratique, qui, bien que parfois revêtus d'une dénomination particulière (déménagement, hôtellerie, coffre-fort, dépôt-vente, ingénierie, sponsoring, affacturage...), n'en sont pas moins des formes innommées de contrats car dépourvues de réglementation propre⁷⁴⁵. L'émergence des montages juridiques issus de l'évolution des relations commerciales met en cause le recours au système de la qualification car les régimes juridiques définis dans le code civil ne suffisent pas pour répondre aux litiges qui émanent de nouvelles relations commerciales. M. Mainguy ainsi que d'autres auteurs s'accordent sur le fait que « *la pratique commerciale fourmille d'exemple, des contrats de distribution (franchises, concession,...) ces contrats aux accents exotiques : contrats de sponsoring, de parking, d'affacturage, de portage, de renting, de buy back ...* »⁷⁴⁶

Pour ce but, la qualification (le rattachement) doit être effectuée seulement dans le cas d'évidence. Elle ne doit pas être une étape obligatoire pour tous les contrats. En effet, le juge n'a pas pouvoir de réduire un contrat dans une catégorie contrat nommé, cela est une atteinte à la liberté contractuelle et les montages juridiques que les parties ont inventé ou puisé des autres ordres juridiques.

421. La détermination du régime juridique d'un nouveau montage juridique s'effectue selon le code civil d'après les articles 1105 et 1194. Ce dernier dispose « *Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* ». c'est à dire qu'à côté du droit commun des contrats et des règles spécifiques, le juge doit se servir de l'équité et des usages. Évidemment c'est le juge qui est responsable de l'application de ces dispositions. Mais il convient de distinguer entre deux cas différents :

Le premier est le cas où il est demandé au juge d'inventer (combler des lacunes de contrat) un nouveau régime juridique. Malgré l'interdiction de l'intervention du juge dans le contrat, celui-ci est obligé de suppléer des lacunes de contrat⁷⁴⁷. Cette situation dans laquelle le juge doit créer un régime approprié à une lacune contractuelle s'appelle (par abus de

⁷⁴⁵ *Ibid.*

⁷⁴⁶ MAINGUY Daniel, *Op. cit.*, p. 27.

⁷⁴⁷ C. civ., art. 4 : Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

langage) l'interprétation créatrice. Mais à vrai dire, cette démarche du juge est la qualification juridique. Autrement dit, le juge ne cherche pas, en vain, parmi les dispositions légales afin de trouver le régime juridique du contrat en cause. Au contraire, il crée le régime du contrat et puis il l'applique en l'espèce.

Le deuxième cas est la qualification au sens général (le rattachement). Dans ce cas le juge doit vérifier si le contrat en cause a un régime spécifique ou pas. Si le contrat est sans régime spécifique, il ne doit pas le réduire dans une catégorie préexistante car c'est en contradiction avec le principe de liberté contractuelle⁷⁴⁸.

Le problème s'aggrave quand on constate que la qualification a été utilisée en droit international privé car, en principe, la plupart des nouveaux montages juridiques ont été importés des autres ordres juridiques. En face de ces montures juridiques, le juge français doit se prononcer sur des litiges relatifs aux contrats avec lesquels il n'est pas familiarisé. Et pour lesquels le régime juridique n'existe pas en droit français. Si la justification du recours au mécanisme de la qualification en droit interne reste mystérieuse, en droit international privé celle-ci est fondée sur le recours à celui-ci en droit interne. Mais dans les deux cas (en droit interne et international), nous pensons que cette opération viole la liberté contractuelle, surtout dans le domaine des contrats commerciaux qui sont assez spécialisés et professionnalisés.

Encore une fois, c'est une tradition du droit français, même si ce n'est pas le droit positif. Elle est une entrave à l'exercice de la liberté contractuelle et en conséquence c'est une atteinte à l'attractivité du droit français

§ 2) l'intervention du juge, une entrave à l'autonomie de la volonté

422. L'Homme ne saurait s'obliger qu'en vertu de sa propre volonté. C'est le sens initial du principe d'autonomie de la volonté. Seule la volonté serait, en d'autres termes,

⁷⁴⁸ Dans le cas où le juge doit déterminer le régime juridique d'un contrat commercial, plusieurs questions nous viennent à l'esprit : Est-ce que les tribunaux civils sont-ils compétents et efficaces pour les contrats commerciaux internationaux, les juges sont-ils bien formés et préparés ? Est-ce que laisser les parties libres de choisir le tribunal qu'elles souhaitent (clause attributive de la juridiction) est un bon choix ?; Nous répondons à l'ensemble de ces questions au chapitre suivant à l'occasion de la conséquence procédurale de la distinction du contrat commercial du contrat civil.

source d'obligations. On ne saurait obliger quelqu'un contre sa volonté, sauf à porter atteinte à sa liberté individuelle. Cependant, la doctrine a connu deux principaux facteurs limitant ce principe : la loi et le juge. Autrement dit l'intervention du juge et les dispositions légales sont deux éléments essentiels venant restreindre le principe d'autonomie de la volonté.

Nous considérons que l'autonomie de la volonté des parties à un contrat commercial doit être respectée le mieux possible en raison des caractéristiques de ce contrat et de la capacité des cocontractants. Ce principe, directement issu de la philosophie individualiste et du libéralisme économique en vogue à la fin du XVIII^e siècle⁷⁴⁹, garde toute son importance dans le contrat commercial. Il convient d'étudier la place et la portée de ce principe en droit positif français et son articulation avec la théorie du contrat commercial.

A) L'intervention légale

423. Le premier facteur à l'origine du déclin de l'autonomie de la volonté ne serait autre que la loi⁷⁵⁰. En effet, la loi intervient de plus en plus en droit des contrats afin de régir les relations entre les parties. L'objectif poursuivi par le législateur est double.

D'abord, dans le cadre de son rôle de protecteur de l'intérêt général (ordre public de direction) le législateur intervient en renforçant les conditions de validité de certains contrats dans la loi. Ce type d'intervention n'est pas particulier par rapport à notre étude du contrat commercial⁷⁵¹. Cette volonté de protection est parfois relative à l'objet du contrat et au contenu du contrat. Par exemple, en matière de vente immobilière, le législateur pose des exigences de publicité foncière. Cette publicité garantit la sécurité juridique du droit réel attaché à l'immeuble vendu tant pour les parties que pour les tiers.

Ensuite, le législateur intervient pour protéger les parties au contrat (ordre public de protection) et, plus particulièrement, le consommateur. Par exemple, le législateur permet au juge de prononcer la nullité de clauses abusives ou de créer des obligations à la charge des

⁷⁴⁹ TERRÉ François et al., *Op. cit.*, p. 32.

⁷⁵⁰ MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, GAUTIER Pierre-Yves, *Droit des contrat spéciaux*, p. 252 ; TERRÉ François et al., *Op. cit.*, p. 42-44 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Op. cit.*, p. 273-274 ; PORCHY-SIMON Stéphanie, *Droit civil : Les obligations*, Dalloz, Paris, 2021, p. 31-36.

⁷⁵¹ MALAURIE Philippe, *L'ordre public et le contrat : Etude de droit civil comparé*. France, Angleterre, U.R.S.S., Matot-Braine, Paris, 1953 ; JEAUNEAU Adeline, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation*, Thèse, L'Université Paris I, 2015 ; DOUTEAUD Stéphanie, « Le contenu législatif de l'ordre public contractuel », *RDC*, 2020, n° 116, T.5, p. 144

parties, même si elles ne sont pas prévues au contrat⁷⁵². Il est en de même des dispositions d'ordre public concernant, l'obligation de renseignement, celle de sécurité, la détermination du prix à la charge des professionnels. Ces exemples illustrent bien le fait que le domaine d'intervention privilégié du législateur en matière de contrat concerne les contrats de consommation. En effet, protéger la partie faible d'un contrat est primordial pour le législateur⁷⁵³.

D'une part, ces interventions légales entraînent la création de dérogations à certains principes du droit des contrats en faveur des contrats de la consommation⁷⁵⁴. D'autre part, certains nouveaux principes en droit des contrats ont été créés⁷⁵⁵. L'étude de l'articulation de ceux-ci avec le droit commun des contrats est source de réflexions pour la mise en œuvre d'un régime propre au contrat commercial⁷⁵⁶.

B) L'intervention judiciaire

424. En principe, le juge n'est pas habilité à substituer sa propre volonté à celle des parties. Si le contrat s'impose aux parties tel qu'elles l'ont conclu, il s'impose aussi au juge⁷⁵⁷. Cette vision du rôle du juge dans la relation qu'il entretient avec le contrat a été pendant longtemps admise et adoptée par la doctrine et la jurisprudence⁷⁵⁸. Cela ne correspond plus à

⁷⁵² C. consom., art. L. 132-1 et s., art. L. 426, art. R. 132-1 à R. 1326.

⁷⁵³ STRICKLER Yves, La protection de la partie faible en droit civil, LPA, 2004, n° 213, p. 6.

⁷⁵⁴ Le sujet a été étudié dans nos développements sur l'analogie entre le contrat de la consommation et le droit commun des contrats.

⁷⁵⁵ Par exemple, l'obligation de la sécurité, de l'obligation de l'information, la Transparence et l'encadrement des pratiques Commerciales : JULIEN Jérôme, *Op. cit.* ; CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, DEPINCE Malo, *Op. cit.* ; PICOD Yves, PICOD Nathalie, Droit de la consommation, SIREY, 5^e éd., Paris, 2020; VOGEL Louis, VOGEL Joseph, Traité de droit économique : Droit de la consommation, T. III, Bruylant, 2^e éd., Paris, 2021.

⁷⁵⁶ Le sujet a été étudié dans nos développements sur l'analogie du contrat de la consommation et le droit commun des contrats dans l'introduction de cette thèse. Cf. *supra* n° 15 et s.

⁷⁵⁷ BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Op. cit.*, p. 508

⁷⁵⁸ GHESTIN Jacques, *op. cit.*, p. 200 ; LOUVEAU André, Théorie de l'imprévision en droit civil et en droit administratif, Thèse, Rennes, 1920, p. 50-51- AUVERNY-BENNETOT Jean, La théorie de l'imprévision : droit privé, droit administratif, droit ouvrier, Thèse, Paris, Sirey, 1938, p. 149 ; GHESTIN Jaques, JAMIN Christophe et BILLIAU Marc, Traité de droit civil : les effets du contrat, LGDJ, 3^e éd., Paris, 2001, n° 29 ; HAUSER Jean, « Le juge et la loi », Revue Pouvoirs (revue française d'études constitutionnelles et politiques), 2005, n° 114, p. 139-153 ; Cass. Civ. 06/03/1876, arrêt canal de Craponne ; civ. 15/11/1993, Verreries de carmaux, Gaz. Pal, 1934. I. 58 ; Cass. Com. 18/01/1950.

la réalité.

L'exclusion du juge de l'élaboration du contrat est un principe constant en droit français⁷⁵⁹. Et, plus précisément, c'est un principe logique en droit continental. Si l'on veut autoriser l'intervention du juge, il convient de préciser le cas et les conditions d'une telle intervention. Dans le droit des pays anglo-saxons, cette intervention du juge est autorisée au cas par cas⁷⁶⁰. Cependant, cette approche n'est pas transposable au droit continental puisque ce dernier instaure des règles générales applicables à toute situation identique : soit le juge sera autorisé à intervenir, soit il ne le sera pas, en application de la règle générale. Cette intervention ne sera pas déterminée par le juge lui-même en fonction des circonstances de l'affaire.

En droit français, la première loi autorisant l'intervention directe du juge dans le contrat est apparue dans le code de consommation⁷⁶¹. (voir les articles L.132-1, L.313-12⁷⁶² du code de la consommation). Les autres cas dans lesquels le juge est autorisé à intervenir (contrat de travail, droit de la concurrence...) ont la même origine : la volonté protectionniste du droit français.

Avant la réforme de 2016, l'intervention du juge dans le contrat reste une exception. Avec la réforme, la situation semble être généralisée et la doctrine parle d'acceptation de l'intervention du juge dans le contrat car la théorie de l'imprévision a été introduite dans le code civil pour tout type de contrat⁷⁶³.

⁷⁵⁹ AYNES Laurent, « l'imprévision en droit privé », Revue de jurisprudence commerciale, septembre-octobre 2005, n° 5, p. 1.

⁷⁶⁰ ANCEL Pascal, imprévision, Fiches Dalloz, 2017, n° 38-39.

⁷⁶¹ Cass. 1^{re} civ. 24 octobre 2006, n° 05-16.517 : En l'espèce, la Cour de cassation a autorisé le juge à relever d'office des moyens de droit en matière de droit de la consommation.

⁷⁶² L'exécution des obligations du débiteur peut être, notamment en cas de licenciement, suspendue par ordonnance du juge d'instance dans les conditions prévues à l'art. 1343-5 du code civil. L'ordonnance peut décider que, durant le délai de grâce, les sommes dues ne produiront pas intérêt. En outre, le juge peut déterminer dans son ordonnance les modalités de paiement des sommes qui seront exigibles au terme du délai de suspension, sans que le dernier versement puisse excéder de plus de deux ans le terme initialement prévu pour le remboursement du prêt ; il peut cependant surseoir à statuer sur ces modalités jusqu'au terme du délai de suspension.

⁷⁶³ AYNES Laurent, « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », RDC, 2016, n° 112z2, p. 14 (article publié dans le cadre du dossier « La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? » de la Revue des contrats. M. AYNES explique que les auteurs de l'ordonnance ont affiché leur volonté de prévenir le contentieux ou le résoudre sans nécessairement recourir au juge. Mais dans le même temps, le texte nouveau est parsemé de standards, et d'adverbes, qui appellent une définition proprement judiciaire de la règle en cas de litige, de sorte que pourrait augmenter l'imprévisibilité du droit des contrats ; CHATAIN Antoine, LATASSE Stéphane, « Le

Nous considérons que malgré l'inscription expresse de l'interventionnisme du juge dans le code civil, cette disposition doit être interprétée restrictivement et son champ restreint au contrat commercial. Pour retenir cette interprétation restrictive, nous nous fondons sur des indices présents au sein de l'article 1195 et sur la proposition de loi de 2011⁷⁶⁴ qui restreignent en pratique le champ d'application de ce pouvoir pour le juge.

Généralement le juge intervient dans le contrat afin de modifier son contenu (a), ou de l'interpréter (b).

a) L'intervention du juge dans le contenu du contrat

Nous partons du postulat selon lequel dans un contrat commercial (ayant comme principal but la spéculation) le pouvoir judiciaire doit être limité et même inexistant en matière de modification du contrat. Deux sujets en droit positif français méritent d'être étudiés dans cet objectif. Le premier concerne l'intervention du juge dans le contrat à l'occasion de l'imprévision dans le contrat. Le second est l'intervention du juge dans le contrat entre le débiteur et ses créanciers à l'occasion des procédures collectives.

1- le rôle du juge dans le cas de l'imprévision

425. La question principale concernant l'intervention du juge dans le contenu du contrat, discutée par les différents systèmes juridiques est la théorie de l'imprévision. L'admission ou le refus de la révision judiciaire pour imprévision sont liés à la philosophie contractuelle de l'ordre juridique. Ce choix permet de connaître la position du législateur quant à la place qu'il accorde au juge. Ce dernier peut-il s'immiscer dans le contrat pour le corriger, ou doit-il rester à l'extérieur de la sphère contractuelle ?

Avant l'ordonnance du 10 février 2016, le droit français semble avoir accepté la théorie de l'imprévision d'une manière translatrice⁷⁶⁵. L'ordonnance en adaptant un mécanisme spécial

rôle du juge dans la réforme du droit des contrats », Gaz. Pal., 2016, n° 41, p. 12 ; BORGHETTI Jean-Sébastien, « Fixation et révision du prix », RDC, 2018, n° 115g8, p. 25 (article publié dans le cadre du dossier « Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 » de la Revue des contrats.)

⁷⁶⁴ Visant à permettre la renégociation d'un contrat en cas de changements de circonstances imprévisibles durant son exécution.

⁷⁶⁵ En droit français, la théorie de l'imprévision a été introduite dans le code des marchés publics (article 18 modifié par le décret n° 2008-1335 du 19 décembre 2008 de mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics afin d'imposer la clause d'indexation des prix dans les marchés de plus de 3 mois). L'article dispose ainsi : « Tout contrat ou toute relation commerciale établie entre donneurs d'ordres et un sous-traitant, prestataire ou fournisseur, avec ou sans commande ouverte ou accord cadre, dont la durée

autorise expressément l'intervention judiciaire. Une mesure qui pose beaucoup de questions.

426. De prime abord, il ne semble pas que la théorie de l'imprévision soit liée à la distinction entre contrat civil et contrat commercial ou à la définition du contrat commercial de manière autonome. Mais l'étude de l'évolution de la législation française en la matière et la comparaison du droit français avec les autres textes relatifs à la théorie de l'imprévision révèlent davantage l'importance de la distinction entre contrat commercial et contrat civil ainsi que son champ d'application.

Avant tout, il convient de préciser que l'acceptation de la théorie de l'imprévision et celle de l'interventionnisme du juge ne relèvent pas de la même question fondamentale. Mais ces idées se chevauchent partiellement. La question de l'acceptation de la théorie de l'imprévision répond à la question : peut-on réviser un contrat pour cause d'imprévision ? La notion d'interventionnisme du juge est la réponse à la question : qui peut réviser le contrat en cas de nécessité ?

Tout d'abord, l'acceptation de la théorie de l'imprévision ne signifie pas nécessairement intervention du juge. En effet, alors même qu'il est en présence d'un changement de circonstances, le juge peut ne pas intervenir au contrat. En effet, la difficulté issue d'une telle situation pourrait éventuellement être surmontée par une autre mesure autre que la révision du contrat.

La réponse à un changement dans les circonstances existant au moment de la conclusion du contrat dépend de chaque ordre juridique et de sa philosophie. Cette réponse peut être :

- la caducité du contrat,
- la négociation du contenu du contrat,
- l'intervention directe du juge sans obligation préalable des cocontractants,

d'exécution est supérieure à 3 mois et qui nécessite, pour sa réalisation, le recours à une part importante de matières premières dont le coût est affecté par les fluctuations des cours ou prix de marché, ou à des fournitures utilisant une part importante de telles matières, comportent une clause d'indexation du prix permettant la prise en compte de ces fluctuations ». Enfin, depuis la loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports, un fondement légal a été donné à la révision du prix des transports en fonction de la variation du prix du carburant. Ces dispositions ont en effet modifié l'article 24 de la loi n° 95-96 du 1er février 1995 et ont ainsi mis en place le mécanisme de répercussion des variations du prix pour permettre aux entreprises de ne pas subir de plein fouet une tendance à la hausse des produits pétroliers. La loi n° 95-96 modifiée étant d'ordre public, les dispositions de la loi n° 2006-10 sont devenues, elles aussi, d'ordre public et il est donc impossible d'y déroger même contractuellement.

- le maintien du contrat en l'état.

Il convient donc d'analyser les fondements extra-juridiques de chacune de ces réponses pour déterminer le choix le plus pertinent en matière de contrat commercial.

Nous avons vu que l'autonomie de la volonté interdit l'immixtion du juge dans le contrat. Quant à la jurisprudence de la Cour de cassation⁷⁶⁶, elle a toujours affirmé ce principe, alors que les tribunaux ont tenté d'accepter la théorie de l'imprévision⁷⁶⁷. S'agissant de la doctrine, il existe deux courants de pensées doctrinaux. Une première partie de la doctrine refuse l'intervention du juge au nom de la volonté des parties. D'autres auteurs, au contraire, sous l'égide de divers fondements comme la bonne foi, la justice contractuelle ou encore l'équité, prônent la modification du contrat par le juge.

Les premiers auteurs s'appuient sur le principe de l'autonomie de la volonté et celui de l'inefficacité du juge pour refuser la modification du contenu du contrat. A première vue, il semble que cet argument respecte la pyramide des principes du droit français. Le juge doit simplement garder à l'esprit que les parties ont engagé leurs volontés dans un contexte précis qui doit être respecté lorsque le juge procède à la modification du contrat⁷⁶⁸. Il convient de prendre en compte non seulement les éléments extérieurs à la volonté des parties mais également les éléments intrinsèques aux parties. Ces éléments intrinsèques aux parties sont, par exemple, la qualité des parties, ou encore, leur but au moment de contracter, ou encore, le bénéfice que les parties attendaient retirer du contrat si celui-ci s'était poursuivi dans les mêmes circonstances.

Au contraire, certains auteurs⁷⁶⁹ sont en faveur de la théorie de l'imprévision du

⁷⁶⁶ Cass. com. 10 juillet 2007, Bull. civ. IV, n° 188, n° 06-14768 ; Cass. 3^{er} civ, 9 décembre 2009, Bull. civ. III, n° 275, n° 04-19923.

⁷⁶⁷ Le principe d'intangibilité du contrat s'est maintenu, périodiquement rappelé par la Cour de cassation, Rémy Cabrillac, L'article 1196 : la porte entrouverte à l'admission de l'imprévision, RDC, 2015, n° 3, p. 771 (article publié dans le cadre du dossier « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis » de la Revue des contrats).

⁷⁶⁸ Il nous semble que s'appuyer sur le seul principe de l'autonomie de la volonté afin d'évincer la théorie de l'imprévision n'est pas une position défendable. Cela va à l'encontre de la théorie du consentement et de l'équité. Par exemple, nous savons très bien que dans les contrats à exécution successive, l'intangibilité du prix est loin des réalités économiques et aussi loin de l'équité.

⁷⁶⁹ BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Op. cit.*, p. 507 ; AILLAUD-BRUSORIO Marjorie, *Op. cit.*, p. 244-246 ; MESTRE Jacques, « Une bonne foi franchement conquérante ... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat ! », RTD civ., 1993 p. 124 ; JAMIN Christophe, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil », Dr. et patr., 1998, n° 58, p. 46 et s.

contrat pour des raisons d'équité et d'équilibre contractuel. Ils ont un discours et une approche favorable à la partie lésée issue du changement dans l'environnement du contrat. C'est ici que nous souhaitons insister sur l'importance de la distinction entre contrat commercial et contrat civil. En effet, s'il y a un changement dans les circonstances du contrat, ce changement affecte les deux parties. Il peut arriver que ce nouveau contexte soit dissuasif, même pour la partie pour laquelle ce changement est supposé être favorable. En effet, en présence d'un contrat commercial, les parties cherchent à maximiser leurs profits au prix de savants calculs dans le cadre d'une sphère économique mondialisée et concurrente.

Dans ce contexte, l'intervention du juge *via* une approche équitable et non une approche optimisant le bénéfice des parties engendrera de réelles difficultés. En effet, le juge modifiera le contenu du contrat de sorte qu'il pourra être éloigné de ce que les deux parties recherchaient.

427. La volonté des parties n'étant pas respectée, le maintien du contrat à tout prix via l'intervention du juge nous paraît un choix discutable d'un point de vue d'attractivité et d'efficacité des lois. Au contraire, permettre au juge de mettre fin au contrat après une tentative de renégociation des termes du contrat par les parties semble être une mesure adéquate si on l'applique à la catégorie des contrats commerciaux. Il faut en effet garder à l'esprit que la définition des commerçants auxquels s'appliquerait notre théorie désigne des individus qui cherchent à maximiser leurs profits. Ils savent déterminer quels sont leurs intérêts commerciaux. S'il y a un intérêt à continuer leur contrat, ils le feront, sinon ils mettront fin à leurs relations contractuelles.

Cette interprétation est loin d'être irréaliste, en particulier quand on regarde la portée réelle de l'application du principe de non-intervention du juge que nous défendons. En effet, l'analyse des différents contrats qui ont été renégociés suite à un changement de circonstances économiques démontre bien qu'il s'agit de contrats entre les professionnels (les contrats d'affaires). A part le contrat de prêt, les contrats inscrits dans la durée sont les contrats qui nécessitent une structure stable et permanente des cocontractants. Ce sont généralement des entreprises qui répondent à ces critères. De plus le droit français a déjà autorisé l'intervention directe du juge dans les contrats de la consommation. Il a également prévu certains cas autorisant la révision des contrats pour imprévision du contrat⁷⁷⁰.

Et enfin le dernier courant de pensée encourageant le recours à la théorie de

⁷⁷⁰ Pour les contrats portant sur les matières premières.

l'imprévision a une approche purement économique⁷⁷¹. Dans le même sens, les députés ont préparé une proposition afin de modifier le seul article 1134 du code civil par une nécessité urgente. En effet, l'interdiction de la théorie de l'imprévision en droit civil français a généré d'importants problèmes dans l'économie française. Cet extrait de la proposition de loi de 2016 nous l'illustre : « D'un point de vue économique, la renégociation des contrats en cas de changement de circonstances imprévisibles à la signature du contrat se justifie par la multiplication et l'accélération des relations entre les parties et l'amplification des variations des cours des matières premières. Elle vise à limiter le nombre de défaillances d'entreprises et à préserver l'emploi dans des secteurs d'activités soumis à des obligations contractuelles risquées desquelles les entreprises contractantes sont souvent prisonnières en raison du déséquilibre de taille et de moyens qu'il existe entre elles et leurs partenaires commerciaux. Le professeur de droit M. Ghestin explique d'ailleurs : « *Moralement souhaitable, la révision ou l'adaptation du contrat devient économiquement indispensable. L'utilité sociale commande qu'un déséquilibre excessif des prestations, constitutifs d'une trop grande injustice, soit désormais pris en considération par le droit positif* ». ^{772 773} Cependant, il convient de préciser que si d'un point de vue économique purement interne, afin de maintenir les marchés en cours et les emplois, l'application de cette règle est intéressante, nous pouvons nous demander si cette disposition convaincra les sociétés étrangères d'investir en France. ⁷⁷⁴

⁷⁷¹ FERREY Samuel, DEFFAINS Bruno, « Théorie économique de l'imprévision », RTD civ., 2010, p. 719 ; CARTIER-MARRAUD et AKYUREK, « Crise économique et révision des contrats. Une approche pratique des règles applicables », Gaz. Pal., 16 juin 2009, p. 2. ; JUHARD Jean Luc, « Le contrat bouleversé par la crise : vers un droit à la renégociation », RLDC, 2009/58, p. 4. ; CAVALIÉ Bruno, « Le projet de réforme du droit des contrats face à la crise. Quel avenir pour la théorie de l'imprévision ? », RLDC, 2009/62, p. 53. ; BOUTHINON-DUMAS Hugues, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », RID éco. 2001/3, p. 339-373.

⁷⁷² Concernant la citation de Jacques GHESTIN, relatée par les députés qui ont préparé cette proposition de loi, il est intéressant de savoir que M. GHESTIN dans ses « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats », LPA, 12 février 2009, p. 30, annonce qu'en principe il est contre la révision de contrat. C'est seulement dans certaines situations exceptionnelles qu'il accepte la théorie de l'imprévision. Cependant, les rédacteurs de cette proposition ont pris comme appui cette idée de M. GHESTIN.

⁷⁷³ Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 juin 2011. Proposition de loi visant à permettre la renégociation d'un contrat en cas de changement de circonstances imprévisibles durant son exécution. La proposition : L'article 1134 du code civil est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Si un changement de circonstances imprévisibles rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge peut, si les parties en sont d'accord, procéder à l'adaptation du contrat, ou à défaut y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe ».

⁷⁷⁴ Comme la CCI de Paris dans son étude de « *droit des affaires : enjeux d'attractivité internationale et de souveraineté* », la notion de l'attractivité peut être à la fois une force d'attraction des entreprises étrangères,

L'évolution de la législation en la matière montre également l'utilité d'une distinction entre le contrat civil et le contrat commercial. Nous considérons que l'interventionnisme du juge est entré dans le code civil en raison du commerce international. En effet, c'est l'ampleur prise par les contrats du commerce international qui a en premier attiré l'attention des juristes sur les instabilités juridiques et économiques issues des événements politiques et géopolitiques des pays étrangers.

Une rapide étude des différents droits nationaux semble confirmer notre point de vue. De nombreux pays ont choisi un système permettant la renégociation du contrat sans intervention du juge. Les textes internationaux suivent la même voie. Ainsi, l'article 6.2.3 des principes Unidroit prévoit :

1) En cas de *hardship*, la partie lésée peut demander l'ouverture de renégociations. La demande doit être faite sans retard indû et être motivée.

2) La demande ne donne pas par elle-même à la partie lésée le droit de suspendre l'exécution de ses obligations.

3) Faute d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, l'une ou l'autre peut saisir le tribunal.

4) Le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de *hardship* peut, s'il l'estime raisonnable :

a) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ; ou

b) adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations.

Et ainsi le point 4-b relatif aux mesures que le tribunal peut prendre en cas de *hardship* illustre le fait que les rédacteurs de ces principes ont les mêmes considérations⁷⁷⁵ que celles

qui viendraient s'installer en France, et une force de conservation, visant à conforter nos entreprises et leur permettre de pérenniser leur activité à la fois en France et à l'étranger. Etant donné la solution prise des instruments internationaux sur la question de l'imprévision, nous pouvons dire que l'acceptation de cette théorie en droit français est un élément permettant de garantir la sécurité juridique pour les entreprises internationales.

⁷⁷⁵ Conformément au paragraphe 4 du présent article le tribunal qui conclut à l'existence d'un cas de *hardship* peut réagir de différentes façons.

-Une première possibilité est de mettre fin au contrat. Toutefois, puisque la fin du contrat dans ce cas ne dépend pas de l'inexécution des prestations de l'une des parties, ses effets sur les prestations déjà exécutées pourraient être différents de ceux prévus par les règles régissant la résolution en général (voir les articles 7.3.1 et s.). En conséquence, l'al. a, du paragraphe 4 prévoit que la résolution aura lieu "à la date et aux conditions que le tribunal fixe.

-Une autre possibilité serait pour le tribunal d'adapter le contrat en vue de rétablir l'équilibre des prestations (al. b du paragraphe 4). Ce faisant, le tribunal essaiera de procéder à une juste répartition des pertes entre les parties. Selon la nature du *hardship*, ceci peut ou non impliquer une adaptation du prix. Toutefois, si tel est le cas, l'adaptation ne reflétera pas nécessairement la totalité de la perte entraînée par le changement de

qu'on a avancé concernant l'intervention du juge. Le tribunal essaiera de procéder à une juste répartition des pertes entre les parties afin de rétablir l'équilibre des prestations.

Comme nous pouvons le remarquer, le droit positif actuel suit des principes identiques à ceux prévus pour les contrats commerciaux internationaux. Cependant, il reste un point à rappeler. Il s'agit des tentatives des rédacteurs de la loi du 16 avril 2018 ratifiant l'ordonnance 2016 afin de supprimer le droit de révision judiciaire à la demande l'une des parties⁷⁷⁶. Nous pensons que concernant les contrats commerciaux en raison des arguments présentés ci-dessus, il est tout à fait logique de défendre ce pouvoir de demande de révision mais sans intervention du juge. Une interprétation qui est conforme avec les dispositions du code de commerce.

2- Le rôle du juge dans la révision du contrat à l'occasion des procédures collectives :

428. Deux sujets sont fortement intéressants en cette matière. Le premier concerne l'évolution de la législation à l'égard des faillites des commerçants. Le législateur depuis 1985 a privilégié une approche répressive à une approche économique et le maintien des

circonstances, car le tribunal devra par exemple prendre en considération dans quelle mesure une partie a pris un risque et dans quelle mesure la partie bénéficiaire de la prestation peut encore en bénéficier.

Le paragraphe 4 du présent article déclare expressément que le tribunal ne peut mettre fin au contrat ou l'adapter que s'il l'estime raisonnable. Les circonstances peuvent être telles que ni la résolution ni l'adaptation ne sont opportunes et, en conséquence, la seule solution raisonnable pour le tribunal sera soit d'imposer aux parties de reprendre les négociations en vue de parvenir à un accord sur l'adaptation du contrat, soit de confirmer les clauses du contrat dans leur version existante.

⁷⁷⁶ La révision judiciaire pour imprévision a été maintenue en dépit de l'opposition farouche des sénateurs et de leur rapporteur qui, jusque dans le rapport fait au nom de la Commission mixte paritaire, a fait part de son scepticisme vis-à-vis de cette innovation LATINA Mathias, La loi portant ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, Dalloz actualité ; les remarques de THIBIERGE Louis, « La réforme de la réforme du droit des obligations : (I) le contrat », Revue Dalloz, AJ Contrat, Juin 2018, sont intéressantes : Quels sont les arguments qui les [les membres de la Commission mixte paritaire] ont conduits à accepter la révision judiciaire ? Le premier est une modification des dispositions du code monétaire et financier, dont le nouvel article L. 211-40-1 prévoit : « L'article 1195 du code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 du présent code ». Sont donc exclues du champ de l'imprévision les obligations découlant d'instruments financiers. La notion recoupe les valeurs mobilières, à l'exception des parts sociales. Le deuxième argument concerne le caractère supplétif de l'article 1195 : les députés ont convaincu les sénateurs que, le texte n'étant pas d'ordre public, il serait le plus souvent écarté par les parties. L'argument suppose une discrimination entre les parties sophistiquées, qui penseront à écarter 1195, et les moins informées, qui se le verront imposer. Le dernier argument opposé aux sénateurs est celui de l'inapplicabilité pratique du texte. On a ainsi avancé qu'en pratique le juge n'utiliserait quasiment jamais le pouvoir conféré par l'article 1195. Curieuse conception du rôle du législateur que de consacrer un texte en espérant qu'il ne s'applique jamais ! cf., Compte rendu intégral de l'Assemblée nationale, XV^e législature, Session ordinaire de 2017-2018.

emplois et des activités commerciaux⁷⁷⁷. Le redressement judiciaire et la sauvegarde ajoutés en 2008 et inspirés du droit américain illustrent cette approche. De plus, l'élargissement du domaine des procédures collectives révèle le rapprochement du traitement juridique des concepts de commerçant et de professionnel. En effet, aujourd'hui au-delà d'un commerçant ou d'une société commerciale, un professionnel peut en bénéficier⁷⁷⁸.

429. Le deuxième sujet qui mérite d'être étudié concernant la procédure collective est la prohibition de l'intervention du juge dans le contenu des contrats ou d'une manière plus générale le rôle du juge dans la négociation entre le débiteur et ses créanciers. La comparaison du régime juridique des procédures collectives avec les circonstances imprévisibles qui rendent excessivement onéreuse l'exécution du contrat nous semble intéressante. Elle montre que le droit français respecte l'interdiction de l'intervention du juge. C'est un contrat entre les commerçants. Dans les deux situations le débiteur rencontre des difficultés économiques pour faire face à ses obligations⁷⁷⁹.

La conciliation est la première étape prévue dans le code du commerce pour les entreprises qui rencontrent des difficultés économiques⁷⁸⁰. La conciliation est fondée sur la

⁷⁷⁷ COQUELET Marie-Laure, *Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, 6^e éd., 2017, p. 5; LIENHARD Alain, *Procédures collectives*, Delmas, 9^e éd., 2020, p. 32.

⁷⁷⁸ La loi du 13 juillet 1967 a étendu le bénéfice des procédures collectives aux personnes morales de droit privé non commerçantes, la loi du 25 janvier 1985 poursuit cet élargissement en y soumettant les artisans. Quelques années plus tard, la loi du 30 décembre 1988 rend les procédures collectives applicables aux agriculteurs personnes physiques, la loi du 26 juillet 2005 a autorisé ces procédures à l'activité libérale exercée à titre individuel et au final, la loi du 26 juillet 2005, l'ouverture d'une procédure de conciliation (C. com., art. L. 611- 5), d'une procédure collective de sauvegarde (C. com., art. L. 620- 2), de redressement judiciaire (C. com., art. L. 631- 2) ou de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 640- 2) peut être sollicitée par tout professionnel indépendant exerçant son activité à titre individuel. Coquelet Marie-Laure, *Op. cit.*, p. 9 et 14.

⁷⁷⁹ Dans ce sens cf. l'arrêt « Cœur Défense », Cass. com., 8 mars 2011, n° 10- 13.988 ; D., 2011, p. 919, note Le Corre ; *ibid.* Pan., p. 2069, obs. F.- X. Lucas ; *ibid.* Actu., p. 743, obs. Lienhard ; RTD com. 2011, p. 420, obs. Vallens ; JCP E, 2011, p.1215, note Couret et Dondero ; *ibid.* 1263, n° 1, obs. Pétel ; Gaz. Pal. 1^{er}- 2 avr. 2011, p. 7, note Reille ; LEDEN, 4/2011, p. 1, obs. Gorrias et Thévenot ; APC, 2011, n° 106, obs. Saintourens ; RJDA, 2011, n° 437 (aff. « Cœur Défense ») ; RLDA, mai2011, p. 20, obs. Cavet; Dr. Sociétés, 2011, n° 160, note Legros; Dr. et patr. 9/2011, p. 73, obs. Saint-Alary-Houin (aff. «Cœur Défense»); Rapp. Rémerly, RJDA, mai 2011, p. 359 ; Grelon, Rev. sociétés, 2011, p. 404 ; Menjucq, RPC, mars- avr. 2011 ; Gibirila, Journ. Sociétés, 6/2011, p. 73.

⁷⁸⁰ C.com., art. L. 611-7 : Le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. [...] Au cours de la procédure, le débiteur mis en demeure ou poursuivi par un créancier peut demander au juge qui a ouvert celle-ci de faire application de l'article 1343-5 du code civil. Le juge statue après avoir recueilli les observations du conciliateur. Il peut subordonner la durée des mesures ainsi prises à la conclusion de l'accord prévu au présent article. [...] En cas d'impossibilité de parvenir à un accord, le conciliateur présente sans délai un rapport au président du tribunal. Celui-ci met fin à sa mission et à la procédure de conciliation. Sa décision est notifiée au débiteur et communiquée au ministère public.

conclusion d'un accord entre le débiteur et ses créanciers. Il est évident qu'aucune disposition ne traite le sort des obligations contractuelles entre le débiteur et le créancier, mais le juge dans aucun cas ne modifie une créance ou une dette contractuelle ou autre.

C'est dans les dispositions concernant la procédure de sauvegarde que nous pouvons trouver une disposition spécifique concernant les contrats. L'article L.622-13 du code de commerce, après avoir instauré le principe de la continuation des contrats en cours⁷⁸¹, prévoit les cas où le contrat peut être résilié⁷⁸². Dans aucun cas, ni l'administrateur judiciaire, ni le juge commissaire ne peuvent modifier le contenu du contrat. Le principe est la libre négociation entre le débiteur et le créancier. Le rôle des juges et des organes intervenants a été au juste limité à valider ou sauter un contrat. Aucune modification dans le contenu par le juge ou par des organes judiciaires n'est autorisée. Seuls le débiteur et les créanciers peuvent d'un commun accord modifier les termes du contrat et céder les créances.

Et cela, même en présence des pairs de débiteur en tant que juge. Car ces derniers sont des professionnels et ont été choisis pour leur compétence. Ainsi nous nous interrogeons si une société commerciale ou un professionnel faisant l'objet d'une procédure collective ne subit pas la révision judiciaire par le juge, pourquoi dans un contrat commercial, dans le cas d'une imprévision, le cocontractant subit-il, lui, cette révision judiciaire ?

430. Il convient de préciser que nous voyons l'influence du commerce international et des contrats commerciaux dans la récente réforme du code civil français sur la question de l'imprévision. Considérant d'une part, l'approche du législateur français en matière de procédure collective et plus précisément la procédure de conciliation ainsi que le nouvel article 1105 du code civil, et d'autre part les dispositions du code de la consommation

⁷⁸¹ C.com., art. L. 622-13 : I. - Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde.

⁷⁸² C.com., art. L. 622-13 : III. - Le contrat en cours est résilié de plein droit :

1° Après une mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du contrat adressée par le cocontractant à l'administrateur et restée plus d'un mois sans réponse. Avant l'expiration de ce délai, le juge-commissaire peut impartir à l'administrateur un délai plus court ou lui accorder une prolongation, qui ne peut excéder deux mois, pour se prononcer ; Alain Lienhard, Procédures collectives, Delmas, 9^e éd., 2020, p. 91-92.

2° A défaut de paiement dans les conditions définies au II et d'accord du cocontractant pour poursuivre les relations contractuelles. En ce cas, le ministère public, l'administrateur, le mandataire judiciaire ou un contrôleur peut saisir le tribunal aux fins de mettre fin à la période d'observation.

IV. - A la demande de l'administrateur, la résiliation est prononcée par le juge-commissaire si elle est nécessaire à la sauvegarde.

concernant le pouvoir du juge pour modifier le contrat, il semble que l'intervention du juge dans le contenu des contrats commerciaux doive être fortement limitée. Le code de la consommation, dans un objectif protecteur, autorise l'intervention directe et sans condition du juge afin de rééquilibrer le contenu du contrat. Cette règle peut s'expliquer par le fait que le législateur, dans le but de maintenir l'ordre social, permette au juge, d'office, de modifier le contrat afin d'éviter la domination de la partie forte. Cette mesure déroge au principe de l'autonomie de volonté et à la prohibition d'immixtion du juge dans le contrat. Le code de commerce édicte une règle différente : à l'occasion de la procédure de conciliation, le débiteur et ses créanciers sont obligés de renégocier leurs contrats pour que l'entreprise en difficulté et ses créanciers trouvent une solution. Dans le cadre de cette procédure, le juge n'intervient en aucun cas dans la négociation entre les parties. Il est seulement chargé de valider l'éventuel accord des parties ou de mettre fin à la procédure de conciliation si elle échoue. Cette règle est justifiée par le principe de l'autonomie de volonté, le principe de l'interdiction de l'intervention de juge, le principe de l'inefficacité du juge à modifier un contrat et, enfin, la capacité suffisante des commerçants dans la gestion de leurs intérêts et de leurs affaires.

Avec cette approche, comme le souligne également M. Ghestin⁷⁸³, il convient tout d'abord d'interpréter restrictivement les dispositions du code civil par rapport à l'acceptation de l'intervention du juge issue d'une imprévision dans le contrat. L'acceptation de cette théorie ne va pas de soi avec l'acceptation de l'intervention du juge dans le contrat. Comme l'indique bien l'article 1095 du code civil, le recours au juge dans le cas d'une imprévision est conditionné à une négociation entre les parties.

Afin de respecter une unité de la logique du législateur, nous pouvons interpréter que dans le cas de l'imprévision dans un contrat commercial, seule l'obligation de renégociation du contrat doit être prise et l'intervention du juge dans les contrats civils et de consommation. Surtout quand on peut constater que la situation dans laquelle l'imprévision met en difficulté l'exécution de l'obligation d'une partie ressemble beaucoup à celle d'un commerçant qui ne peut pas faire face aux besoins de son entreprise.

431. Après l'intervention du juge dans le contenu du contrat, nous nous intéressons maintenant à l'intervention du juge pour interpréter le contrat. Ces deux interventions sont considérées comme des interventions directes du juge dans le contrat. Au contraire,

⁷⁸³ GHESTIN Jacques, JAMIN Christophe, BILLIAU Marc, Traité de droit civil : Les effets du contrat, n° 349, p. 415-416.

l'intervention du juge à l'occasion de la qualification du contrat est considérée comme une intervention indirecte au contrat.

b) L'intervention du juge à l'occasion de l'interprétation du contrat

432. L'interprétation est une opération par laquelle une signification est attribuée à quelque chose⁷⁸⁴. Cet art a été utilisé dans plusieurs branches des sciences humaines ainsi qu'en droit sous l'appellation interprétation juridique⁷⁸⁵.

Dans l'hypothèse d'un différend relatif à un contrat, c'est le juge qui est responsable de l'interprétation des termes équivoques⁷⁸⁶. Dans ce cas et comme le démontre M. Testu dans son ouvrage : « *l'interprétation est l'opération intellectuelle nécessaire pour clarifier un acte obscur ou équivoque. Un acte est obscur lorsque, par manque de clarté, son sens est indiscernable. Un acte est équivoque lorsque ses clauses, bien que claires considérées isolément, sont contradictoires de sorte que l'ensemble n'a plus de sens* »⁷⁸⁷. Donc, dans le cas où une telle ambiguïté existe dans un contrat, l'intervention du juge est nécessaire.

En droit, deux grands types de sources écrites nécessitent une interprétation : les lois et les contrats⁷⁸⁸. Chacune de ces sources d'obligations nécessitent des principes d'interprétation variant en fonction de leur nature. Cependant, il existe également des consignes communes pour l'interprétation de tous les textes⁷⁸⁹.

⁷⁸⁴ ALLAND Denis, RIALS Stéphane, *Op. cit.*, p. 843.

⁷⁸⁵ LADRIERE J., « Le rôle de l'interprétation en sciences, en philosophie et en théologie », *Science, philosophie, foi*, Archives de l'institut international de sciences théoriques, n° 19, Bruxelles, 1974, p. 213-243.

⁷⁸⁶ Même si dans aucune disposition légale la compétence du juge pour l'interprétation des lois ou des contrats n'est tacitement reconnue, cette compétence résume de l'interprétation *a contrario* de l'article 4 du code civil qui dispose : Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. Le contrat étant la loi entre des parties, dans le cas d'obscurité, sera interprété par le juge.

⁷⁸⁷ TESTU François Xavier, *Op. cit.*, p. 152.

⁷⁸⁸ Par loi, nous entendons son sens général qui comprend tous types de règles de droit ainsi que le règlement, l'ordonnance etc. Par contrat, nous entendons également tous types d'accord juridique entre plusieurs personnes ainsi qu'un contrat juridique, un traité international etc.

⁷⁸⁹ GENY François, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2016, T.1 ; PERELMAN Ch., « L'interprétation juridique », *APD*, T. XVII, 1972, p. 37 ; DELNOY Paul, *Éléments de méthodologie juridique*, Larcier, 3^e éd., 2008 ; CÔTÉ Pierre-André, *Interprétation des lois*, Thémis, 4^e éd., Montréal, 2009.

433. La méthode utilisée pour l'interprétation d'un contrat est différente de celle utilisée pour les autres textes juridiques. En effet, le principe de l'autonomie de la volonté impose que le contrat soit interprété selon l'intention des parties⁷⁹⁰. Tous les pays et tous les textes internationaux sont unanimes sur ce point.

Mais chaque ordre juridique définit un certain nombre de consignes pour interpréter le contrat selon l'intention des parties⁷⁹¹. Le droit français a ainsi consacré une partie du code civil à l'interprétation du contrat. Les dispositions de cette matière ont été modifiées par la réforme du droit des contrats. Nous considérons que ces changements sont en faveur d'une reconnaissance autonome du contrat commercial. A l'occasion de l'analyse des consignes d'interprétation en droit français, nous citons nos remarques sur les dispositions qui ne sont pas conformes aux buts recherchés par les réformateurs.

Les consignes d'interprétation

434. Suite à la réforme du droit des contrats, les consignes relatives à l'interprétation des contrats ont été inscrites aux articles 1188 et suivants du code civil. Les nouveaux termes et concepts utilisés pour interpréter un contrat semblent favoriser la distinction entre le contrat commercial et le contrat civil. L'article 1188, alinéa 2, introduit une innovation qui ne figurait pas dans les textes antérieurs. Il ajoute que lorsque la commune intention des parties ne peut être décelée, « le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une « personne raisonnable placée dans les mêmes conditions ». Ce standard de la personne raisonnable qui a remplacé le « bon père de famille »⁷⁹², d'après certains auteurs n'est cependant qu'une consigne subsidiaire, qui reste difficile à utiliser, car elle renvoie à une appréciation objective, dans laquelle le contrat, chose des parties, se laisse difficilement enfermer⁷⁹³. Alors que cette innovation reste une consigne imprécise pour préciser les ambiguïtés pour ces commentateurs,

⁷⁹⁰ Cass. com., 28 nov. 2018, n° 15-17578, F-D ; Cass. 1^{re} civ. 30 janv. 2019, n° 18-10796, F-D ; note LAITHIER Yves-Marie, « En cas d'ambiguïté, les juges du fond ont l'obligation de rechercher la commune intention des parties pour interpréter le contrat », RDC, 2019, n° 2, p. 14 ; SIMLER Philippe, « À la recherche des frontières de l'interprétation », RDC, 2015, n° 1, p. 146.

⁷⁹¹ Chaque domaine de science a ses propres consignes d'interprétation, un texte littéraire, un texte religieux etc.

⁷⁹² TERRÉ François et al., *Op. cit.*, p. 675 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Op. cit.*, p. 510

⁷⁹³ MARTIAL-BRAZ Nathalie, « L'objectivation des méthodes d'interprétation : la référence à la personne raisonnable et l'interprétation *in favorem* », RDC, 2015, n° 1, p. 193 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Op. cit.*, p. 510.

nous pensons qu'il peut constituer un avantage dans l'interprétation des contrats commerciaux. En effet, nous insistons sur la dernière partie de l'article qui annonce « une personne raisonnable **dans la même situation** ». La situation d'un contrat commercial, contrat conclu dans un but spéculatif entre deux professionnels, est distincte de celle d'un contrat civil ou d'un contrat de consommation. Ce qui pourrait faire explicitement référence au but des contractants et faire implicitement référence aux usages commerciaux.

435. De plus, la notion de bon père de famille étant écartée par le législateur, il se pourrait que le juge ait la faculté d'interpréter le contrat en fonction de nouveaux critères ; à savoir l'économie et l'efficacité. Le nouveau standard de la « personne raisonnable placée dans les mêmes conditions » permet de personnaliser l'interprétation du contrat. Cette notion permet l'interprétation du contrat tout d'abord en fonction de ses conditions, de son contexte et de son but. Elle permet également une interprétation en fonction de la qualité des cocontractants et des objectifs que les parties recherchent.

Nous pouvons également constater l'importance de la notion d'« économie du contrat » qui renvoie à l'efficacité économique des actes juridiques dans le cadre de l'interprétation du contrat. En présence d'un texte obscur ou ambigu, les juges devront avant tout essayer de déterminer l'intention réelle des parties, et sans doute, l'éclaireront-ils d'abord, comme avant la réforme, par le contexte général du contrat et notamment en se référant à « l'économie du contrat ». L'article 1189 consacre également ici -après l'avoir déjà fait à propos de la sanction de la caducité -, la notion d'ensemble contractuel : lorsque dans l'intention commune des parties, plusieurs contrats concourent à une même opération, ils s'interprètent en fonction de celle-ci.

436. Il semble que la consigne d'interprétation la plus discutable ait été introduite à l'article 1190 du code civil⁷⁹⁴ : « Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé ».

La deuxième partie de l'article est compréhensible et suit la même logique que l'ancien article 1162 du code civil : « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ». Le critère est que celui qui a proposé le contrat est supposé avoir plus de connaissance concernant le contexte de la conclusion du contrat. Il est alors, tout à fait normal qu'on interprète le contrat contre cette

⁷⁹⁴ ETIENNEY DE SAINTE MARIE Anne, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », RDC, 2016, n° 1, p. 384.

personne⁷⁹⁵.

C'est la première partie de l'article qui nous semble pouvoir engendrer des difficultés d'interprétation⁷⁹⁶. Cela deviendra plus compliqué dans deux hypothèses :

Tout d'abord, dans un contrat gré à gré, à l'exception des contrats unilatéraux, il est très difficile de déterminer le débiteur et le créancier car chaque cocontractant est à la fois le débiteur de ses dettes et le créancier de ses créances. Ou on doit interpréter cet article à la lumière de l'article 1162 du code civil en matière de contrat de vente. Cet article dispose que tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur. En effet, étant donné que dans un contrat de vente, le vendeur est tenu de réaliser l'obligation principale, à savoir la livraison de marchandise, alors c'est pour cette raison que l'article 1190 annonce que le contrat s'interprète contre le débiteur. Cependant, cette interprétation n'est pas judicieuse car dans les contrats sophistiqués où les deux cocontractants sont tenus par des obligations importantes, il est très difficile de déterminer le débiteur ou le créancier principal.

Ensuite, dans un contrat de gré à gré où les termes équivoques ont été proposés par les débiteurs ou les termes sont négociés par les deux parties, le juge doit-il toujours les interpréter en leur faveur ? Cela peut arriver surtout dans les contrats commerciaux, où la négociation entre les parties est très importante.

437. Nous pensons qu'il faut chercher la solution dans une autre interprétation de cette consigne d'interprétation. Le Code de la consommation prévoit que dans les contrats proposés par les professionnels aux consommateurs, les clauses litigieuses s'interprètent « dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non professionnel⁷⁹⁷. Cette hypothèse comprend les contrats d'adhésion et les contrats gré à gré entre un professionnel et un consommateur. Cette consigne d'interprétation peut être expliquée en raison de connaissance davantage d'un professionnel par rapport à un consommateur. De la même manière que dans un contrat de

⁷⁹⁵ REVET Thierry, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », RDC, 2015, n° 1, p. 199 ; pour l'auteur l'interprétation des contrats types et des contrats d'adhésion doit être uniforme puisque ces actes régissent de multiples situations identiques. Les contrats types sont des formules contractuelles rédigées par des organismes professionnels ou par une administration et qui peuvent ou doivent être utilisées par les parties à un contrat pour en déterminer le contenu. Le contrat d'adhésion est le contrat dont le contenu n'est pas négocié par les parties mais élaboré ou proposé par l'une à l'autre, laquelle n'a d'autre possibilité que de l'accepter ou de le refuser en bloc. Le contenu du contrat d'adhésion peut consister en la reprise, facultative ou obligatoire, d'un contrat type.

⁷⁹⁶ DESHAYES Olivier, « Les directives d'interprétation du Code civil : la cohérence des textes », RDC 2015, n° 1, p. 159.

⁷⁹⁷ C. consom., L. 133-2 du code de la consommation.

vente, le vendeur est supposé connaître plus d'information concernant le consommateur⁷⁹⁸.

438. On peut remarquer que pour interpréter le domaine d'application de l'article 1190 du code civil, nous nous intéressons au fondement de cette consigne. En effet, pourquoi doit-on interpréter le contrat en faveur du débiteur ? Pourquoi le code civil a-t-il généralisé cette consigne pour tous les contrats de gré à gré ? C'est la détermination du fondement de cette règle qui peut nous aider. Si elle a pour origine la justice contractuelle et la protection de la partie faible, il n'est pas judicieux de la généraliser à tous les contrats. Ainsi, par exemple, dans le contrat commercial où toutes les parties cherchent à maximiser leurs richesses et leurs bénéfices, même si une partie est débitrice d'une obligation, c'est dans le but d'augmenter sa richesse. La protection du débiteur n'a, dans ce cas, pas l'intérêt de protéger la partie faible.

439. Cette consigne d'interprétation est difficilement acceptée dans les contrats internationaux. Favoriser une partie contre l'autre peut remettre en cause l'impartialité de la justice d'un pays. L'article 1190 prévoit une consigne assez générale qui est en contradiction avec le but d'attractivité du droit français poursuivie par le législateur. En particulier, lorsqu'on regarde les textes internationaux, on constate qu'une telle consigne en faveur du débiteur n'existe pas⁷⁹⁹.

440. Dans les instruments internationaux concernant les contrats commerciaux, la prise en compte du but du contrat et la qualité des cocontractants sont des critères essentiels afin de trouver la réelle intention des parties⁸⁰⁰.

Les consignes de l'interprétation en matière de contrats commerciaux internationaux sont

⁷⁹⁸ Evidemment, l'art. 1602 du code civil, instauré en 1804, ne comprend pas tout type de contrat de vente. Mais celui qui concernait la vie quotidienne des citoyens français. Alors, il nous semble très difficile d'appliquer la consigne d'interprétation de l'art. 1602 à tous les contrats de vente.

⁷⁹⁹ Dans les principes UNIDROIT, l'art. 4.6 dispose : *En cas d'ambiguïté, les clauses d'un contrat s'interprètent de préférence contre celui qui les a proposées*. Dans aucun article de UNIDROIT, ni ceux de cadre commun de référence (droit européen des contrats), ni ceux de la CVIM, nous ne pouvons pas trouver une disposition qui instaure le principe de l'interprétation d'un contrat en faveur du débiteur. Chapitre 8 du deuxième livre de cadre commun de référence établie les règles générales de l'interprétation d'un contrat.

⁸⁰⁰ CVIM, art. 8, al. 2 dispose : Si le paragraphe précédent n'est pas applicable, les indications et autres comportements d'une partie doivent être interprétés selon le sens qu'une personne raisonnable de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, leur aurait donné.

Art. 4.3 des principes UNIDROIT dispose également : [afin de trouver l'intention des parties], on prend en considération toutes les circonstances, notamment: a) les négociations préliminaires entre les parties; b) les pratiques établies entre les parties; c) le comportement des parties postérieur à la conclusion du contrat; d) la nature et le but du contrat; e) le sens généralement attribué aux clauses et aux expressions dans la branche commerciale concernée; f) les usages.

aussi importantes car dans la plupart des cas, le litige sera confié à un tribunal arbitral afin d'être tranché. Etant donné que l'arbitre n'a pas de *for*, il n'est pas tenu par des consignes précises. Mais cela ne veut pas dire qu'il est libre d'interpréter à sa guise. Comme l'écrit M. P. Khan : « on peut d'ailleurs distinguer deux grands groupes de principes qui sont utilisés en matière d'interprétation tels qu'ils sont issus de la tradition européenne et ils sont considérés comme exprimant une vérité universelle parce qu'ils reflètent une certaine logique principe de l'effet utile qui veut qu'en présence de deux interprétations différentes de termes du contrat on préfère celle qui conserve aux mots une certaine portée, principe de l'identité de sens des mêmes mots dans un même article »⁸⁰¹. Si l'auteur énumère la portée universelle d'une vérité en tant qu'une condition pour un principe d'interprétation des contrats internationaux, nous aussi, nous attirons l'attention sur le contexte de la conclusion d'un contrat commercial international. Pour cela, c'est la volonté des parties qui mérite d'être la première source d'interprétation sans aucune partialité. Nous pouvons remarquer le principe d'interprétation autonome des instruments internationaux comme la CVIM et les principes Unidroit⁸⁰². Cette autonomie est liée au contexte des contrats signés. Des contrats conclus entre professionnels car par exemple, l'interprétation des termes de la CVIM d'une manière autonome des droit nationaux n'est envisageable qu'en fonction des usages qui existent entre les professionnels de la vente des marchandises.

441. Les consignes d'interprétation soulèvent également la question de l'interprétation créatrice ou du forçage du contrat⁸⁰³. Celle-ci n'est pas mentionnée dans le code civil mais traitée par la doctrine. Malgré la pensée de certains auteurs⁸⁰⁴ l'interprétation créatrice ne relève pas du tout de l'activité intellectuelle de l'interprétation mais de la qualification du contrat⁸⁰⁵. Les principes Unidroit dans l'article 4.8 montre bien cette question.

ARTICLE 4.8 (Omissions)

⁸⁰¹ KAHN, Philippe, « L'interprétation des contrats internationaux », *Journal de droit international (Clunet)*, 1981, p. 5 et s.

⁸⁰² BOUSSOFARA Anissa, *Le principe d'interprétation autonome dans la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Thèse, L'Université Côte d'Azur, 2019

⁸⁰³ De SAINTE MARIE Anne Etienney, « L'interprétation créatrice : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », *RDC*, 2015, n° 1, p. 166.

⁸⁰⁴ FAGES Bertrand, *Op. cit.*, p. 230 ; TERRÉ François et al., *Op. cit.*, p. 503 ; PORCHY-SIMO Stéphanie, *Op. cit.*, p. 200 ; BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Op. cit.*, p. 512 ; MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, p. 420.

⁸⁰⁵ GRIMALDI Cyril, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », *RDC*, 01/04/2008, n° 2, p. 207 ; SIMLER Philippe, *JCl. civil*, art. 1156 à 1164, 2020, Fasc. 10, n° 10.

1) A défaut d'accord entre les parties quant à une clause qui est importante pour la détermination de leurs droits et obligations, on y supplée par une clause appropriée.

2) Pour déterminer ce qui constitue une clause appropriée, on prend en considération, notamment :

a) l'intention des parties ;

b) la nature et le but du contrat ;

c) la bonne foi ;

d) ce qui est raisonnable.

En effet, l'interprétation du contrat relève de l'interprétation des termes existants au sein du contrat. En revanche, l'interprétation créatrice consiste à combler les lacunes du contrat par le juge⁸⁰⁶. L'impact de la nuance entre ces deux concepts réside dans le pouvoir des juges de la cour de cassation⁸⁰⁷. Si l'interprétation des termes du contrat relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fonds, nous pensons que l'interprétation créatrice est une question de droit et relève de la compétence de la Cour de Cassation. Déterminer les obligations des parties par le juge dans le cas où le contrat ne le prévoit pas, c'est déterminer la loi entre les parties. C'est pour cela que nous pensons que le forçage du contrat est une question de droit.

Comme nous avons vu dans les instruments internationaux, il y a plusieurs éléments

⁸⁰⁶ Les principes Unidroit, art. 4-8 : Le présent article traite un autre point qui y est lié, à savoir comment suppléer à une omission. Les omissions ou lacunes surviennent lorsque, après la conclusion du contrat, une question se pose que les parties n'ont pas réglée du tout dans leur contrat, soit parce qu'elles ont préféré ne pas traiter la question, soit simplement parce qu'elles ne l'avaient pas prévue. Toutefois, dans d'autres cas, les parties pourraient avoir renvoyé la détermination d'une clause à un accord ultérieur ou à la décision de l'une des parties ou d'un tiers. Cette situation particulièrement fréquente dans les contrats à long terme. Si les parties ne parviennent pas à un accord ou la partie ou le tiers ne déterminent pas la clause, l'article 2.1.14 s'applique. 2. Quand doit-on suppléer à des omissions ? Dans de nombreux cas d'omissions ou de lacunes dans le contrat, les Principes donneront une solution à la question (voir par exemple les articles 5.1.6 (Détermination de la qualité de la prestation), 5.1.7 (Fixation du prix), 6.1.1 (Moment de l'exécution), 6.1.4 (Ordre des prestations), 6.1.6 (Lieu d'exécution) et 6.1.10 (Monnaie non précisée). Voir également, en général, l'article 5.1.2 relatif aux obligations implicites). Toutefois, même lorsque de telles règles supplétives de caractère général existent, elles peuvent ne pas être applicables en l'espèce, notamment pour les contrats à long terme, parce qu'elles n'apporteraient pas de solution appropriée dans les circonstances du fait des attentes des parties ou de la nature spéciale du contrat. Le présent article s'applique alors, sans préjudice de l'application de l'article 5.1.2, le cas échéant. 3. Critères pour suppléer aux omissions Les clauses introduites en vertu du présent article doivent être appropriées aux circonstances de l'espèce, notamment pour les contrats à long terme. Afin de déterminer ce qui est approprié, il faut en premier lieu prendre en considération l'intention des parties telle qu'elle est déduite, entre autres, des clauses figurant expressément au contrat, du préambule du contrat, de négociations précédentes ou de tout comportement postérieur à la conclusion du contrat.

⁸⁰⁷ TRICOT Daniel, « Le juge : le contrôle de dénaturation et la liberté de l'interprétation des conventions », RDC, 2015, n° 1, p. 149.

qui permettent aux juges de réaliser cette tâche. Nous pensons que la distinction du contrat civil du contrat commercial est une étape qui facilite cette tâche car cette distinction est basée sur le but et la qualité des cocontractants. De plus, la catégorie des contrats commerciaux permet l'application facile des usages commerciaux par les tribunaux de commerce et par conséquent la spécialisation de l'interprétation créatrice des contrats⁸⁰⁸.

§ 3) La portée réduite du principe de bonne foi dans le contrat commercial

442. La bonne foi est le principe le plus discuté en droit français⁸⁰⁹. La reconnaissance de la nécessité de la bonne foi dans les relations contractuelles constitue un socle commun aux droits nationaux et aux instruments internationaux. Mais le contenu et la fonction de ce principe restent ambigus et controversés. Ce qui est l'origine de plusieurs problématiques juridiques. Plusieurs travaux ont été effectués sur les problèmes liés au principe de bonne foi⁸¹⁰.

A cela, nous ajoutons la problématique de la distinction du contrat civil du contrat commercial. Cette distinction a-t-elle une conséquence sur la notion et la portée de ce principe ? Nous aide-t-elle à surmonter les problématiques liées à ce principe ? Réciproquement, nous allons vérifier si l'évolution de la notion de bonne foi et son état actuel pourraient justifier cette distinction⁸¹¹.

443. Afin de mieux comprendre l'apport de la distinction entre le contrat commercial

⁸⁰⁸ Nous démontrons dans le chapitre suivant qu'à notre avis un contrat commercial ou international relève de la compétence du tribunal de commerce.

⁸⁰⁹ Deux questions sont le sujet des débats par rapport à cette notion : 1- est ce que l'on doit considérer la bonne foi comme un principe général ? 2- comment peut-on surmonter l'insécurité juridique liée à cette notion ? TERRÉ François et al., *Op. cit.*, p. 486-495 ; MALURIE Philippe, AYNES Laurent, GAUTIER Pierre-Yves, *Op. cit.*, p. 254-259 ; BERGEL Jean-Louis, *op. cit.*, p. 113 ; VOUIN Robert, La bonne foi : notion et rôle actuels en droit privé français, Paris, LGDJ, 1939, p. 456 ; ANSELME-MARTIN Olivier, « Etude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi », LPA, 22/01/1997, n° 10, p. 17.

⁸¹⁰ ARTHAUD Claude, De la bonne foi et ses effets en matière civile, A. Parent, Paris, 1874; BRETON André, « Des effets civils de la bonne foi », [1926] Revue critique 86; DESGORCES Richard, La bonne foi dans le droit des contrats rôle actuel et perspectives, Thèse, Paris II, 1992; GORPHE François, Le principe de la bonne foi, Paris, Dalloz, 1928; JAUBERT Joseph, Des effets civils de la bonne foi, A. Pédone, Paris, 1899; LYON-CAEN Gérard, « De l'évolution de la notion de bonne foi », Rev. trim. dr. civ., 1946, p. 75; MILLET Jules-Joseph-Edmond, De l'erreur et de la bonne foi en droit romain et en droit français, Lahure, Paris, 1871; PICOD Yves, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, Paris, 1989; VOLANSKY Alexandre, Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1929; VOUIN Robert, *Op. cit.*,

⁸¹¹ Pour tous les principes on vérifie cette interaction : l'influence de cette distinction sur la résolution du problème à la portée de chaque principe et l'influence de chaque principe afin de justifier la distinction. NON, je ne comprends finalement pas cette phrase !

et le contrat civil dans l'application de ce principe d'un côté et mieux cerner la portée de l'application de ce principe dans les contrats commerciaux et les contrats civils (C), nous sommes obligé de présenter l'articulation du principe de bonne foi et du contrat (A) et l'évolution historique de ce principe (B).

A) L'articulation entre le principe de la bonne foi et le contrat

444. Afin de mieux comprendre l'articulation entre le principe de bonne foi et la distinction entre le contrat commercial et le contrat civil, nous commencerons par développer les problématiques liées au principe de la bonne foi. Cela concerne deux sujets : la notion de la bonne foi (a) et sa fonction (b).

a) La notion imprécise de bonne foi

445. Etant donné que le contenu de ce principe n'est pas déterminé, il est arbitraire. Une telle conception irait directement à l'encontre de la sécurité juridique, sans laquelle le contrat, qui est d'abord un acte de prévision sur l'avenir, perdrait sa nature profonde⁸¹².

En France, la jurisprudence, à une certaine époque, au nom de la bonne foi ne révisait ni le contrat pour cause d'imprévision, ni les clauses pénales pour cause d'excès⁸¹³. Alors qu'actuellement la jurisprudence s'appuie sur la bonne foi pour réviser ces derniers. Il semble parfois que la bonne foi soit plutôt une obligation morale qui n'a pas beaucoup de conséquences juridiques et renvoie chacun à sa conscience⁸¹⁴. A d'autres occasions, la bonne foi est l'expression du devoir général de loyauté dans le comportement. Enfin elle renvoie parfois à la volonté d'éviter la duplicité dans l'exécution du contrat. Elle contient aussi un aspect lié à l'idée de cohérence du contrat voire de coopération entre les parties⁸¹⁵. Ce sont les différents sens de la bonne foi. Mais cela n'est pas une liste exhaustive. Cette notion est difficile à déterminer et est soumise à un risque d'excès de pouvoir du juge. Ce danger est fortement marqué pour ce principe. La bonne foi longtemps assoupie n'a été découverte par les tribunaux que depuis la fin du XX^e siècle, ce qui correspond à un changement général d'attitude des juges, moins respectueux de la volonté des parties et plus désireux d'introduire

⁸¹² TERRÉ François et al., *Op. cit.*, p. 494.

⁸¹³ AYNES Laurent, MALAURIE Philippe, STOFFEL-MUNCK Philippe, *Droit des obligations*, p. 255

⁸¹⁴ *Ibid.*, p. 254.

⁸¹⁵ FAGES Bertrand, *Op. cit.*, p. 237-238.

par toutes les voies possibles un contrôle de moralité et de justice dans les contrats⁸¹⁶. Au cours des dernières décennies, celui-ci a été à l'origine de la création de nouvelles obligations contractuelles au-delà de la volonté des parties.

D'après ce qu'on a vu, si la bonne foi a plusieurs sens, par souci de prévisibilité juridique, il convient néanmoins d'en définir un sens général. Sinon l'application du principe reposerait sur une appréciation *in concreto* du juge relevant de la casuistique. Nous avons expliqué le problème lié à la notion dans l'introduction du chapitre avec un exemple⁸¹⁷.

446. C'est dans l'esprit d'éviter l'application dogmatique des principes classiques du droit des contrats qu'il faut voir la nouvelle approche du législateur. C'est dans le même esprit que nous remettons en cause la consécration d'un article au principe de la bonne foi comme tel, dans le code civil. L'objectif de la justice est la recherche de l'équilibre contractuel. C'est cette idée qui a animé les réformateurs du droit des contrats, en justifiant l'inscription de ce principe dans les textes. Au contraire nous pensons que l'objectif d'attractivité contractuelle s'inscrit dans une conception plus économique et plus adaptée aux réalités économiques. Par là-même elle remet en cause l'utilité du principe de bonne foi pour certains contrats.

La première difficulté reste impossible à surmonter. La détermination du contenu de ce principe est difficile. Nous nous intéressons à ses fonctions.

b) La fonction de la bonne foi

447. La deuxième difficulté issue de la bonne foi en matière contractuelle concerne sa fonction. D'après la thèse de M. Hesselink⁸¹⁸, il a été énuméré trois fonctions pour la bonne foi :

* la fonction complétive : c'est la fonction qui permet au juge de créer de nouvelles obligations,

* la fonction limitative : c'est la fonction qui évite la domination une partie sur l'autre,

* la fonction adaptative : c'est la fonction qui permet au juge d'adapter le contenu du contrat au nouveau contexte du contrat.

⁸¹⁶ BENABENT Alain, *Op. cit.*, p. 246-247.

⁸¹⁷ Cf., *supra* n° 345.

⁸¹⁸ Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Terminologie contractuelle commune, 2008, p. 249-263.

Si les deux dernières fonctions peuvent également poser un problème⁸¹⁹, on vise plutôt la fonction complétive (ou encore créatrice) de la bonne foi. C'est une fonction qui permet au juge d'intervenir dans le contrat au nom de la bonne foi, qui va donc à l'encontre du principe d'autonomie de la volonté : « Une telle référence pourrait être de nature à conférer au juge des pouvoirs très importants, notamment celui de modifier le contrat pour le rééquilibrer »⁸²⁰.

448. Le principe de bonne foi, comme le législateur français l'a considéré, est une entrave à l'attractivité du droit français et également au développement du commerce. C'est l'idée que nous voulons défendre dans cette sous-section. C'est une tâche difficile, voire impossible car le droit positif français et la plupart des instruments européens et internationaux, soit dans le domaine des contrats de consommation soit dans le domaine des contrats commerciaux, affirment la nécessité de ce principe. Cependant, nous pensons que l'étude de l'origine de ce principe, ainsi que son étymologique juridique et l'analyse des jurisprudences en cette matière, peuvent confirmer notre thèse sur le dysfonctionnement de ce principe pour la catégorie des contrats commerciaux. Ce qui nécessitera une nouvelle interprétation de ce principe pour le contrat commercial.

B) L'évolution du concept de la bonne foi

449. A l'époque romaine, il n'existait que les contrats formels. Appréhender l'importance de l'invention du contrat consensuel à l'époque romain est nécessaire pour comprendre la notion de la bonne foi. En effet, suite à l'acceptation de l'idée de concevoir les contrats consensuels, la bonne foi et le consentement mutuel deviennent deux éléments constitutifs du contrat consensuel en droit romain. Pour les contrats formels, le respect des formalités garantissait l'exécution du contrat et pour les contrats consensuels, le respect de la bonne foi⁸²¹. C'était la bonne foi qui justifiait également l'interdépendance des deux obligations dans les contrats synallagmatiques, au contraire de notre droit où la théorie causaliste justifie le respect des obligations mutuelles⁸²².

450. Mais la fonction de ce principe et la manière dont les juges utilisaient ce principe

⁸¹⁹ Dans les deux dernières fonctions, nous pouvons remarquer l'idée de l'intervention du juge. Cependant dans les deux dernières fonctions, le juge ne crée pas une nouvelle obligation mais il adapte ou limite des obligations déjà existantes.

⁸²⁰ TERRÉ François et al., *Op. cit.*, p. 494.

⁸²¹ VON IHERING R., *L'esprit du droit romain*, T. 4, Paris, Marescq, Ainé, 1889, p. 181

⁸²² CHEVREAU Emmanuelle, MAUSEN Yves, BOUGLE Claire, *Histoire du droit des obligations*, LexisNexis, Paris, 2011, p. 72.

ont élargi le champ de cette notion. La bonne foi était utilisée comme outil par le juge afin de déterminer le contenu du contrat, les obligations des parties⁸²³. Dans cette fonction que l'équité a rejoint de la bonne foi afin de déterminer le contenu des contrats⁸²⁴. Donc c'est pour cela que dans l'Antiquité, la confiance était une notion large avec une fonction large. Le juge pouvait sanctionner chacune des parties, s'il estimait que ces dernières avaient violé la confiance.

En effet, il y avait deux sens pour la bonne foi dans l'Antiquité :

1- une sorte de principe supranational afin de favoriser le commerce international. C'est la personnification universelle des relations fondées sur la loyauté et la confiance. Elle n'est pas limitée à une nation mais est internationale. Elle est à l'origine des contrats basés sur la confiance, à savoir les contrats consensuels⁸²⁵.

2- le sens le plus technique de ce mot est une action en justice. Ce n'est pas un sens mais plutôt une fonction. C'est la même fonction que celle dont les juges se servent de nos jours⁸²⁶. Elle permettait au juge d'évaluer, de mesurer le comportement des parties selon le critère objectif de la bonne foi et en vertu de son *arbitrium*⁸²⁷.

451. Donc au début, la bonne foi n'était pas autre chose que l'affirmation de *pacta sunt servanda*. La bonne foi se qualifiait dès lors que le comportement des parties ne dissimulait pas la vérité et qu'en particulier elles s'engageaient à ne pas créer de dol. Il ne faut pas mentir

⁸²³ DEROUSSIN David, *Op. cit.*, p. 424.

⁸²⁴ Le processus qui a conduit à la reconnaissance des contrats de bonne foi est intimement lié à l'évolution de la procédure romaine. Le formalisme, dont la société archaïque a très bien pu se satisfaire, est devenu insuffisant, avec la multiplication des échanges et la constitution de l'empire. La reconnaissance de certains contrats de bonne foi est donc devenue nécessaire. C'est, en effet, l'émergence et l'utilisation généralisée de contrats sans forme qui ont amené le prêteur à les sanctionner, en se fondant sur la bonne foi, car la notion de *fides*, au sens moral, ne suffisait plus à protéger le créancier. Le rôle de la bonne foi en droit romain reflète ainsi le souci du prêteur de trouver des solutions justes et de respecter, dans une certaine mesure, l'équité. CHARPENTIER Élise, « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, n° 26, 1996, p. 307-308. Ce texte est issu d'une communication au Colloque de réflexion en droit civil, La bonne foi : rôle et exigences, tenu à l'Université du Québec à Montréal,

⁸²⁵ CHEVREAU Emmanuelle, MAUSEN Yves, BOUGLE Claire, *Op. cit.*, p. 73.

⁸²⁶ Nous pensons que c'est la même fonction qu'aujourd'hui, car la bonne foi est devenue le premier prétexte du juge pour combler des lacunes dans les contrats. Pour engendrer des obligations pour les parties (l'exemple de l'obligation de l'information). Donc il faut vérifier si cette fonction arbitraire confiée au juge est conforme aux buts recherchés par la réforme du droit des contrats. C'est à dire, la suppression des principes directeurs permet-elle aux juges d'imposer de nouvelles obligations en vertu du seul principe de la bonne foi ? Et même si la réponse est positive (ce qui n'est pas notre avis) la bonne foi dans ce sens aujourd'hui est-elle compatible avec les contrats commerciaux qui ont d'autres objectifs ?

⁸²⁷ LEVY Jean-Philippe, CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, Dalloz Paris, 2002, p. 690-691.

pour contracter et exécuter. De plus la bonne foi avait la même fonction qu'aujourd'hui -la fonction complétive-, car elle est devenue le premier outil de juge pour combler des lacunes des contrats. Un outil qui engendre des obligations pour les parties.

452. Au fil du temps et avec le changement du principe de formalisme en faveur du principe consensuel, c'est le consentement qui devient important et qu'il a fallu protéger. Après les notions de **respect des engagements, de leur exécution sans fraude**, nous constatons l'émergence d'une conception plus large pour la bonne foi⁸²⁸. La bonne foi liée à l'équité peut obliger à prendre en compte tout ce qui est n'a pas été évoqué dans le contrat. C'est l'équité qui devient une source de l'obligation contractuelle que l'on voit dans l'article 1195 du Code civil. La bonne foi impliquait que chacun s'abstienne de tout abus, adopte un comportement raisonnable et modéré, n'agissent pas dans son intérêt exclusif ni ne nuise de manière injustifiée à son partenaire⁸²⁹.

Cette étude montre que la notion de bonne foi a évolué au fil du temps ainsi que sa fonction. En ce qui concerne la fonction, la bonne foi est toujours utilisée comme un outil de création de l'obligation. Sur cette question, il n'y a aucun changement. Par contre, nous pouvons constater que la notion, elle, est passée d'un sens très étroit à un sens beaucoup plus large. C'est la fonction complétive de bonne foi qui a donné plusieurs sens à ce concept.

453. Comme nous l'avons dit dans l'introduction de ce chapitre, nous sommes d'accord avec l'idée que les notions évoluent au fil du temps. La bonne foi n'est pas exclue de cette idée. Il ne faut pas agir abusivement, c'est la théorie générale de l'abus de droit qui le confirme en droit français. Il faut agir raisonnablement. Mais rendre un principe général, contraignant, qui permet de déterminer les obligations des parties, ne semble pas très judicieux car il élargit le pouvoir du juge. C'est une entrave à l'objectif de sécurité juridique. De plus, le dernier sens moderne de la bonne foi est en contradiction avec la nature d'un contrat commercial. Ne pas agir dans son intérêt exclusif. Nous pensons qu'on peut agir dans son intérêt exclusif tant qu'on ne nuit pas de manière injustifiée à l'intérêt de son partenaire. C'est la substance d'un contrat commercial dans un contexte concurrentiel.

Alors comment peut-on surmonter ces problèmes ? Est ce qu'il faut attendre que le législateur présente une définition légale de bonne foi et délimiter le contenu de ce principe ou

⁸²⁸ La conception de la bonne foi qu'on trouve dans l'Ancien droit, tel que décrite par Domat, reflète l'influence des philosophes, des théologiens et des canonistes, cf. CHARPENTIER Élise, *Op. cit.*, p. 311-318.

⁸²⁹ DEROUSSIN David, *Op. cit.*, p. 437-438.

il faut le nier complètement ? Dans le paragraphe suivant, nous présentons notre solution après la présentation de différentes solutions.

C) L'analyse des solutions

454. Après avoir cerné la problématique et l'évolution de la bonne foi, nous aborderons la réponse à ces problématiques et nous expliquerons notre théorie.

455. La première réponse avancée concernant le rôle de la bonne foi en droit des contrats est un rôle réduit. Pour certains, l'alinéa 3 de l'ancien article 1134⁸³⁰ n'avait pas d'utilité car il n'y a plus de contrat du droit strict⁸³¹. Mais ce courant de pensée se sert de la bonne foi comme d'un outil à l'interprétation du contrat⁸³². Il semble que la bonne foi ne soit pas utilisée dans le sens moral (elle a un fondement moral)⁸³³. Ce courant de pensée visant à limiter la bonne foi, appuie sur la fonction libérale du contrat et l'autonomie de volonté. Pour ce courant de pensée « la bonne foi contractuelle ne saurait suppléer la volonté de s'obliger, ni en faire nier l'existence quand elle s'est manifestée sans erreur ni violence »⁸³⁴.

456. Le deuxième courant de pensée utilise la bonne foi comme un outil du rééquilibre du contrat et il voit une forte nécessité de ce principe. Ce courant de pensée évoque la fonction sociale du contrat et il en déduit que la bonne foi justifie l'expansion du principe contractuel en domaine contractuel⁸³⁵. Cette théorie doit beaucoup à René Demogue qui voyait le contrat comme une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun⁸³⁶. C'est à dire que les parties ont pour but l'exécution du contrat. Elles doivent faciliter l'exécution du contrat.

457. La troisième solution consiste à « limiter le jeu de ce devoir (la bonne foi) aux prérogatives du créancier (droit conventionnel de rupture, agrément, révision

⁸³⁰ [Les conventions légalement formées] doivent être exécutées de bonne foi.

⁸³¹ Les contrats formels de droit romain.

⁸³² AUBERT Jean-Luc, FLOUR Jacques, SAVAUX Eric, *Op. cit.*, p. 399.

⁸³³ Cette approche est valide par rapport à la notion de la bonne foi dans l'art. 1034 du code civil avant la réforme. Après la réforme du droit des obligations, sous l'influence des jurisprudences, cette notion a plutôt une connotation morale. Cela dit il faut garder à l'esprit qu'en droit français l'équité existe comme une source d'obligation contractuelle dans l'art. 1195. Donc il faut expliquer la relation entre la bonne foi et l'équité et pourquoi il y a dans deux articles différents, deux notions si ressemblantes.

⁸³⁴ VOUIN Robert, *Op. cit.*, n° 44, p. 69.

⁸³⁵ TERRÉ François et al., *Op. cit.*, p. 487.

⁸³⁶ HOUTCIEFF Dimitri, *Op. cit.*, p. 347-348.

unilatérale...)⁸³⁷. Même si cette solution réduit considérablement, le recours à ce principe, elle nous paraît injuste car la bonne foi est applicable à toutes les parties. Le débiteur, lui-même doit d'exécuter sa dette conformément à la bonne foi.

458. Nous trouvons la solution du problème lié à la portée de la bonne foi contractuelle dans la distinction du contrat civil du contrat commercial. En effet, nous pensons que le sens et la fonction de ce principe doit varier dans la catégorie des contrats commerciaux en raison de la nature particulière de cette catégorie des contrats.

459. Avant d'expliquer notre position, il est nécessaire de préciser que, d'une manière générale, nous ne sommes pas contre la bonne foi dans les relations contractuelles. Nous sommes, seulement contre l'intégration d'un **principe général** de la bonne foi dans le code civil sans déterminer sa portée. Un principe qui devient un outil pour surmonter tous les problèmes d'un contrat. Nous sommes également contre l'intégration de cette notion dans le code civil en tant qu'un principe moral maximal car le code civil n'est pas un code moral. Quand on parle de la bonne foi, nous pouvons imaginer trois notions différentes : être de bonne foi, ne pas être de bonne foi et être de mauvaise foi. C'est la même chose que nous pouvons constater avec la notion de sincérité : on peut dire tout et sincèrement, on peut ne pas dire la vérité et pourtant ne pas mentir et puis on peut mentir.

Dans les systèmes juridiques fondés essentiellement sur des règles positives issues des organes de puissance publique, on attend du droit qu'il consacre au maximum les solutions que l'on croit justes. Nous pensons également que le droit et la morale peuvent s'entraider afin de garantir un minimum des règles morales dans la société. Mais comme M. Bergel, nous pensons que le droit envisage comme fin l'ordre dans la société alors que la morale poursuit la perfection individuelle⁸³⁸. C'est pourquoi une règle de droit doit garantir au moins le minimum d'une règle morale afin d'établir l'ordre dans la société. C'est pour cela que par rapport à la notion de la bonne foi, ce qui doit être condamné par le code civil c'est la mauvaise foi. D'ailleurs, la perception de la morale varie d'une personne à l'autre. En plus « toujours est-il que la bonne foi est une arme à double tranchant »⁸³⁹ si une partie se prévaut de la bonne foi afin d'exiger l'exécution du contrat de sorte qu'il l'arrange, l'autre partie pourrait appuyer sur la bonne foi pour que la même obligation ne soit pas exécutée en sa

⁸³⁷ MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, *Op. cit.*, p. 258.

⁸³⁸ BERGEL Jean-Louis, *op. cit.*, p. 52.

⁸³⁹ ROSCH Wolfgang, « La bonne foi est un principe général du commerce international que les parties ne peuvent ni exclure ni modifier », D., 2000, p. 448.

faveur.

Chacun est tenu de se comporter et d'agir selon la bonne foi dans la société. Des mécanismes sont également prévus dans le code civil afin d'engager la responsabilité civile dans le cas de la violation de la bonne foi⁸⁴⁰. Il est donc dangereux d'instaurer un principe général qui octroie un pouvoir arbitraire accru aux juges en matière contractuelle.

460. C'est pour cela que le nouvel article 1104 et sa nouveauté sont étranges pour nous. La nouveauté de cet article consiste à reconnaître la bonne foi comme un principe général applicable également à la phase de précontractuelle à savoir, la négociation du contrat. Ce principe suit, deux finalités différentes dans chaque phase de contrat. Dans la phase de l'exécution, la bonne foi garantit l'effet utile du contrat. Et dans la phase de négociation, il s'agit de protéger la volonté du cocontractant en lui permettant de s'engager en connaissance de cause⁸⁴¹.

L'application large de la bonne foi dans la phase de l'exécution (dans le sens de l'équilibre contractuel) est en contradiction avec l'effet utile d'un contrat commercial. Car, nous avons vu que le contrat commercial est un contrat entre deux commerçants dans le but de maximiser leurs bénéfices. Donc, il est supposé que les parties, étant des professionnels, connaissent très bien leur intérêt et il y a un équilibre entre eux. De la même manière, un devoir de bonne foi non défini et large constituera une entrave aux négociations commerciales. En effet, l'intégration d'un principe arbitraire, dans la phase de négociation, pourrait générer plusieurs difficultés et dissuader des parties dans la négociation. Ce qui empêchera la relation d'une négociation optimale.

Le principe est la liberté de contracter et seules sont interdites les manœuvres exécutées dans le but de nuire aux autres. Quand on regarde l'évolution législative, on s'aperçoit que l'obligation de la bonne foi dans la phase contractuelle avait été créée par la jurisprudence⁸⁴² et ensuite entrée dans le nouveau code. En l'espèce, il est interdit à une partie de faire croire **fallacieusement** à un accord possible⁸⁴³. Ce qui était interdit est une manœuvre fallacieuse. Une action dans le seul but de nuire à une autre personne. Nous pouvons nous poser la

⁸⁴⁰ Nous pensons en particulier de l'abus de droit et la faute intentionnelle.

⁸⁴¹ MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, *op. cit.*, p. 255.

⁸⁴² Cass. 1^{re} civ. 31 octobre 2012, n° 11-15.529, Publié au bulletin.

⁸⁴³ FAGES Bertrand, « L'évident principe de bonne foi dans les relations précontractuelles », *RTD civ.*, 2013 p. 109.

question de savoir si une telle action ne pourrait pas plutôt être condamnée au titre de la responsabilité civile. En effet, l'intégration d'un principe arbitraire, dans la phase de négociation, pourrait générer plusieurs difficultés. Le principe est la liberté de contracter et seules sont interdites les manœuvres exécutées dans le but de nuire aux autres négociations commerciales.

C'est pour ces raisons que nous pensons que la condamnation de mauvaise foi d'une manière générale et particulièrement dans les relations contractuelles est bienvenue mais la sanction du manquement de bonne foi surtout pour les contrats commerciaux est très utopique et même incompatible avec le but attendu du contrat par les contractants.

461. Une autre raison justifie également une portée différente pour la bonne foi dans les contrats commerciaux. En effet, les éléments qui peuvent remplir des lacunes d'un contrat en droit français sont énumérés à l'article 1194 du code civil à savoir, les volontés des parties, l'équité, l'usage et la loi. En droit français, la bonne foi est l'équivalent de l'équité en tant que source d'obligation⁸⁴⁴. Mais il faut garder à l'esprit que l'équité est la bonne foi objective⁸⁴⁵, il est donc très important de la considérer en fonction du contexte de chaque catégorie de contrats, des usages et des coutumes⁸⁴⁶. Autrement dit, l'équité ou la bonne foi objective exigent un comportement approprié en fonction de situations différentes. Le comportement qui est toléré dans un contrat commercial est différent de celui d'un contrat civil ou de consommation.

462. C'est ce que l'on comprend également des instruments internationaux. Le principe de bonne foi dans un contexte international est différent d'un contexte national. La jurisprudence de la CVIM⁸⁴⁷ ainsi que les principes d'Unidroit affirment cette autonomie⁸⁴⁸.

⁸⁴⁴ Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Terminologie contractuelle commun, p. 212.

⁸⁴⁵ La majorité des auteurs reconnaissent que la notion de bonne foi présente plusieurs facettes. La dualité de la notion de bonne foi s'entend généralement de la distinction faite entre la bonne foi - croyance erronée - et la bonne foi - norme de comportement. On utilise parfois le vocable « bonne foi subjective » dans le premier cas et le vocable « bonne foi objective » dans le second. LEFEBVRE Brigitte, « La bonne foi : notion protéiforme », Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, n° 26, 1996, p. 323-324.

⁸⁴⁶ Telle application de la bonne foi est recommandée également par les principes Unidroit.

⁸⁴⁷ ROSCH Wolfgang, *op. cit.*, p. 449.

⁸⁴⁸ LEFEBVRE Guy, « Bonne Foi dans la Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises », Revue Juridique Themis 27, 1993, n° 2, p. 561-580 ; ROBIN Guy, « Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux », International Business Law Journal, 2005, n° 6, p. 695-728 ; TRICOT Daniel, « La Bonne Foi dans les Principes d'Unidroit », Uniform Law Review, vol. 22, n° 1,

La référence à la “bonne foi dans le commerce international” précise d’abord que, dans le contexte des Principes, il ne faut pas appliquer le concept conformément aux critères habituellement adoptés dans les différents systèmes juridiques. En d’autres termes, ces critères nationaux ne peuvent être pris en considération que dans la mesure où ils se sont révélés généralement acceptés parmi les divers systèmes juridiques. La formule utilisée implique également qu’il faut analyser la bonne foi à la lumière des conditions spéciales du commerce international. Les critères de pratique des affaires peuvent, en effet, différer beaucoup d’une branche à une autre et, même dans une seule branche, ils peuvent être plus ou moins stricts selon l’environnement socio-économique dans lequel les entreprises opèrent, leur taille, compétence technique, etc.

Il convient de noter que lorsque les dispositions des Principes et/ou les commentaires relatifs font référence à la “bonne foi”, une telle référence doit toujours être entendue comme se référant à la “bonne foi dans le commerce international” ainsi que le précise cet article⁸⁴⁹.

463. Un dernier argument qui pourrait justifier notre position, c’est le caractère d’ordre public de ce principe. En regardant les instruments internationaux et certains instruments internes, nous constatons des dispositions qui interdisent aux parties de déroger au principe de bonne foi dans leur relation contractuelle ; celle-ci est une disposition de l’ordre public. On le sait, l’ordre public garantit l’intérêt général. Mais que peut être l’intérêt général international que la bonne foi protège ?

Quand nous regardons le champ d’application de la bonne foi dans ces instruments, nous pouvons constater que ces derniers sont généralement conçus pour les consommateurs. Quand cette disposition concerne les professionnels, ce sont des clauses particulièrement contraires à l’équité qui sont visées (clauses léonines). L’absence d’interdiction expresse de la bonne foi ne vaut pas l’autorisation de la mauvaise foi. Mais c’est un indice qui peut nous aider à cerner la portée de la bonne foi dans les instruments internationaux et les droits nationaux. Il semble que cet indice vise la fonction limitative de la bonne foi. C’est cette fonction qui affirme l’interdiction des clauses abusives entre les parties. Une interdiction qui protège l’intérêt général.

464. En résumé pour la catégorie des contrats commerciaux, nous retiendrons l’idée

2017, p. 116-121.

⁸⁴⁹ Commentaire 3 de l’art. 7 des Principes d’Unidroit concernant “Bonne foi dans le commerce international”.

des auteurs qui pensent que la bonne foi ne peut pas générer des obligations au-delà des volontés des parties. Cette idée interdit au juge ne doit pas fausser la volonté des parties en recourant au seul principe de bonne foi. Notamment, dans une économie du marché où la liberté du contenu du contrat a été garantie. C'est l'idée que l'arrêt du 10 juillet 2007 chambre commerciale cour de cassation affirme⁸⁵⁰. Mais pour la catégorie des contrats de consommation, nous pouvons imaginer un recours accru à la bonne foi afin de protéger le consommateur. Quand on regarde le droit français, cette fonction a généralement instauré des obligations dans les contrats de consommation à charge des professionnels. Les obligations de conseil, de mise en garde, d'information sont des obligations à la charge des professionnels⁸⁵¹. Ces obligations naissent parce que le monde technique et moderne d'aujourd'hui exige ces devoirs en faveur du consommateur, présumé ignorant et partie faible. C'est pour la même raison que les tribunaux acceptent les clauses de non responsabilité entre les professionnels de la même spécialité.

L'obligation de coopération tirée du principe de bonne foi, comme disent certains auteurs, avant d'être une nouvelle obligation, est une obligation logique issue du contrat. « Il nous semble bien plus logique, et plus réaliste quant à la volonté, de rattacher une simple prestation complémentaire à une obligation déjà existante, en raisonnant par exemple en termes de cause objective, plutôt que de découvrir laborieusement une obligation (nouvelle) dans le contrat en se référant à une notion incertaine comme le devoir d'exécuter les conventions de bonne foi »⁸⁵². Donc, on ne peut pas dire que le devoir de coopération doit son existence à la bonne foi.

Conclusion :

La bonne foi en tant que principe général, au moins dans un sens large, ne pourrait plus être applicable à tous les contrats, car les réalités économiques et les études d'économie du droit montrent que le contrat a plusieurs fonctions. Si le contrat de consommation existe pour satisfaire les besoins du consommateur, le contrat commercial a pour but de maximiser les

⁸⁵⁰ Cass. com. le 10 juillet 2007, n° 06-14.768; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties, la cour d'appel a violé, par fausse application, le second des textes susvisés et, par refus d'application, le premier de ces textes.

⁸⁵¹ LYONNET Bernard, « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », *Gaz. Pal.*, 2000, n° 340, p.15.

⁸⁵² ANSELME-MARTIN Olivier, *Op. cit.*, p. 6.

bénéfices des parties. Ce propos a été tiré de différents fondements du contrat et plus précisément l'analyse économique du droit et le solidarisme contractuel. Alors que le deuxième voit le contrat comme un microcosme où les parties ont un but commun, le premier « s'appuie sur l'idée que l'homme est un être rationnel mû par l'idée de maximiser le profit. Dans cet approche le contrat est considéré juste comme un outil de la maximisation du profit »⁸⁵³.

La morale dominante dans une relation contractuelle entre deux professionnels n'est pas la même qu'entre deux particuliers ou un professionnel et un consommateur. En droit interne français, la notion de bonne foi doit également être considérée avec le principe de force obligatoire du contrat et ses sanctions. Nous avons vu que la réforme du droit des contrats semble autoriser les dommages et intérêts dans le cas d'une résiliation unilatérale.

Si le législateur a accepté la résiliation ou les dommages et intérêts en parallèle de la sanction de l'exécution forcée du contrat, cette vision du contrat, dans la suite de la logique, restreint la portée de la bonne foi. Si un contractant de mauvaise foi cesse d'exécuter ses obligations contractuelles, il a violé tout d'abord son obligation d'exécution de bonne foi. Mais le législateur en permettant au cocontractant de résilier unilatéralement le contrat évoque l'idée selon lequel ce principe n'a pas été valorisé dans le code civil. A moins que le législateur, en citant une règle morale au sein du code civil, rappelle l'importance de la bonne foi dans les relations contractuelles.

La bonne foi en tant que règle morale, une règle de conduite de comportement est fortement conseillée dans les relations contractuelles mais en tant que principe général (un principe moral transformé en principe juridique général) sans déterminer son contenu est fortement dangereuse. La portée de ce principe doit être déterminée au fur et à mesure par le législateur. Ainsi, il paraît déraisonnable pour un juge de se servir de ce seul principe comme moyen pour créer des obligations contractuelles empiétant sur le principe de l'autonomie de la volonté et celui de liberté contractuelle. Les contrats de consommations semblent être une exception au recours limité à la bonne foi afin de créer de nouvelles obligations. Cela est autorisé dans le but de protéger la partie faible.

La bonne foi dans son sens très étendu se heurte à la concurrence accrue des acteurs commerciaux, il convient de l'écartier pour ces contrats et de restreindre son application aux contrats de la consommation. Au contraire, la bonne foi au sens de la coopération est

⁸⁵³ HOUTCIEFF Dimitri, *op. cit.*, p. 75.

compatible avec les contrats commerciaux et les contrats de consommation.

Chapitre II : La compétence exclusive du tribunal de commerce pour le contrat commercial autonome

465. A nouveau, on se rappelle que si l'objectif d'un pays⁸⁵⁴ est de favoriser le commerce, il faut garder à l'esprit que le commerce n'a point d'opinion politique. Le commerce se développe sous un système qui lui donne paix et sécurité ; il se resserre quand il n'a pas confiance. La seule leçon que la politique doit prendre en compte dans ses interventions législatives est le fait de minimiser son intervention. Elle doit le laisser faire, sans qu'il soit besoin de lui accorder des privilèges excessifs. Ce principe est aussi applicable en matière des juridictions commerciales⁸⁵⁵.

466. Il faut donc au commerce liberté et sécurité. Cette liberté implique plusieurs aspects. Il s'agit de la liberté de jouissance qui est admis en 1972⁸⁵⁶ ou du libre échange⁸⁵⁷ ou

⁸⁵⁴ Ces objectifs sont mentionnés dans le chapitre 3, *Cf. supra* n° 187 et s. Les instruments internationaux et nationaux dans ce sens sont nombreux et ils ont tracé toute la politique de notre pays. Au niveau international, les objectifs de l'UE ou les résolutions des Nations-Unies. Au niveau interne, on peut mentionner le dernier instrument est le pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi.

⁸⁵⁵ Les tribunaux consulaires ont apparu dans un contexte que le système judiciaires français souffrait de l'inefficacité d'une part, et la protection du commerce, la requête des commerçant ont convaincu les rois de distinguer certains tribunaux aux affaires commerciaux. GENEVOIS Ernest, Histoire critique de la juridiction consulaire, p. 35.

⁸⁵⁶ La liberté du commerce et de l'industrie est un principe fondamental issu de la période révolutionnaire. Il a été affirmé par la loi des 2 et 17 mars 1791 (dite décret d'Allarde) qui dispose qu'il « sera

de la liberté dans le sens d'une autonomie⁸⁵⁸ que nous avons expliqué. De la même manière, la sécurité implique plusieurs aspects. Il s'agit d'une sécurité matérielle qui consiste à protéger des marchandises et des services sur les routes. Il s'agit également aussi d'une sécurité morale qui consiste à protéger le consommateur et le marché via la transparence et la concurrence loyale. Et enfin une sécurité juridique, émanant des lois, qui permet aux commerçants d'avoir confiance aux institutions qui les protègent. La justice est en premier ligne de celles-ci⁸⁵⁹. Elle protège les rapports commerciaux à travers des lois. Une partie des lois qui traitent le fond des rapports juridiques et une autre qui traitent la modalité des prétentions des commerçants devant les juridictions d'État.

467. C'est d'ailleurs pour cette raison que les juridictions commerciales suivaient une autre logique que les tribunaux de droit commun dans le traitement des affaires commerciales⁸⁶⁰. Il faut respecter la productivité des capitaux, la rapidité de procédure, l'évitement des suspenses des opérations, la facilité et l'accessibilité des juridictions. Tout cela de sorte qu'elles satisfont la confiance de ceux qui leur remettent les litiges. Les litiges portant sur des intérêts pécuniaires à grande échelle⁸⁶¹.

libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ». Ce principe a été rendu effectif par la promulgation de la loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791 supprimant les corporations. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie a été réaffirmé depuis 1791. D'abord, par la loi Royer du 27 décembre 1793 qui dispose que « la liberté et la volonté d'entreprendre sont les fondements des activités commerciales et artisanales. Il l'a été également en droit communautaire à travers différents traités qui affirment la liberté d'établissement, de circulation des marchandises, des services, des personnes et des capitaux, lesquelles libertés sont autant de facettes du principe de la liberté du commerce. Il s'agit d'un principe fondamental de notre droit, ce que l'on appelle une liberté publique au sens de l'article 34 de la Constitution. Dans une décision du 16 janvier 1982 relative aux nationalisations (Cons. const., 16 janv. 1982), le Conseil constitutionnel y a vu une « règle à valeur constitutionnelle, précisément l'un des attributs de la liberté reconnue à tout homme par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ». Le Conseil d'État a également pu affirmer que la liberté du commerce et de l'industrie figurait au nombre des libertés publiques. Quant à la Cour de justice des communautés européennes, elle considère que le principe a un effet direct et qu'il doit prévaloir sur la règle de droit interne qui pourrait le contrarier. LUCAS François-Xavier, *Le droit des affaires*, PUF, Paris, 2005, p. 85-97.

⁸⁵⁷ Le libre-échange est un principe visant à faire progresser le commerce international en permettant une diminution des barrières tarifaires (droits de douane) et des barrières non tarifaires (quotas ou contingentements).

⁸⁵⁸ Nous défendons l'autonomie de contrat commercial de l'approche civiliste.

⁸⁵⁹ GENEVOIS Ernest, *op. cit.*, p. 29.

⁸⁶⁰ VOGEL Louis, RIPERT G., ROBLOT R., *Traité de droit commercial : Du droit commercial au droit économique*, p. 341.

⁸⁶¹ GENEVOIS Ernest, *op. cit.*, 1866, p. 29-30.

468. En effet, en France depuis 16^e siècle⁸⁶², les principales juridictions compétentes en matière commerciale sont les tribunaux de commerce⁸⁶³. Ce qui n'est pas choisi dans les autres pays du monde. Certains pays comme les États-Unis se refusent de reconnaître des juridictions spécifiques et certains comme l'Allemagne ou le Pays-Bas ont préféré des juridictions mixtes. C'est-à-dire, ce sont les chambres spécialisées des tribunaux civils ordinaires qui statuent sur les affaires commerciales. Cette donnée comparative ainsi que d'autres raisons que nous mentionnerons dans ce chapitre⁸⁶⁴ ont suscité des controverses concernant la compétence et l'organisation des tribunaux de commerce.

469. A cette problématique, soulevée par des études comparatives, il faut ajouter l'adaptation du système juridictionnel français aux enjeux économiques et juridiques internationaux contemporains. Le garde de Sceaux en Mars 2017 a décidé de promouvoir la place de la France, en prévoyant des juridictions spéciales afin de reconnaître les litiges issus des relations d'affaires internationales⁸⁶⁵. Cela est prévu dans le but d'améliorer l'attractivité des juridictions française dans le monde.

470. Enfin, le dernier défi de la Ministère de Justice est l'efficacité des juridictions. On peut l'observer dans la réforme de l'organisation judiciaire de 2019. Ainsi, nous pouvons identifier trois objectifs différents, à savoir, la réforme de la compétence des tribunaux de commerce, augmenter l'efficacité et l'attractivité de ces derniers. Dans ce chapitre nous essayons de répondre à cette question : comment la distinction du contrat commercial du contrat civil peut rendre possible la réalisation de ces objectifs.

471. Concernant au premier objectif, il est nécessaire de délimiter le cadre de notre étude. Deux niveaux d'analyse peuvent être envisagés concernant la compétence matérielle des tribunaux de commerce. Il s'agit tout d'abord une approche pluridisciplinaire afin de déterminer les rapports juridiques qui doivent leur être soumis. Par exemple, pourquoi la

⁸⁶² L'édit royal de 1563 pris sur l'initiative du chancelier Michel de L'Hospital

⁸⁶³ Cependant dans certaines zones en France existe des juridictions mixtes. Par exemple, dans les tribunaux de grande instance des départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, des chambres commerciales -survivance du droit allemand- et, dans les départements d'outre-mer, des tribunaux mixtes. De plus, dans les circonscriptions du territoire métropolitain où il n'existe pas de tribunal de commerce, ce sont les tribunaux de grande instance qui traitent des problèmes commerciaux.

⁸⁶⁴ Rapport de la commission constituée par le garde des sceaux, ministre de la justice et par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, La mixité dans les juridictions commerciales, 2 Avril 1999.

⁸⁶⁵ Ce projet est envisagé suite au vote des britanniques pour sortir de l'UE. La France en promouvant des juridictions de paris, souhaite prendre la place de Londres et devenir le premier choix des acteurs économiques afin de régler leurs litiges.

révision de bail commercial relève de la compétence d'une juridiction commerciale mais le contrat, lui-même relève de la compétence de juridiction civile⁸⁶⁶. Deuxième niveau, il s'agit de l'analyse des règles de compétence concernant un rapport juridique spécifique par des lois particulières (code de commerce, code de l'organisation judiciaire ou les autres lois spécifiques). Dans ce chapitre, nous nous contenterons de la compétence de juridiction commerciale en matière contractuelle. C'est-à-dire le contrat au sens général mais pas les contrats spécifiques. Nous avons déjà expliqué que le concept du contrat commercial ayant deux natures différentes, peut se rattacher au droit civil et le droit commercial. Cette bi-naturalité a également impacté les règles concernant la compétence des tribunaux. Certains contrats présumés commerciaux relèvent de la compétence des tribunaux de commerce et certains d'autres, à notre sens de nature commerciale, restent soumis aux tribunaux civils de droit commun. Nous l'analysons tout au long du chapitre le tribunal compétent à un contrat commercial sous deux aspects mentionnés. C'est-à-dire une telle catégorie des contrats relève ou pas d'un tribunal de commerce et ensuite pourquoi un tel contrat commercial ne relève pas de la compétence de ce tribunal.

472. Concernant au deuxième objectif, il faut rappeler que l'art. L261-1 du code de l'organisation judiciaire et l'article 721-1 du code civil confirme la tradition de droit français en ce qui concerne de l'attribution des juridictions spécialisé pour les affaires commerciales. Si nous comprenons dans quel but ces juridictions spécifiques ont été créées, nous pouvons alors l'organisation judiciaire pour les affaires commerciales internationales, notamment en matière contractuelle. Pour cela nous étudierons l'impact de la distinction du contrat civil du contrat commercial sur l'étendue de la compétence des tribunaux de commerce (**section 1**) et sur l'organisation judiciaire (**section 2**).

⁸⁶⁶ COJ, art. R. 211-3-26 :

Le tribunal judiciaire a compétence exclusive dans les matières déterminées par les lois et règlements, au nombre desquelles figurent les matières suivantes : [...]

11° Baux commerciaux à l'exception des contestations relatives à la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé, baux professionnels et conventions d'occupation précaire en matière commerciale ; [...]

Section 1 : La compétence matérielle des tribunaux de commerce

473. Les tribunaux de commerce appartiennent à l'ordre judiciaire car a priori ils tranchent des litiges entre les particuliers ou les rapports relevant de droit privé⁸⁶⁷. Le code de l'organisation judiciaire a envisagé plusieurs juridictions d'attribution : le tribunal judiciaire, le tribunal de commerce, le tribunal correctionnel, le tribunal maritime, le tribunal de force armée etc.⁸⁶⁸.

474. Le critère d'attribution utilisé pour répartir les juridictions d'ordre judiciaire est parfois net et précis. Par exemple, en matière pénale, c'est l'infraction, en matière maritime, c'est un critère géographique, et en matière de force de l'ordre, un critère personnel permet au justiciable de saisir le tribunal compétent. Mais ce critère n'est parfois pas très précis. C'est le cas du tribunal de commerce. L'alinéa 3 de l'article L.721-3 du code de commerce dispose que toutes les contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes sont soumises aux tribunaux de commerce et de l'autre côté, nouveau article L.211-3⁸⁶⁹ du code de l'organisation judiciaire dispose que le tribunal judiciaire connaît de toutes les affaires [...] commerciales pour lesquelles compétence n'est pas attribuée, en raison de la nature de la demande, à une autre juridiction.

Comme nous pouvons remarquer ces deux dispositions ne sont pas compatibles car la première permet à la juridiction commerciale connaître les litiges relatifs à toutes les affaires commerciales entre toutes personnes alors que la deuxième permet au tribunal judiciaire de connaître tous les litiges relatifs aux affaires commerciales qui ne sont pas attribués à une autre juridiction. Or, nous savons qu'une affaire, soit elle est commerciale selon l'article L.110 du code de commerce et elle sera soumise au tribunal de commerce soit, elle ne l'est pas et elle peut donc être soumise à une autre juridiction. Autrement dit, une affaire ne peut être en même temps commerciale et non-commerciale et par conséquent ne peut à la fois pas être soumise au tribunal judiciaire et tribunal commercial⁸⁷⁰.

⁸⁶⁷ Cette dualité juridictionnelle trouve son origine dans la loi des 16 et 24 août 1790 et du décret du 16 fructidor an III, fondement de la dualité des ordres de juridiction en France, qui sont séparés en un ordre administratif et un ordre judiciaire.

⁸⁶⁸ COJ, art. L. 261-1.

⁸⁶⁹ Suite à la réforme de 2019 du code de l'organisation judiciaire.

⁸⁷⁰ Cette confusion est issue à la réforme du code de l'organisation judiciaire en 2019. Ce qui montre davantage la négligence du législateur par rapport à la compétence de tribunal de commerce.

Nous pouvons également remarquer l'imprécision de répartition de la compétence entre le tribunal judiciaire et le tribunal commercial en matière contractuelle. En effet, comme nous avons dit au premier chapitre, le contrat peut être considéré commercial ou civil et il n'y a pas de critère précis pour procéder à cette distinction. Par conséquent, il se peut que les deux juridictions se déclarent compétents en même temps. Tel est le cas notamment en matière des contrats internationaux au moins sur le plan théorique. A priori ses contrats relèvent de la compétence des tribunaux de commerce et des tribunaux judiciaires car ils remplissent la condition de la compétence des deux tribunaux. Cependant, pour des raisons historiques ils ont toujours été portés devant les tribunaux judiciaires (anciennement le tribunal Grande Instance).

475. Il ne faut pas confondre cette problématique (le conflit entre juridiction civil et commercial issu d'un manque de définition pour le contrat commercial et l'imprécision des lois relative de la compétence des tribunaux en matière contractuelle) avec celui des actes mixtes. Pour ces derniers, le tribunal judiciaire et le tribunal de commerce sont à la fois compétents. La première hypothèse relève du domaine de probabilité. C'est-à-dire que l'imprécision du législateur permet aux justiciable de saisir l'un ou l'autre tribunal. Alors que la deuxième relève du domaine de possibilité. Le législateur a reconnu pour le justiciable la possibilité de saisir le tribunal devant lequel il souhaite présenter son litige.

476. Nous verrons dans un premier temps les raisons qui ont provoqué cette confusion (A) et ensuite comment la distinction du contrat commercial du contrat civil peut être considérée comme une solution pour cette confusion (B).

A) Les raisons de la confusion de la compétence des tribunaux de commerce en matière contractuelle

477. La confusion de la compétence que nous avons montrée ci-dessus ne s'est pas créée en un jour. Il y a plusieurs causes qui y ont participées. Les modifications consécutives du code de commerce et du code de l'organisation judiciaire⁸⁷¹, le changement de mentalité

⁸⁷¹ Si l'organisation judiciaire contemporaine est héritière de la loi des 16 et 24 août 1790 et de la Révolution française, elle résulte, dans ses équilibres actuels, de la réforme conduite en 1958 par Michel Debré. L'ordonnance n° 58-1273 du 22 décembre 1958 relative à l'organisation judiciaire a ainsi créé les actuels tribunaux d'instance et de grande instance et réformé l'organisation et la compétence des cours d'appel. Depuis cette date, des aménagements ont eu lieu avec, notamment, la création du code de l'organisation judiciaire en 1978, et enfin la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la Justice, promulguée le 23 mars 2019, ont modifiée l'organisation des juridictions (Projet de loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice).

du législateur depuis XIV^{ème} siècle, le déclin de l'importance de notion de l'obligation et l'apparition du concept de contrat comme le sujet centrale des rapports juridiques privés, l'émergence de droit de la consommation et le droit européen et enfin le développement du commerce international et la multiplication des contrats commerciaux internationaux nécessitaient la révision de la compétence des tribunaux de commerce en matière contractuelle. Une tâche qui était délaissé de la part du législateur. Nous étudions ces facteurs de la confusion du tribunal de commerce en deux temps ; les causes formelles de la confusion (a) les causes substantielles de la confusion (b).

a) Les causes formelles entraînant la confusion de la compétence du tribunal de commerce en matière contractuelle

478. Pourquoi reprochons-nous aux réformateurs du code de commerce et du code de l'organisation judiciaire d'être à l'origine de la confusion du champ de l'attribution des tribunaux de commerce ? car à priori ils n'ont pas procédé à des changements substantiels au sein de la compétence d'attribution !

479. Le destin de la compétence des tribunaux de commerce est mouvementé⁸⁷². Historiquement, le Titre II du quatrième livre du code de commerce de 1807 déterminait la compétence des tribunaux de commerce⁸⁷³. En 1991, la loi N° 91-1258 du 17 décembre 1991⁸⁷⁴ prévoit la modification du code de l'organisation judiciaire. Cependant per l'erreur du législateur, la loi abroge les dispositions du code de commerce relatives aux compétences des tribunaux et oublie de les intégrer au sein du code de l'organisation judiciaire. La raison pour laquelle entre 1991 et 2001 les tribunaux de commerce continuent à statuer sur des litiges sans fondement légale. En effet, c'est la loi NRE N° 2001-420 du 15 mai 2001⁸⁷⁵ rétablit rétroactivement les dispositions du code de l'organisation judiciaire relatives aux compétences des tribunaux de commerce pour donner une base légale à toutes les décisions prises par les tribunaux de commerce depuis 1991⁸⁷⁶. Presque dix ans sans loi officielle qui justifie les

⁸⁷² ARMAND-PRÉVOST Michel, Fonctionnement et enjeux des tribunaux de commerce au cours des XIX^e et XX^e siècles, « Histoire de la justice », 2007, n° 17, p. 129-144.

⁸⁷³ Les articles 631-641 du code de commerce de 1807

⁸⁷⁴ Loi conférant aux chefs de cour le pouvoir de déléguer des magistrats du siège de la cour d'appel pour exercer des fonctions judiciaires dans les tribunaux du ressort de la cour d'appel, modifiant le code de l'organisation judiciaire (partie Législative) et donnant force de loi audit code.

⁸⁷⁵ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, J.O., n° 113,16 mai 2001.

⁸⁷⁶ Rapport n° 257 (2000-2001) de M. Philippe MARINI, fait au nom de la commission des finances,

décisions des tribunaux de commerce. De plus, l'ordonnance de l'an 2000 a instauré un nouveau code de commerce alors que les tribunaux qui devaient appliquer les règles de droit commercial n'ont pas de base légale. Nous ne savons pas comment doit-on interpréter cette attitude du législateur envers ces tribunaux. Mais ce qui est sûr, nous ne pouvons pas constater une affection. Ce qui est vraiment dommage pour ces institutions historiques. Il faut attendre alors le 15 mai 2001 pour que le législateur détermine à nouveau la compétence d'attribution des juridictions commerciales dans les articles L.411-1 jusqu'à L.411-7 du code de l'organisation judiciaire. N'étant pas satisfait de ses modifications, il replace ses dispositions au sein du code de commerce⁸⁷⁷. Après cette partie historique, nous expliquerons pourquoi la modification formelle⁸⁷⁸ de l'an 2001 entraîne une confusion dans la compétence d'attribution.

480. L'article 631 de l'ancien code de commerce disposait que *les tribunaux de commerce connaîtront,*

1. *De toutes contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchandise et banquiers ;*
2. *Entre toutes personnes, des contestations relatives aux actes de commerce.*

Et à la suite, les articles 632, 633 énuméraient les actes de commerce.

Après la réforme du code de l'organisation judiciaire en 2001, la loi⁸⁷⁹ disposait que :

Les tribunaux de commerce connaissent :

1° Des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit ou entre eux ; [...]

3° De celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes.

Et nous savons que les actes de commerce ont été déjà codifiés au premier article du nouveau code de commerce.

481. La comparaison entre ces dispositions avant et après la réforme nous montrent

déposé le 5 avril 2001, p. 143.

⁸⁷⁷ L'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 (art. 4) portant refonte de la partie législative du code de l'organisation judiciaire (JO 9 juin).

⁸⁷⁸ Elle est formelle car le législateur change a priori, la place des articles d'un code à l'autre.

⁸⁷⁹ Art. L. 411-4 du code de l'organisation judiciaire de 2001.

une mise à jour de vocabulaire et modifications de l'ordre de phrase⁸⁸⁰. Rien n'est supprimé et seulement les dispositions énumérant des actes de commerces ont été déplacées dans un autre endroit (le code de commerce). Ce qui semblerait ne pas mettre en cause le domaine de la compétence des tribunaux. Surtout qu'en 2006 toutes ces dispositions sont à nouveau placées dans le même code.

A première vue, ce changement a apporté quelquefois aux dispositions codifiées des modifications de pure forme qui n'en affectent pas le fond⁸⁸¹. De plus, le but de ce changement est de regrouper la compétence matérielle des tribunaux de commerce au sein du même code que celle des tribunaux civils afin d'augmenter l'intelligibilité

482. Nous pensons qu'il ne faut pas s'arrêter sur une interprétation formelle de ces dispositions, et il est judicieux de comprendre le contexte de ces dispositions pour une interprétation plus correcte à notre sens.

En effet, en 1807 les tribunaux de commerce ont été considérés comme des juridictions d'exception⁸⁸². Voilà pourquoi, quand il s'agissait de déterminer la compétence de ces tribunaux, on a procédé par voie d'énumération, on a énoncé les différentes natures d'affaires qu'on entendait soumettre à leur juridiction.

Les auteurs de droit commercial expliquaient que le législateur s'est fondé sur trois critères afin de déterminer la compétence des tribunaux de commerce, à savoir :

- 1° la nature des actes ;
- 2° la qualité des personnes ;
- 3° ces deux données réunies.

⁸⁸⁰ Le mot commerçant au lieu des négociants et des marchands.

⁸⁸¹ Rapport au Président de la République du 18 septembre 2000 relatif à l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du code de commerce.

⁸⁸² Ce principe et son évolution dans l'ordre juridictionnel français est intéressant et mérite une étude approfondie car il semble que le législateur n'a pas tranché consciemment sur cette problématique. Si, dès la création des tribunaux de commerce, ces derniers ont été considérés comme des juridictions d'exception, ce n'est plus le cas après la confection du premier code de l'organisation judiciaire en 1978. Cette loi considère les tribunaux de commerce comme une juridiction spécialisée. Evidemment, le concept d'un tribunal spécialisé n'est pas en contradiction avec celui d'un tribunal d'exception. Cependant, la suppression du principe d'exception du tribunal de commerce a rendu difficile l'interprétation des lois concernant la détermination de sa compétence pour de nouvelles affaires. Après la réforme du code de l'organisation judiciaire, le législateur reconnaît la compétence générale des tribunaux judiciaires (art. L211-3) mais ne fait aucune référence à la spécialisation des tribunaux de commerce.

En d'autres termes, la compétence des tribunaux de commerce est, suivant les cas, réelle, personnelle ou mixte. De plus, les travaux préparatoires du code de commerce prouvent que le premier souci de législateur était de trouver le domaine de compétence des tribunaux de commerce. A la fin d'une longue consultation des professionnels que le législateur décide de donner compétence aux tribunaux de commerce en raison de la nature des actes, c'est-à-dire les actes qui sont réputés commerciaux, ou d'après leur nature propre (632,633), ou à raison de la qualité de celui qui les a faits (631), ou en considération tout à la fois de la nature propre de l'acte en lui-même et de la qualité personnelle⁸⁸³.

Comme nous pouvons remarquer, la logique du législateur est bien claire et permettait aux juristes de bien comprendre le domaine d'application de chaque règle. En effet, à cette époque, les tribunaux civils sont compétents pour statuer en matière de droit privé sur toutes les contestations dont la connaissance ne leur a pas été retirée. Alors que les tribunaux de commerce ne peuvent connaître que des contestations dont la connaissance leur a été expressément attribuée par la loi. C'est pour cela que les chefs de compétences étaient minutieusement énumérés dans le livre IV du code de commerce de 1807. Les règles d'interprétation aussi permettaient l'articulation entre ces dispositions avec les dispositions applicables aux juridictions ordinaires.

483. En 2001, en répartissant les dispositions de ce livre, le législateur déchire la cohérence entre les articles. En enlevant des actes de commerce à la suite de l'article 721-3 du code commerce actuel, le législateur ébranle, avant tout, le domaine de la compétence des tribunaux de commerce. Certes, ces actes sont maintenus au sein du code de commerce mais ils ne sont plus considérés comme un repère afin de connaître la compétence des juridictions. Ils sont un moyen afin de repérer les commerçants.

De plus, il est beaucoup plus regrettable qu'il met non seulement un chaos au sein des dispositions de la compétence mais il ne fait aucun effort pour moderniser ou prévoir de nouveaux chefs de compétence. Le travail résume en un bricolage de l'article. C'est le cas des actes mixtes.

b) Les causes substantielles de la confusion des tribunaux de commerce en matière contractuelle : le changement du contexte

484. La confusion de la compétence des tribunaux de commerce n'est liée non

⁸⁸³ BRAVARD-VEYRIERES, Pierre-Claude-Jean-Baptiste, Traité de droit commercial, Chevalier-Marescq et Cie, 2^e éd., Paris, 1892, revue et augmentée par Ch. Demangeat, T. VI, p. 231.

seulement à la négligence du législateur mais aussi au changement radical de la société pendant ces deux derniers siècles.

485. La bataille de la compétence entre les juridictions consulaires et les juridictions ordinaires ne date pas aujourd'hui. En effet, il paraît que la création des tribunaux consulaires en 1573 n'a pas fait plaisir à tout le monde et notamment les juges des juridictions ordinaires. Ces derniers, privés d'une source importante de revenus, ont interprété des lois afin d'élargir leur compétence sur les affaires commerciales⁸⁸⁴. Nous avons déjà parlé de l'hégémonie des juristes civilistes sur les affaires de droit commercial et en particulier les contrats commerciaux⁸⁸⁵. Nous pouvons constater cette domination en matière de procédure également. Il fallait attendre le Premier Consul pour que Napoléon fixe la compétence des tribunaux de commerce. Le procès de codification est assez intéressant. En effet, Napoléon, très pragmatique en matière commerciale, épargne l'avis des jurisconsultes dans la préparation du projet du code de commerce⁸⁸⁶. Les tribunaux de commerce, les cours d'appel et la cour de cassation ont été également invité de déposer leurs observations concernant le projet. Ce qui permettait de distinguer clairement la compétence entre ces deux types de juridictions.

486. De plus, comme nous l'avons expliqué ci-dessus, cette logique fondée sur la qualité des personnes et la nature des rapports. Le code de commerce n'évoque jamais la notion de contrat pour déterminer le domaine de la compétence. Il évoque seulement l'idée des engagements. C'est-à-dire des obligations. Et comme nous l'avons déjà montré⁸⁸⁷, à cette époque-là, il n'y avait pas de différence entre l'obligation civile et l'obligation commerciale. C'est donc tout à fait normal qu'il n'y avait pas de confusion relative à la compétence des tribunaux en matière commerciale.

487. Cependant, c'est la notion de contrat qui a pris, depuis un siècle, plus d'ampleur dans le domaine de droit et économie de sorte qu'il a effacé la notion de l'engagement ou l'obligation. En quelque sorte cette dernière a été remplacée par le concept de contrat⁸⁸⁸. Ce bouleversement conceptuel a joué un rôle important dans la confusion de la compétence

⁸⁸⁴ GENEVOIS Ernest, *op. cit.*, p. 80.

⁸⁸⁵ Cf. *supra*, n° 65.

⁸⁸⁶ Dans la commission chargée de préparer le projet du code de commerce, il existait seulement un juriconsulte. Les autres membres sont versés dans la pratique des affaires.

⁸⁸⁷ Cf. *supra*, n° 172.

⁸⁸⁸ Le nombre important des travaux consacrés à la théorie générale du contrat à notre époque en comparaison avec ceux consacré à la théorie générale des obligations prouve l'importance du concept de contrat. Dans ce sens cf. *supra* n° 288.

matérielle des tribunaux de commerce. Nous pouvons même observer cette tendance dans les vocabulaires utilisés par les législateurs. Si le code de commerce 1807 parlait des « engagements » entre les commerçants, le code civil de 1804 parlait également de « l'obligation » conventionnelle. A cette époque, le législateur insistait sur le concept de l'obligation ou l'engagement. Par conséquent, le juriste civiliste, au sens étroit, ainsi que le juriste commercialiste se préoccupaient avant tout d'identifier l'obligation et ensuite en fonction de caractère commercial ou civil de l'obligation, ils déterminaient la juridiction compétente. Alors qu'aujourd'hui si le code civil parle de « contrat », le code de commerce a conservé le même ordre d'idée que 1807 et il parle des « engagements ». C'est pour cela que quand le juriste civiliste souhaite connaître le tribunal compétent pour tel ou tel contrat, il se crispe par la logique de compétence annoncé dans le code de commerce. Aujourd'hui on parle de contrat de consommation, de contrat international, de contrat public, de contrat commercial et de contrat civil, mais le critère de la compétence de juridiction commerciale ne répond plus à ce paradigme⁸⁸⁹.

488. Comme on vient de constater cette confusion a été engendré par l'expansion du phénomène contractuelle, par la mondialisation et le régionalisme et par socialisation du contrat.

489. **Les contrats de consommations**- Durant le XXème siècle et l'émergence de droit de la consommation, une nouvelle catégorie de litige se voit multiplier. Il s'agit des litiges entre un des commerçants (professionnel) et les particuliers (le consommateur). La nécessité de la protection de la partie faible contre la partie forte ne se limitait pas aux règles de fonds. Il fallait un fondement juridique qui justifie la compétence des tribunaux civils pour les contrats de consommations. Car ces contrats rentraient principalement dans le domaine des actes de commerce et par conséquent le tribunal de commerce était compétent. Par exemple, les contrats de crédits (domaine de la banque), les contrats de prestation de service (contrat de fourniture). Nous savons également que les juges de ces tribunaux sont des commerçants et ces derniers appliquent notamment les usages commerciaux. Dans telle situations, la partie non-professionnelle était privée des règles écrites et protectrices.

490. La doctrine et la jurisprudence, créant la notion de l'acte mixte, essayent de surmonter ce problème. L'acte de mixte est l'acte selon lequel une partie est un commerçant et

⁸⁸⁹ Cependant, nous pouvons observer qu'après la réforme de 2020, le juge des contentieux de la protection est compétent en matière de crédit à la consommation. Cf., COJ, art. L. 213-4-5.

l'autre partie est particulier⁸⁹⁰. Cette catégorie de l'acte ne figure pas dans le code de commerce. Cette invention était en quelque sorte une violation de l'article 632 du code de commerce de 1807. Car, le code de commerce attribuait la compétence à la juridiction commerciale relative aux actes de commerce **entre toutes personnes**. Les actes de commerce ont également été définis à l'article 632 de C.com. En application de ces règles, un contrat de crédit relevait du domaine de la banque et donc il était un acte de commerce et par conséquent, le litige lié à ce type de contrat entre toutes personnes (commerçant ou non commerçant) entraient dans la compétence de tribunal de commerce. En effet, c'est une nécessité sociale qui a entraîné la modification de l'application de cet article.

491. Ce qui nous paraît étrange, ce n'est pas seulement la violation de l'article 632 de l'ancien code de commerce mais aussi le fondement utilisé afin de décliner la compétence des tribunaux de commerce. En effet, le principe utilisé est le principe de distributivité selon lequel le droit commercial s'applique à la personne pour qui l'acte est commercial, et le droit commun à celle pour qui l'acte est civil⁸⁹¹. Pour mettre en œuvre ce principe de compétence, la jurisprudence et la doctrine ont pris en compte la nature civile ou commerciale que l'acte revêt pour la partie défenderesse.

Si l'acte mixte est commercial à l'égard du demandeur et civil à l'égard du défendeur, le litige doit être porté devant le tribunal civil, exclusivement compétent⁸⁹². Si le commerçant demandeur assignait la partie civile devant le tribunal de commerce, il pourrait se voir opposer par cette dernière une exception d'incompétence⁸⁹³. Mais la juridiction consulaire saisie à tort par la partie commerçante ne peut relever d'office son incompétence lorsque l'autre partie n'a pas décliné cette compétence⁸⁹⁴.

⁸⁹⁰ VOGEL Louis, RIPERT G., ROBLOT R., *Op. cit.*, p. 330 ; PEDAMON Michel, KENFACK Hugues, *Droit commercial*, Dalloz, 4^e éd., 2015, Paris, p. 216-220; MESTRE Jacques, PANCRACI Marie-Eve, ARNAUD-GROSSI Isabelle et al., *Op. cit.*, p. 83-87 ; LEGAIS Dominique, *Droit commercial et des affaires*, SIREY, 27^e éd., Paris, 2021, p. 32 ; DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, BLARY-CLEMENT Edith, *Op. cit.*, p. 136-143 ; HOUTCIEFF Dimitri, *Droit commercial*, SIREY, 4^e éd., *Droit commercial*, 2016, p. 195-200.

⁸⁹¹ *Idem.* les sources ci-dessus. et F. DEKEUWER-DEFOSSEZ et E. BLARY-CLÉMENT, *op. cit.*, n° 135

⁸⁹² Civ. 6 mai 1930, DH 1930. 363 ; Civ. 22 juin 1943, DC 1944. J. 83 ; Poitiers, 8 janv. 1981, Gaz. Pal. 1981. 1. 387, note J. Rozier, RTD com., 1981, p. 521, obs. J.-C. Dubarry ; Aix-en-Provence, 25 sept. 2008, n° 08/06196, Malika X... épouse Y... c/ SARL Espaces conseils, Service Documentation C. cass. [www.legifrance] ; Bordeaux, 19 juin 2006, JCP 2007. IV. 1394.

⁸⁹³ Cass. com. 24 oct. 1995, n° 94-10.661, Bull. civ. IV, n° 258 ; Aix-en-Provence, 25 sept. 2008, n° 08/06196, préc.

⁸⁹⁴ C. pr. civ., art. 92 ; CA Orléans, 27 décembre 2001, RJDA, 12/2002, n° 1342.

Si le commerçant est en position de défendeur, la jurisprudence laisse à son adversaire le choix entre le tribunal civil et le tribunal de commerce, juge naturel du commerçant⁸⁹⁵.

492. Ce fondement est étrange dans la mesure où la réponse à cette question déjà existait dans le code de commerce. Il s'agit de l'ancien article 638 du code de commerce (art. L.721-6 C. Com en vigueur) au terme duquel :

*Ne sont pas de la compétence des tribunaux de commerce les actions intentées contre un propriétaire, cultivateur ou vigneron, pour vente de denrées provenant de son cru, ni les actions intentées contre un commerçant, pour paiement de denrées et marchandises achetées pour son usage particulier*⁸⁹⁶.

493. Ainsi, si on veut reprendre notre raisonnement, la jurisprudence ou la doctrine n'avait pas besoin d'inventer une nouvelle catégorie de l'acte et en plus d'inventer le principe de distributivité. Ils devraient exclure de la compétence de tribunal de commerce tous les contrats entre un commerçant et un particulier en se basant sur l'article 638 et recourir à un raisonnement *a fortiori*. Si le tribunal de commerce n'est pas compétent pour connaître les actions tentées contre un commerçant pour ces contrats conclus pour son usage particulier, *a fortiori* il n'est pas compétent pour connaître les actions tentées contre un particulier pour les usages particuliers.

Cette interprétation est plus cohérente avec l'objectif de protection de consommateur. Car dans ce cas il y a une interdiction absolue pour le tribunal de commerce de connaître les litiges entre un commerçant et un particulier. Car dans l'état actuel, comme nous avons expliqué plus haut, si le particulier ne soulève pas l'exception de l'incompétence du tribunal de commerce, ce dernier sera compétent.

494. Nous ne rentrons pas dans le détail de la confusion, engendré par le code de commerce de 1807, concernant la compétence de tribunal de commerce. En effet la rédaction de l'art.632 qui soumettait à la juridiction commerciale les litiges relatifs aux actes de commerce entre toutes personnes était également en contradiction avec l'article 638. Cette contradiction doit être comprise au fait qu'après la Révolution 1789 et la liberté de commerce,

⁸⁹⁵ Cass. civ. 6 mai 1930, D.H., 1930, p. 363 ; Civ. 22 juin 1943, DC 1944. J. 83 ; Paris, 15 oct. 1962, RTD com. 1963. 551, obs. M. Boitard ; Paris, 5 oct. 1964, D. 1965. Somm. 30 ; Com. 20 juill. 1965, D. 1965. 581 ; Paris, 24 nov. 1988, Juris-Data n° 026392.

⁸⁹⁶ Cette solution est codifiée dans la législation commerciale depuis 1610. En effet cet article est l'héritage de la déclaration 2 octobre 1610. Cette dernière interdit au tribunal consulaire de connaître les litiges non commerciaux.

le législateur voulu insister sur le fait que le commerce est accessible à tout le monde mais pas seulement les commerçant (corporations). Sinon nous pensons que l'article L721-3 (ancien 632) doit toujours être comprendre en considération de l'article L.721-6 (ancien 638).

495. **Les contrats commerciaux internationaux.** Nous avons vu que depuis la dernière moitié de XXème siècle, le commerce international s'est fleuri dans le monde⁸⁹⁷. Ce qui a engendré l'expansion des contrats internationaux. Différents aspects de ces contrats, et en particulier la loi applicable, le régime juridique et les modes de règlement de différends font l'objet de plusieurs législations en France et dans le monde⁸⁹⁸. Cependant, aucune loi ne s'est pas prononcée sur la compétence du tribunal compétent à l'intérieur de l'ordre judiciaire français. Cette tâche a été confiée, ou justement dit, a été délaissée à la charge des législations nationales. Donc, en France, afin de trouver le tribunal compétent en matière des contrats internationaux, il est nécessaire de se référer aux sources de droit interne. Cette recherche correspond à la fois à la compétence matérielle et la compétence territoriale.

496. Les contrats commerciaux recouvrent un large éventail des espèces de contrats. Pour les contrats conclus entre les ressortissants des membres de l'Union Européenne, le règlement Bruxelles I bis⁸⁹⁹ désigne le tribunal compétent celui du lieu de domicile de défendeur⁹⁰⁰. Pour les contrats internationaux conclus entre un français et les ressortissants non européens, c'est la règle de la compétence territoriale prévu dans le code de la procédure civile qui sera applicable.

497. Nous avons également déjà vu que le tribunal de conflit et la cour de cassation a déjà eu l'occasion de se prononcer concernant les contrats internationaux entre une personne française de droit public et une personne étrangère. Ce sont les tribunaux de l'ordre judiciaire qui sont compétents mais pas ceux d'ordre administratif. Cependant, il ne s'est pas prononcé sur la compétence d'attribution à l'intérieur de l'ordre judiciaire, il n'y a avait aucune discussion.

⁸⁹⁷ Cf. *supra* n° 187.

⁸⁹⁸ Nous pouvons citer à titre d'exemple les règlements de Rome I et II concernant la loi applicable au contrat et la convention de la vente internationale de marchandise.

⁸⁹⁹ Règlement (UE), n° 1215/2012, du parlement européen et du conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Le 10 janvier 2015 est entré en vigueur le nouveau règlement « Bruxelles I Bis » adopté le 12 décembre 2012 par le Parlement et le Conseil européen. Ce règlement remplace le règlement « Bruxelles I » qui avait été adopté le 22 décembre 2000.

⁹⁰⁰ Règlement (UE), n° 1215/2012, préc., art.4.

498. Concernant les contrats internationaux entre deux personnes privées, aucune disposition du code de procédure civil de napoléon et celui de 1974 et le code de l'organisation de 1978 n'attribuait la compétence exclusive ou générale aux de grande instances (actuellement tribunal judiciaire). Cependant, c'est le tribunal de grande instance qui se déclarait toujours compétent. Plus spécifiquement, ils ne se prononçaient spécialement pas sur la compétence. En effet, aucune partie ne soulevait pas l'incompétence de tribunal grand instance.

499. Même si nous acceptons que le défaut de législation en matière de la compétence d'attribution relative aux litiges des contrats internationaux s'expliquerait par la nouveauté de ce phénomène ; il reste une autre question importante. Sur quel fondement les tribunaux de grande instance se déclaraient compétents⁹⁰¹ ?

500. Nous pensons qu'il y a deux raisons qui peuvent expliquer la compétence de tribunal de grande instance (actuellement tribunal judiciaire). Ces mêmes raisons qui sont aujourd'hui la source de la confusion de la compétence entre les tribunaux de commerce et les tribunaux civils en matière contractuelle. Il s'agit de la définition du contrat international et de la nature des contrats internationaux qui se présentaient devant le tribunal de grande instance.

501. **Tout d'abord la nature des litiges :** la plupart des litiges à l'occasion desquels une partie soulevait l'incompétence des juridictions françaises en matière des contrats internationaux relevait du droit de la famille. C'est-à-dire il s'agissait du divorce, de la séparation du corps, du régime matrimonial etc. Etant donné que les tribunaux civils avaient une compétence exclusive dans les matières d'état des personnes (mariage, divorce, séparation de corps, filiation) et de régimes matrimoniaux⁹⁰²⁹⁰³, le tribunal de grande instance se déclaraient compétents. La preuve de cet argument est l'arrêt Scheffel de la Cour de cassation qui se considère comme la base légale de la compétence des juridictions civiles pour

⁹⁰¹ Nous pouvons observer que MAYER Pierre, HEUZE Vincent, REMY Benjamin, Droit international privé, LGDJ, 12^e éd., Paris, 2019, p. 197-198 ; Cachard Olivier, Klötgen Paul, Droit international privé, Bruylant, 8^e éd., 2019, p. 45 ont distingué deux questions différentes concernant la compétence des tribunaux français en droit international privé. La première question, relevant de la compétence territoriale, détermine le tribunal compétent parmi plusieurs ordres juridictionnels nationaux potentiellement compétents. Deuxième question, relevant de la compétence matérielle, désigne le tribunal civil, commercial, administratif, dans le cas où l'ordre juridictionnel français est compétent.

⁹⁰² N° 1 et n° 5 de l'article L.311-2 du code de l'organisation judiciaire de 1978.

⁹⁰³ De plus, le principe selon lequel la compétence des tribunaux civil est la règle et la compétence des tribunaux de commerce est une exception aurait pu justifier les tribunaux civils. Nous pouvons également expliquer cette compétence en fonction de la compétence absolue ou relative du tribunal de grande instance.

les contrats internationaux. La première chambre civile de la Cour a annoncé le principe selon lequel les tribunaux français ne sont pas incompétents du seul fait de la nationalité étrangère des plaideurs. Elle a également posé la règle selon laquelle la compétence internationale des tribunaux français se détermine par extension des règles de compétence territoriale interne⁹⁰⁴.

502. Suite à cet arrêt, la jurisprudence postérieure et la doctrine a déduit que cette règle a doubles conséquences :

- 1- Le domicile de défendeur à la valeur d'un chef de compétence juridictionnelle ;
- 2- Le tribunal de grande instance est le tribunal spécialement compétent⁹⁰⁵.

Or, nous savons que le tribunal de grande instance n'a pas de compétence exclusive pour trancher les affaires commerciales !

A notre avis, la déduction susmentionnée n'est correcte qu'en matière état des personnes car la loi avait attribué la compétence exclusive au tribunal de grande instance. Par conséquence en matière état des personnes des ressortissants étrangers, ce tribunal se voit attribuer compétent. Il semble donc une déduction *a contrario* qui permettait d'attribuer au tribunal de grande instance une compétence générale pour tous types contrats internationaux et en particulier les contrats commerciaux internationaux n'est pas judicieux.

503. **Deuxièmement, la définition du contrat international** : un autre élément qui a conforté la compétence des tribunaux civils en matière des contrats internationaux est la définition du contrat international. En l'absence d'une définition légale, c'est la doctrine et la jurisprudence qui se sont chargés de cette tâche⁹⁰⁶. La première définition qui permettait de cerner ce concept, était une définition juridique. Un contrat est international quand un élément d'extranéité démontre que le contrat est en lien avec plusieurs ordres juridiques nationaux. D'après cette définition, il suffisait que l'une des parties ou l'objet de l'obligation existe en dehors des frontières d'un seul pays. A ce moment- là on pouvait qualifier un contrat en contrat international. Le contrat de vente d'un immeuble situé en France entre un américain et

⁹⁰⁴ L'arrêt Pelassa, MAYER Pierre, HEUZE Vincent, REMY Benjamin, *Op. cit.*, p. 201-208; CACHARD Olivier, KLÖTGEN Paul, *Op. cit.*, p. 45-54 ; NIBOYET Marie-Laure, De GEOUFFRE De LA PRADELLE Géraud, Droit international privé, LGDJ, 5^e éd., 2015, Issy-les-Moulineaux, p. 327-330 ; AUDIT Bernard, d'Avout Louis, Droit international privé, Economica, 7^e éd., Paris, 2013, p. 361-376.

⁹⁰⁵ JACQUET Jean-Michel, DELEBECQUE Philippe, CORNELOUP Sabine, Droit du commerce international, p. 729-730.

⁹⁰⁶ MAYER Pierre, Réflexions sur la notion de contrat international, in Mélanges P. TERCIER, Schulthess, Zurich, 2008, p. 873.

un français était alors un contrat international.

La jurisprudence comme nous avons vu au premier chapitre sous la pression de la mondialisation et la nécessité de répondre aux exigences des acteurs économiques internationaux a fait évoluer la définition du contrat international. La nouvelle définition prend en compte un critère économique. C'est la substance économique du contrat qui détermine l'internationalité de contrat. Le contrat est international quand il met en cause l'intérêt du commerce. Le contrat implique un mouvement de biens, services ou paiements à travers les frontières.

Cette définition répondait aux hypothèses des commerçants qui avaient la même nationalité et le même domicile dans le même pays. Mais leur contrat exigeait le transfert d'un bien ou d'un capital à travers les frontières. Plusieurs points attirent notre attention sur cette définition :

504. Tout d'abord, le domaine d'application de cette définition. Comme nous pouvons remarquer, le critère d'internationalité choisi par la jurisprudence ne permet pas de tamiser toutes les espèces des contrats internationaux. Un contrat de mariage entre les ressortissants de deux pays étrangers ne met pas en cause l'intérêt du commerce. Cependant c'est un contrat international. Cette nouvelle définition est plutôt est une définition du contrat international des affaires que nous pouvons observer dans plusieurs manuelles⁹⁰⁷.

505. Deuxièmement, nous pouvons à nouveau remarquer que le développement du commerce a influencé la définition d'un concept juridique.

506. Troisièmement, étant donné que l'internationalité d'un contrat se déterminait par un élément juridique d'extranéité (la nationalité ou le domicile) mais pas un élément économique, la compétence d'un tribunal de commerce ou l'incompétence des tribunaux civils ne se posaient jamais. C'est la raison pour laquelle le tribunal de grande instance ne remettait jamais en cause sa compétence d'attribution et les parties ne soulevaient jamais l'exception de l'incompétence.

Nous pensons qu'au moins, à partir du moment où la jurisprudence a évolué la définition du contrat international, il est judicieux de méditer la compétence d'attribution et la compétence des juridictions commerciale. Si le contrat international est un contrat qui met en cause l'intérêt du commerce, il peut rentrer dans le domaine des actes de commerce et par

⁹⁰⁷ CHATILLON Stéphane, *Op. cit.*, p. 172-177.

conséquent le tribunal de commerce peut être compétent.

507. Dans le premier chapitre, nous avons énuméré plusieurs critères que l'un d'entre eux permettait de déterminer la commercialité d'un acte. Le contrat international possède plusieurs de ces critères comme le transfert de marchandise, la spéculation, l'entremise, contrat des gens etc. Alors nous pensons qu'il est envisageable au moins d'ouvrir la discussion sur la compétence des tribunaux de commerce pour les contrats commerciaux internationaux. C'est dans le chapitre suivant que nous nous pencherons sur la conséquence de cette position en droit français.

C'est pourquoi nous pensons que la distinction du contrat civil du contrat commercial peut être une solution pour résoudre la confusion de compétence entre les tribunaux de droit commun et les tribunaux spécifiques.

B : La réforme du code de l'organisation judiciaire, un remède à la confusion de la compétence des juridictions commerciales

508. Nous avons vu que la compétence d'attribution des juridictions commerciales en matière contractuelle n'est pas bien déterminée. Cette imprécision est surtout liée à l'imprécision de classification du concept de contrat⁹⁰⁸. C'est la raison pour laquelle nous pensons qu'une nouvelle distinction au sein du concept de contrat peut remédier le problème de la compétence de tribunal de commerce.

En effet, la distinction du contrat commercial, des autres contrats (contrat de consommation, contrat civil ou contrat de public) permet de reconnaître la compétence exclusive des juridictions commerciales en matière des contrats commerciaux et des contrats commerciaux internationaux en particulier. Le fondement juridique de cette compétence reste toujours l'article 721-3 du code de commerce. Les contrats commerciaux rentreront dans tous les cas dans la compétence des tribunaux de commerce :

- 1) soit ils sont conclus entre deux commerçants,
- 2) soit entre toutes personnes, car le contrat commercial est un acte de commerce.

509. Bien évidemment, pour appliquer ce fondement, nous entendons notre définition du contrat commercial. D'après notre définition, un contrat entre deux personnes dans un but

⁹⁰⁸ Un contrat international, en même temps peut être qualifié un contrat public de droit interne, un contrat de droit international public ou un contrat commercial.

lucratif doit être qualifié un contrat commercial. Selon cette définition un contrat entre une personne de droit public et une personne privée, un contrat entre un État et une personne privée et un contrat entre deux ressortissants étrangers pourraient être qualifié un contrat commercial.

510. Nous avons déjà vu au deuxième chapitre que le tribunal de conflit avait désigné le tribunal compétent pour les contrats publics de droit privé et les contrats d'État. Dans ces hypothèses les tribunaux de l'ordre judiciaire qui sont compétents. Il demeure le problème lié à la nationalité des parties d'un contrat commercial international. En effet, les parties peuvent soulever l'incompétence des tribunaux de commerce car, le code de commerce est applicable aux commerçants français. Pour surmonter ce problème, nous pouvons utiliser à nouveau le critère de l'arrêt Pelassa⁹⁰⁹ et l'arrêt Scheffel⁹¹⁰. Nous rappelons que l'arrêt retient que la compétence internationale se détermine par extension des règles de compétence territoriale interne. Par conséquent, l'article 721-3 du code de commerce qui est une règle de compétence interne sera applicable aux contrats commerciaux internationaux.

511. De plus, nous pensons que cette distinction est conforme aux objectifs de la réforme de l'organisation judiciaires. L'un des objectifs de la réforme est l'efficacité de l'organisation judiciaire. Cette efficacité est envisagée par la spécialisation des juridictions. Si les litiges concernant aux contrats commerciaux sont apporté devant les tribunaux de commerce, il semble que les juges consulaires auront plus de compétence pour trancher ces litiges. Ce qui est était voulu par les commerçants depuis que le commerce est né. De la même manière, en apportant les contrats de consommations devant les tribunaux civils, nous pouvons garantir une meilleure protection de consommateur.

512. Comme nous pouvons remarquer la distinction permet d'attribuer à la juridiction commerciale une compétence exclusive concernant les contrats commerciaux. De la même manière que le tribunal administratif est compétent pour les contrats ayant comme objet un service public ou l'intérêt général et les tribunaux civils pour les contrats qui sont conclus afin de satisfaire les besoins consommateurs. Par conséquent, le jugement rendu par le tribunal civil doit concernant les contrats commerciaux doit se voir une nullité absolue. De la même manière que le jugement rendu par un tribunal de commerce concernant à un contrat de

⁹⁰⁹ Cass. 1^{re} civ. 19 oct. 1959, Bull. civ. I, n° 415, D. 1960. 37, 1^{re} esp., note G. Holleaux, Rev. crit. DIP 1960. 215, 1^{re} esp., note Y. L.

⁹¹⁰ Cass. 1^{re} Civ., 30 oct. 1962, Rev. crit. 1963. 387, note P. Francescakis ; D. 1963. 109, note Holleaux ; Grands arrêts, Dalloz, 5^e éd., 2005, n° 37.

consommation sera d'une nullité absolue. Car aujourd'hui, on ne parle plus des juridictions d'exception et ordinaire. Dans telle situation, les juridictions commerciales sont des juridictions autonomes en parallèle des juridictions civiles de droit commun. Et rien ne les empêche de se déclarer compétent pour un rapport juridique commercial.

Section 2 : L'organisation du tribunal de commerce en matière de contrat commercial

513. Autres les règles de procédures concernant la compétence d'un tribunal de commerce sont celles qui organisent la formation et le fonctionnement de ce tribunal. La réforme de la juridiction commerciale est le sujet des débats politiques depuis 1980⁹¹¹. Depuis 1997, cette controverse a pris l'ampleur et les tentatives ont multipliées. Si aucune réforme fondamentale n'est aboutie jusqu'à présent, l'envie de cette réforme est bien présente.

L'impartialité des juges⁹¹², et le manque de formation juridique des juges consulaires⁹¹³ sont les premiers prétextes afin d'envisager la réforme de juridiction

⁹¹¹ Rapport de l'Assemblée nationale n° 1038, XI^e législature, Les tribunaux de commerce : une justice en faillite ?, au nom de la commission d'enquête sur l'activité et le fonctionnement des tribunaux de commerce par les députés François COLCOMBET et Arnaud MONTEBOURG, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale, 2 juill. 1998. – Rapport d'enquête n° 98 M 019 01, sur l'organisation et le fonctionnement des tribunaux de commerce établi par des membres de l'Inspection générale des finances, ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, juill. 1998. – Rapport n° 2912 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi n° 2545 portant réforme des tribunaux de commerce, par le député François COLCOMBET, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale, 1^{er} févr. 2001. – Rapport n° 178, 2001-2002, fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, portant réforme des tribunaux de commerce, par le sénateur Paul GIROD, annexé au procès-verbal de la séance du Sénat, 23 janv. 2002. – Et, dernier lieu, rapport parlementaire d'information sur le rôle de la justice commerciale déposé à l'Assemblée nationale, 24 avr. 2013.

⁹¹² ARMAND-PRÉVOST, *Op. cit.*, p. 321 ; BERNARD Alain, « La réforme des tribunaux de commerce : remises en ordre », D., 1999, Chron., p. 403-407; CHAPUT Yves, « Rapport de synthèse et de propositions, in les tribunaux de commerce, quelles réformes? », colloque du 22 octobre 1998, RJ com., décembre 1998, p. 51 ; COUTANT Michel-Frédéric, Les tribunaux de commerce, Que sais-je ? PUF, 1999 ; GERMAIN Michel, « Les tribunaux de commerce entre passé et avenir », Dr. et patr., octobre 1997, p. 38 ; GUIGOU Élisabeth et STRAUSS-KAHN Dominique, « La réforme de la justice commerciale », JCP, 1998, Actu., p. 1893 ; LAGARDE Xavier, « Propos pragmatiques sur la dispersion du contentieux économique », D., 2005, p. 82 ; SZRAMKIEWICZ R., « Les tribunaux de commerce. Une longue histoire de la justice économique », Revue Justices, n° 1, 1995, p. 7 ; VOGEL Louis, « Vers une réforme des tribunaux de commerce ? », Contrats Concurrence Consommation, août-septembre 1997, Chron. 8 ; RAIBAUT Jacques, Les tribunaux de commerce : une institution au service de la modernité, in. Qu'en est-il du code du commerce 200 ans après ?, (dir.) SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, LGDJ, Toulouse, 2008, p. 309-322.

⁹¹³ Sans vouloir prendre parti concernant ce reproche, nous pensons aux remarques de M. CADRES E., Code de procédure commerciale, Mis en rapport avec la doctrine et la jurisprudence, suivi des lois organiques et des dispositions réglementaires concernant les tribunaux de commerce, Paris, 1844 ; par rapport la procédure

commerciale. Ensuite il est reproché à la juridiction commerciale de n'avoir adapté aux enjeux économiques modernes. C'est une institution stable qui n'a pas connu beaucoup de réforme ! *Cette stabilité institutionnelle des tribunaux de commerce contraste avec l'ampleur de l'évolution des litiges dont ils ont à connaître. L'économie a aujourd'hui dépassé une justice marquée par le poids de l'histoire.* Et ces dernières années, l'efficacité et l'attractivité des juridictions commerciales française est le nouveau motif pour créer des nouvelles juridictions spécialisées car la réforme des juridictions commerciale semble impossible. Nous allons vérifier chacune de ces critiques et des autres reproches marginales⁹¹⁴ aux tribunaux de commerce. Nous montrerons si l'organisation du tribunal de commerce tel qu'il est aujourd'hui, il peut répondre aux enjeux d'un contrat commercial autonome.

514. Le reproche fondamental qui pousse la politique à envisager la réforme des juridictions consulaires est l'impartialité des juges consulaires. L'idée soutenue pour surmonter ce problème est une juridiction échevinée, c'est à dire la présence d'un juge professionnel⁹¹⁵. Ce qui est *a priori* en contradiction avec l'envie des juges consulaires et a engendré la démission massive et la paralysie de la justice commerciale. L'échec de la modification de l'organisation et la composition de tribunal de commerce a poussé le législateur français de réfléchir à la création des chambres spécialisées pour les affaires internationales afin de promouvoir l'attractivité des juridictions françaises. Ce qui jusqu'au aujourd'hui n'est pas réalisé.

515. Il y a plusieurs points à vérifier par rapport à ces propositions pour réformer la

commerciale. L'auteur reproche à la législation commerciale surtout en matière de procédure civile d'être décousues, incohérentes et incertaines. Alors qu'elle est destinée à être appliquée par des personnes que leurs et leurs occupations sont étrangères à la science du droit. Nous pouvons dire certes, les juges consulaires ne sont pas spécialistes de droit mais le corps législatif n'a pas facilité cette tâche. Les règles procédurales sont disparates et peu intelligibles pour les juges consulaires. Et cela, car les civilistes ont même gardé l'hégémonie concernant la procédure civile. La raison pour laquelle, nous défendons une autonomie concernant les règles de procédure commerciale. C'est-à-dire, même il faut modifier la terminologie utilisée et au lieu de procédure devant les tribunaux de commerce il faut parler de procédure commerciale.

⁹¹⁴ Rapport A.N. n° 1038, XIe législature, Les tribunaux de commerce : une justice en faillite ?, au nom de la commission d'enquête sur l'activité et le fonctionnement des tribunaux de commerce par les députés François COLCOMBET et Arnaud MONTEBOURG, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale, 2 juill. 1998.

⁹¹⁵ La mixité dans les juridictions commerciales rapport de la commission constituée par le garde des sceaux, ministre de la justice et par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 2 Avril 1999 ; Le rapport parlementaire d'information sur le rôle de la justice commerciale déposé à l'Assemblée nationale le 24 avril 2013 (rapport Untermaier et Bonnot) ; le rapport du Club des juristes, MAGENDIE Jean-Claude, « Pour une justice commerciale rénovée et réhabilitée », JCP, 2014, n° 6, p. 292.

juridiction commerciale. Mais avant, il faut répondre à une question fondamentale. Quelle est les caractéristiques d'un tribunal commercial idéal ? Est-ce que nous pouvons trouver un standard afin de rapprocher la composition et le fonctionnement de cette juridiction à celle-ci ? ou il faut réformer en permanent d'une manière empirique afin de trouver le modèle parfait ?

516. Nous faisons partie du premier groupe et pensons que la prise en compte de certains principes peut optimiser l'efficacité des tribunaux de commerce en France. Cette optimisation peut également résoudre le problème eux règlement des contrats commerciaux internationaux et internes.

517. Le premier principe général qui peut être pris en compte afin de réformer la juridiction commerciale c'est le respect des normes applicables à une juridiction d'affaire. Nous pensons qu'un tribunal arbitral est une juridiction d'affaire par excellence Car il est le premier choix des commerçants afin de régler leurs différends. La comparaison du fonctionnement d'un tribunal commercial avec d'un tribunal arbitral peut aider à établir des principes directeurs afin de réformer la juridiction commerciale.

518. Il se peut que l'on nous reproche de tenter comparer deux juridictions ayant deux natures distinctes. L'une qui est étatique et l'autre qui est privée. Nous savons que les constitutionnalistes appellent fonctions régaliennes de l'État les grandes fonctions souveraines qui fondent l'existence même de l'État et qui ne font, en principe, l'objet d'aucune délégation. Elles sont aussi prérogatives régaliennes et sont liées à la notion de souveraineté⁹¹⁶. C'est tout à fait normal que l'organisation d'un tribunal étatique ne suit pas la même logique que celui d'un tribunal privé !

519. Pour une meilleure analyse de cette question, il est nécessaire de se rappeler la genèse de l'apparition des juridictions commerciale en France. Cela peut nous aider à mieux comprendre et trouver des solutions adéquates pour réformer la juridiction commerciale.

520. L'apparition de la justice commerciale en France date même avant celle de la notion de l'État-Nation moderne. En effet, la justice commerciale a survécu sans être fondamentalement impacté à travers de tous changements politiques en France depuis XV^{ème} siècle. Ce qui n'est pas le cas des autres juridictions étatique. Ce phénomène s'explique par le fait que la justice commerciale est indépendante des instances politiques. Ce qui est toujours

⁹¹⁶ PERROT Roger, Institutions judiciaires, LGDJ, 18^e éd., Paris 2020, p. 75-81.

accepté par le droit positif dans la cinquième république. Bien évidemment, d'après une approche kelsénienne, si la justice commerciale a gardé son indépendance, c'est parce que l'État a voulu déléguer la justice commerciale aux commerçants. Par conséquent, on pourrait toujours parler de l'impact de la politique sur les tribunaux de commerce. Sans rentrer dans ce débat purement théorique et en se basant sur les faits tels qu'ils sont, nous pensons qu'en France le principe selon lequel la justice commerciale est délégué aux commerçants est un principe fondamental⁹¹⁷. Alors, si on part de ce postulat, les propositions énoncées par le politique ou les autres organismes privés semblent critiqués. Nous pensons que la plupart des déviations dans les propositions faites sont issues à la méprise du principe de l'indépendance des juridictions commerciales.

Nous verrons plusieurs solutions pour améliorer la juridiction commerciale et une adaptation aux enjeux économique. En effet, nous partons de cette idée que la juridiction commerciale est une institution qui existe déjà et la France ne s'est pas servie de toutes ces capacités en matière contractuelle. De plus, elle est à mi-chemin entre une juridiction étatique et une juridiction privée. Et en quelque sorte elle ressemble à un arbitrage institutionnel. Nos propositions afin d'améliorer l'autonomie de juridiction commerciale en matière des contrats commerciaux seront présentées en rapport avec les personnels (A) et les règles de procédures (B).

A) Le personnel

521. Nous nous intéressons en particulier au choix du juge, car ce sujet a suscité beaucoup de débat. Les politiques proposent l'intégration des juges professionnels car cela garantira l'impartialité des juges consulaires⁹¹⁸. Il y a deux raisons pour motiver cette proposition : l'expérience des autres pays et le manque de formation des juges consulaires⁹¹⁹. Nous étudierons en détails ces arguments.

On reproche à la juridiction française de ne pas s'ouvrir aux juges professionnels au

⁹¹⁷ Il est intéressant de constater qu'en France la justice commerciale est délégué aux commerçants plus de cinq siècles mais il n'est jamais considéré comme un principe ou un droit fondamentale ou au moins la portée de ce principe n'est pas discutée. Si ce principe, n'est pas connu comme un critère d'un procès juste et équitable, il est dû au fait que ni les juristes civilistes et ni la politique souhaitaient de reconnaître une autonomie pour le procès d'une juridiction commerciale.

⁹¹⁸ BERNARD Alain, *Op. cit.*, p. 403.

⁹¹⁹ Rapport d'enquête sur l'organisation et le fonctionnement des tribunaux de commerce, Par De FOUCAULD Jean-Baptiste, BOCCON-GIBOD Didier, TISSOT Nicolas et par l'Inspection générale des finances et l'Inspection générale des services judiciaires, Juillet 1998.

contraire de ces pays voisins comme l'Italie, l'Espagne, Belgique ou etc.⁹²⁰. Cet argument n'est pas valide en soi car évidemment le système juridique français est distinct des autres systèmes judiciaires. Cela est applicable aussi dans l'organisation des juridictions commerciales. Comme nous l'avons montré dans l'introduction du chapitre, les pays du monde sont divisés en plusieurs catégories et certains pays ne connaissent pas aujourd'hui un tribunal commercial. Alors la France doit abandonner tout court l'idée d'un tribunal commercial au sein de son organisation judiciaire ? Intégrer des juges professionnels de la part de ceux qui proposent une réforme de la juridiction commerciale à la française est d'autant plus étonnant car la particularité du système français est l'absence des juges professionnels. Cependant, si l'étude scientifique ou au moins empirique montre la suprématie d'un tribunal échevinage, ce choix pourrait être envisageable.

522. De plus, nous comparons le tribunal de commerce avec le tribunal arbitral. Car ce dernier est le grand concurrent de juridiction commerciale en matière contractuel. En effet, nous pensons, il est plus important d'adapter les règles d'organisation des juridictions commerciales aux standards des affaires commerciales (tantôt internes qu'internationales) qu'aux normes des juridictions d'un autre pays. Dans un tribunal arbitral, il n'y a aucune obligation ou recommandation pour la présence d'un juge professionnel ! Alors, nous pouvons déduire que celle-ci n'est pas un facteur essentiel pour améliorer le fonctionnement de la juridiction commercial. D'autant plus que la présence d'un juge professionnel est en contradiction avec le principe de délégation du pouvoir de justice commerciale aux commerçants. Cependant, nous pouvons entendre que la présence d'un juriste dans un tribunal arbitral est conseillée ou, au moins, fréquente.

523. Alors comment peut-on garantir l'impartialité des juges consulaires ? À notre sens, il faut penser à élargir le Collège électoral des juges consulaires. Cette solution nous semble plus cohérente avec l'objectif de garantie d'impartialité des juges commerciaux et l'objectif de l'adaptation aux normes des juridictions d'affaire ou celui du respect du principe de délégation. En effet, d'un côté pour garantir l'indépendance des juges consulaires, il est judicieux d'élargir les candidats aux postes de juge consulaire afin donner plus de choix au justiciable. Ce qui empêche une concentration de pouvoir entre certaines personnes. De l'autre côté, on respecte l'envie des commerçants et un procès commercial juste qui est être jugé par un commerçant.

⁹²⁰ Le document de travail de Sénat, Étude de législation comparée n° 44, Les juridictions commerciales, 01/10/1998 : adresse du document : <http://www.senat.fr/lc/lc44/lc440.html>.

Afin de concrétiser notre proposition, il faut déterminer les personnes susceptibles à déterminer pour remplir la fonction de juge consulaire. Certaines propositions ont déjà été faites dans le cadre de la réforme de la juridiction commerciale qui nous semble pertinentes⁹²¹. Cependant elles sont limitées et ne sont pas adaptées à la perspective d'une juridiction commerciale qui tranche également des affaires commerciales internationales. Plusieurs éléments sont importants dans le choix des candidats ainsi que la nationalité, la langue et la spécialisation. Nous discutons chacun de ces éléments et son acceptation en droit positif.

a) La langue

524. L'une des critiques à l'égard des juridictions françaises mais pas particulièrement aux juridictions commerciales est la maîtrise d'anglais ou la pratique de l'anglais dans les juridictions étatique⁹²². Nous évoquons cet élément à l'occasion de l'étude des juridictions commerciales, car jusqu'à présent ce sont les tribunaux de l'ordre judiciaires sont compétents pour trancher les litiges concernant aux contrats commerciaux internationaux. Mais nous avons démontré que le tribunal compétent en matière est le tribunal commercial. Alors, cette critique s'adresse aux juridictions commerciales.

Ce facteur est considéré comme un élément de l'attractivité des juridictions françaises. Nous développerons cet élément dans le chapitre suivant. Mais brièvement, nous nous prononçons que la langue française n'est pas une entrave au rayonnement des juridictions françaises sur la sphère internationale. Il suffit d'élargir les candidats éligibles au post du juge consulaire aux ressortissants étrangers. Ce sont nombreux les commerçants étrangers qui maîtrisent la langue française. Cependant, il ne faut oublier que « le tribunal de commerce de Paris s'est doté dès 1995 d'une chambre internationale composée de juges anglophones et experts du commerce international⁹²³. Les protocoles signés en 2018 entre le barreau de Paris,

⁹²¹ VASSEUR Emilie, BOUYSSOU Jacques, « Les juridictions commerciales internationales : expériences comparées, revue trimestrielle de l'Observateur de Bruxelles, dossier spécial », n° 114, octobre 2018, p. 10.

⁹²² Haut comité juridique de la place financière de Paris, Préconisations sur la mise en place à paris de chambres spécialisées pour le traitement du contentieux international des affaires, Le 3 mai 2017.

⁹²³ La chambre internationale du tribunal de commerce de Paris et la chambre internationale de la cour d'appel de Paris sont les deux volets les plus récents de la modernisation de la justice française en matière économique. Elles ont pour objectif de faciliter l'accès aux juridictions commerciales françaises pour les grands groupes internationaux dans leurs litiges commerciaux internationaux et de renforcer l'attractivité de la place de Paris dans les clauses attributives de compétence.

Les « chambres commerciales internationales de Paris » (CCIP) sont compétentes pour les litiges du

d'une part, et le tribunal de commerce et la cour d'appel de Paris d'autre part, ont permis de créer un deuxième degré de juridiction tout en affirmant, en première instance et en appel, l'utilisation de la langue anglaise et le recours aux auditions des parties, témoins et experts »⁹²⁴.

Nous pensons qu'au l'élargissement du collège électoral des juges consulaires aux ressortissants étrangers est plus réaliste par rapport à la proposition de création d'un tribunal spécifique aux affaires étrangères où les juges parlent anglais. Car, cela renforce l'impartialité des juges consulaires. Limiter le pouvoir de dire le droit concernant les contrats commerciaux internationaux aux mains de ceux qui parlent anglais dans un pays francophone est éteindre la justice. Cependant, cette proposition suscite quelques réflexions concernant la nationalité des juges consulaires.

b) La nationalité

525. Ouvrir la fonction de juge consulaire aux étrangers nous semble une proposition qui pourrait pallier le problème lié à l'impartialité des juges consulaires. Bien évidemment, cette idée est un peu discutée car jusqu'à présent la condition de nationalité est obligatoire pour exercer cette fonction et cette proposition heurte l'article 724-3 du code de commerce selon lequel, la fonction du juge est subordonnée à la nationalité française⁹²⁵. Il convient de préciser que cette condition a été ajoutée au code de commerce depuis l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006, ratifiée par l'article 138 I de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009. En effet, historiquement cette juridiction était ouverte aux étrangers⁹²⁶. Nous analysons ces

commerce international, notamment dans les matières suivantes : contrats commerciaux, rupture de relations commerciales, transports, concurrence déloyale, réparation à la suite de pratiques anticoncurrentielles, ainsi que les litiges en matière d'opérations sur instruments financiers, conventions-cadres de place. La compétence de ces chambres peut résulter d'une stipulation contractuelle attributive de compétence.

La particularité de ces chambres, que les parties aient choisi le droit français ou le droit d'un autre pays, repose sur une « révolution » procédurale : l'anglais pourra être utilisé dans les débats et la procédure, bien que parfaitement conforme au code de procédure français, s'apparentera à celle de la *Common Law*; elle permettra l'audition de témoins et d'experts à l'audience, en anglais, avec possibilité d'interrogatoires croisés, ainsi que la communication des pièces en anglais, sous le contrôle du juge.

⁹²⁴ VASSEUR Emilie, BOUYSSOU Jacques, *Op. cit.*, p. 10.

⁹²⁵ C. com., art. L723-4 : Sont éligibles aux fonctions de juge d'un tribunal de commerce les personnes âgées de trente ans au moins : [...]

^{2°} Qui remplissent la condition de nationalité prévue à l'article L. 2 du code électoral ; [...]

⁹²⁶ L'ouverture de la justice commerciale aux commerçants étrangers n'est pas une idée nouvelle. Les rois de France et en particulier, Louis XI afin de favoriser le commerce a octroyé plusieurs privilèges aux marchands étrangers tels l'interdiction aux tribunaux de droit commun de connaître des litiges entre ces marchands et ceux de la France. Ces privilèges sont accordés tout au long du Moyen Age (Plusieurs décrets ou

propositions sous l'angle des trois principes que nous avons avancé. C'est-à-dire la conformité aux normes d'une juridiction d'affaire, le principe de délégation et l'impartialité des juges.

526. La première raison qui justifie l'élargissement de l'aptitude de la fonction de juge consulaire aux ressortissants commerçants des autres pays est la raison fondamentale et basique de l'apparition des juridictions commerciale. En effet, le pouvoir souverain a explicitement accepté déléguer ce rôle aux commerçants. Autrement dit, l'État afin de protéger l'intérêt du commerce a déjà accepté que les juges autres que fonctionnaires rémunérés par lui pouvoir exercer cette fonctionne. Ensuite, nous savons que le critère essentiel pour le bon fonctionnement d'une juridiction d'affaire est la qualité commerçante. C'est-à-dire, un professionnel qui a des connaissances et a des expériences dans le domaine. Ce que nous pouvons remarquer également dans un tribunal arbitral. Alors c'est tout à fait légitime que nous pouvons penser que les ressortissants étrangers tant qu'ils sont commerçants doivent pouvoir exercer ce métier, car il offre une meilleure protection des intérêts du commerce. Et cela, ne remettra pas en cause la souveraineté de la France. Même si cette mesure ne peut pas être envisagée pour tous les ressortissants étrangers, il est tout à fait possible de l'envisager pour les commerçants des membres de l'Union Européenne. Car ces derniers étant donné d'être le citoyen de l'Union Européenne, selon la liberté de circulation au sein de l'union peuvent facilement s'enregistrer sur le registre du commerce et de la société.

De cette façon, le choix des candidats pour devenir le juge des tribunaux de commerce seront multiplié et l'impartialité sera mieux garantie.

c) La spécialisation

527. L'une des propositions faites afin de promouvoir l'attractivité des juridictions françaises qui est défendable car elles respectent l'organisation judiciaire actuelle. Il s'agit d'insérer ou consacrer certaine chambre de tribunal de commerce ou tribunal judiciaire aux litiges internationaux. L'accroissement de la technicité de certains contentieux, plus exactement leur complexité, engendre un besoin de spécialisation des juges. Cette

déclarations ont été cité par M. GENEVOIS Ernest afin de montrer ces privilèges. Histoire critique de la juridiction consulaire, 1866, p. 13-26, 35-36). Louis XI qui est le père de la centralisation française a suivi une politique patriotique et libérale. Il a su que pour redresser le pays après plusieurs d'années de guerre, il faut favoriser le commerce et celui-ci par attirer les marchands étrangers. Ses idées étant en avance sur celles de son siècle et surtout celle de son peuple, ses successeurs continuaient à les mettre en pratique.

spécialisation peut se concrétiser de deux manières différentes. La première qui est mentionnée ci-dessus consiste à élire un certain nombre de juge limité pour certains types de litiges. Une deuxième, à notre sens consiste à augmenter le nombre de juge consulaires spécialisé dans un domaine spécifique. Ce qui augmente l'impartialité des juges d'un côté et la confiance de justiciable internationale en système judiciaire français.

B) Les règles procédurales

528. Les règles applicables aux instances des juridictions commerciales ont certaines particularités par rapport à celles des juridictions civiles. Ces particularités sont inscrites tantôt au sein du code de procédure civile et tantôt au sein du code de commerce⁹²⁷. Nous avons expliqué les raisons qui justifiaient ces spécificités. Cependant, dans l'hypothèse où nous souhaitons d'élargir la compétence des juridictions commerciales aux contrats commerciaux, il est nécessaire de revoir les règles procédurales applicables aux instances commerciales et de les comparer avec les standards d'une juridiction d'affaires.

a) Les frais et les dépens

529. D'une manière générale, la comparaison des coûts entre les différents systèmes de justice commerciale interne ou internationale est incontestablement à l'avantage des juridictions françaises. Le coût non onéreux devant le tribunal de commerce est une raison d'attractivité des juridictions commerciale⁹²⁸. Nous pensons dans le cas où le tribunal de commerce est compétent pour connaître les litiges concernant les contrats commerciaux internes et internationaux, l'augmentation des tarifs surtout pour les contrats commerciaux est défendable. Car malgré de telle augmentation, la juridiction commerciale française est très loin des coûts d'un tribunal arbitral.

De plus l'un des objectifs de la réforme est l'efficacité de l'organisation judiciaire. Le gouvernement souhaite diminuer les dépenses de budget en numérisation de la justice et l'envoi des justiciable aux modes amiables de règlements. Nous savons également que le procès devant le tribunal de commerce est gratuit. Si les tribunaux de commerce sont compétents pour connaître les litiges des contrats internationaux, il sera préférable d'instaurer

⁹²⁷ Oralité de procédure, art. 860-1 du CPC ; défaut de la phase de conciliation obligatoire, art. 860-2 et 863 CPC ; CADIET Loïc, JEULAND Emmanuel, Droit judiciaire privé, LexisNexis, 11^e éd., Paris, 2020, p. 860-867 ; HERON Jacques, Le BARS Thierry, Droit judiciaire privé, LGDJ, 7^e éd., Issy-les-Moulineaux, 2019, p. 531-534.

⁹²⁸ Actuellement les frais de saisir un tribunal commercial en France s'élève à 235 euros.

les frais des justices pour ces tribunaux. Des frais qui sont par rapport aux juridictions des autres pays dérisoires mais ils peuvent de rendre indépendant du budget de l'État.

Cette augmentation des frais, dans la mesure où, peut accélérer davantage le délai des traitements des dossiers, sera un avantage de plus pour l'attractivité des tribunaux commerciaux français.

b) La confidentialité de l'instance

530. La publicité est un principe fondamental du fonctionnement de la justice. Il signifie que les débats ont lieu publiquement et que la décision de justice est rendue en présence du public. Il est consacré par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, et inscrit dans les codes de procédure⁹²⁹. Il se justifie par le fait que, la justice étant rendue « au nom du peuple », les citoyens doivent pouvoir en contrôler l'exercice quotidien. Il existe un principe général de publicité des débats judiciaires et du prononcé des jugements. Cependant, la loi prévoit que dans certains cas ou pour certaines affaires, le public ne peut pas accéder aux audiences. L'audience se tient alors à huis clos dans la salle d'audience, toutes portes fermées, ou en chambre du conseil. Le président du tribunal ou de la cour peut ordonner le huis clos pour protéger les personnes (par exemple, les mineurs), leur vie privée (par exemple dans les affaires de divorce), ou pour éviter des troubles à l'ordre public, ou préserver des secrets d'État.

531. La question se pose concernant la confidentialité des débats et aux audiences d'un tribunal commerce relatif contrats commerciaux. Etant donné que l'un des avantages du tribunal arbitral est la confidentialité⁹³⁰, nous pouvons nous intéresser sur la possibilité de telle mesure dans un tribunal semi étatique. Il y a plusieurs raisons pour justifier telle mesure concernant les litiges relatifs aux contrats commerciaux. Tout d'abord, le code de commerce en matière de procédure collective accepte la confidentialité des audiences. De plus, le Ministère de la garde des Sceaux en communiquant un recueil des obligations déontologiques aux juge des tribunaux de commerce a reconnu l'importance de confidentialité.⁹³¹ D'après les

⁹²⁹ GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile, DELICOSTOPOULOS Constantin, DELICOSTOPOULOS Ioannis, DOUCHY-OUDOT Méline, FERRAND Frédérique, MAGNIER Véronique, RUIZ-FABRI Hélène, SINOPOLI Laurence, SOREL Jean-Marc, Droit processuel : Droit fondamentaux du procès, Dalloz, 10^e éd., Paris, 2019, p. 1034-1060 ; JEULAND Emmanuel, Droit processuel général, LGDJ, 4^e éd., Issy-les-Moulineaux, 2018, p. 334-336.

⁹³⁰ JEULAND Emmanuel, *Op. cit.*, p. 335.

⁹³¹ Le décret n° 2016-514 du 26 avril relatif à l'organisation judiciaire, aux modes alternatifs de résolution des litiges et à la déontologie des juges consulaires, a inséré dans le code du commerce un article

recommandations de ce recueil, le juge est tenu de protéger le secret des affaires dans la juridiction commerciale.

532. Enfin l'intérêt du commerce d'un côté et celui des parties peut être considéré comme un motif qui justifie la confidentialité des audiences. Ce qui rapproche les juridictions françaises aux normes standards d'une juridiction des affaires commerciales.

c) Le délai

533. La durée du traitement des dossiers devant les tribunaux français est une préoccupation primordiale pour le système judiciaire français. La surcharge persistante des juridictions civiles et commerciales a contraint les cours et tribunaux à privilégier l'administration et la discussion écrites des preuves et à réduire les débats oraux à de brèves plaidoiries, selon des pratiques contentieuses restrictives auxquelles se sont résignés les avocats. De sorte que les ressources du code de procédure civile en matière d'instruction et de jugement des affaires restent en grande partie inexploitées. Si cette conception minimale du procès peut s'expliquer par la nécessité de faire face à un flux de contentieux excédant la capacité des juridictions, elle dérouté les opérateurs étrangers, habitués à l'instruction et aux débats approfondis en usage dans les juridictions de *Common Law* et pour qui nos méthodes de jugement semblent superficielles.

La distinction du contrat commercial du contrat civil permet aux tribunaux judiciaires une déchargé en faveur du tribunal de commerce. Ce qui favorise la spécialisation des juridictions en France. De plus, le principe d'oralité devant les juridictions commerciales peut réduire la durée du traitement des dossiers surtout pour les contrats commerciaux internationaux. Ce qui renforce davantage l'attractivité des juridictions française.

d) La compétence territoriale

534. La compétence territoriale des tribunaux de commerce est régie par les articles 42 et 48 du code de procédure civile selon lesquels le tribunal territorialement compétent est celui du lieu où demeure le défendeur. Cependant, en vertu de l'article 46 du Code de procédure civile, en matière contractuelle, le demandeur en justice peut également choisir,

R.721-11-1 qui confie au Conseil national des tribunaux de commerce (CNTC) la mission d'élaborer un recueil des obligations déontologiques des juges des tribunaux de commerce. Ce recueil est le résultat des travaux de la commission de déontologie mise en place au sein du CNTC et publié en 2018.

outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service.⁹³² En matière commerciale, cela peut être un avantage pour les commerçants, suite à la modification de la carte judiciaire des tribunaux de commerce. En effet en 2008, l'État a supprimé les tribunaux de commerce dans les lieux où l'activité commerciale n'en impose pas la nécessité. Alors c'est le tribunal judiciaire qui est compétent.

535. La compétence territoriale des tribunaux de commerce révèle son importance en matière des contrats internationaux et les contrats ayant une clause attributive de la juridiction désignant les juridictions françaises compétentes. Dans ces contrats, soit les parties ont choisi les juridictions françaises ou les règles des conflits de lois ont désigné les juridictions françaises étant compétentes. Dans le cas où, on admet la compétence des tribunaux de commerce pour les contrats commerciaux internationaux, il reste à déterminer le tribunal territorialement compétent.

Aujourd'hui, la chambre internationale du tribunal de commerce de Paris s'est attribué la compétence en matière des contrats d'affaires internationaux.⁹³³ Cela, sur le plan pratique est fort intéressant mais le défaut d'une base légale afin de légiférer cette compétence et l'élargir éventuellement aux autres villes potentiellement capables de recevoir des litiges liés aux contrats commerciaux internationaux comme Bordeaux, Lyon, Lille, Nantes, Marseille, Montpellier, Dijon etc.

⁹³² Cass. 2^{re} civ. 27 juin 2019, n°18-19466, concernant la notion d'option de compétence territoriale en matière contractuelle : Attendu que l'option de compétence territoriale prévue en matière contractuelle au premier de ces articles (l'ensemble de l'article 42 et l'article 46, alinéa 2, du code de procédure civile) ne concerne que les contrats impliquant la livraison d'une chose ou l'exécution d'une prestation de services.

⁹³³ La création de la Chambre Internationale de la Cour d'appel de Paris, le 7 février 2018, constitue un second niveau de juridiction pour traiter des appels. Cette création ne résulte pas d'une loi, mais de l'un des deux protocoles signés le 7 février dernier en présence du garde des Sceaux, Mme, Nicole Belloubet, entre les présidents du tribunal de commerce et de la cour d'appel de Paris d'une part, et le bâtonnier de l'ordre des avocats de Paris d'autre part.

Titre II : Les conséquences en droit international

536. Les conséquences envisagées pour la distinction du contrat commercial du contrat civil sur le plan international ne sont pas du même ordre que sur le plan national. En effet, en droit interne, il est envisageable de prévoir un corpus de règles spécifique pour le contrat commercial. Alors que, cette solution en droit international n'est pas réalisable. Car, le concept de contrat commercial n'est pas reconnu dans tous les principaux systèmes juridiques d'un côté ; et un droit commun international, voire régional, n'existe pas.

537. C'est pour cette raison que les conséquences étudiées dans ce titre relèvent du domaine de la prédiction. C'est-à-dire, nous montrerons d'éventuels intérêts de la distinction en droit international.

Pour cela, dans le (chapitre I), nous nous focaliserons sur la façon dont la distinction du contrat commercial du contrat civil peut rendre plus attractive le droit français des contrats, pour ensuite, démontrer, comment cette distinction pourrait mettre fin aux systèmes des conflits des lois afin de régler des différends liés contrats commerciaux internationaux et proposer une solution relativement nouvelle (chapitre II).

Chapitre I : L'attractivité et la prévisibilité du droit français

538. Quand on parle d'attractivité, de quoi parle-t-on ? L'attractivité : de quel point de vue et pour qui ?

On entend souvent l'expression d'« attractivité du droit ». L'attractivité est une notion qui doit sa naissance aux sciences économiques. Elle est même une notion nouvelle ou au moins pas récente en science économique. Elle a apparue depuis les années soixante comme une théorie économique. Nous commencerons par présenter la définition générale de ce concept avant de se pencher plus particulièrement sur l'attractivité du droit et sur l'utilisation de ce concept en droit.

Nous reprenons ci-après la définition donnée par M. Hatem, économiste : « L'attractivité est la capacité pour un territoire d'offrir aux investisseurs des conditions d'accueil suffisamment intéressantes pour les inciter à y localiser leurs projets de préférence à un autre territoire »⁹³⁴. Sous l'influence des études d'économie de droit, cette notion est entrée dans le jargon juridique.

539. L'attractivité peut être étudiée d'un point de vue interne comme international. Quand on étudie l'ensemble des règles de droit d'un pays dans l'objectif de savoir si elles

⁹³⁴ HATEM Fabrice, « Attractivité : de quoi parlons-nous ? », Revue Pouvoirs locaux, 2004, 2^e trimestre, n° 61.

facilitent l'installation et l'exercice du commerce pour les sujets du droit de ce pays, on parle de l'attractivité du droit d'un point de vue interne. Mais l'objet de notre étude étant international, nous nous pencherons sur la signification de l'attractivité d'un droit d'un point de vue international.

L'attractivité internationale a deux enjeux. Le premier est commun à l'attractivité interne. Il s'agit de vérifier si les règles de droit d'un pays facilitent l'installation et l'exercice du commerce sur son territoire pour les sujets de droit internationaux.

L'attractivité internationale est également mesurée via l'influence du droit national en question. Cette influence peut se manifester par le fait que les législateurs peuvent s'inspirer d'un droit étranger. Dans ce cas, plus ce droit sera considéré comme une source d'inspiration pour le reste du monde, plus il sera attractif. L'influence d'un droit se mesure également au nombre de clauses de droit applicables le désignant. C'est un enjeu que M. Usunier présente ainsi : « *L'attractivité internationale d'un droit procède de sa capacité à offrir aux sujets de droit, nationaux et étrangers, des règles leur semblant suffisamment séduisantes pour qu'ils cherchent à se placer sous l'égide du droit en question* »⁹³⁵.

540. L'un des organes jouant un rôle important dans l'analyse de l'attractivité économique des droits des États est la Société Financière Internationale (SFI)⁹³⁶. Elle appartient au groupe de la Banque mondiale. Depuis 2003, cet organe rédige chaque année un rapport, nommé le rapport de Doing Business, dans lequel elle évalue l'environnement juridique des affaires dans 175 États⁹³⁷.

⁹³⁵ USUNIER Laurence, « L'attractivité internationale du droit français au lendemain de la réforme du droit des contrats, ou le législateur français à la poursuite d'une chimère (Doing Business 2017, Égalité des chances pour tous, Rapport de la Banque mondiale, 14^e éd., 25 oct. 2016) », RTD civ., 2017, p. 343.

⁹³⁶ Le Groupe de la Banque mondiale est composé de cinq organisations internationales afin de poursuivre ses objectifs. Les cinq organisations unies dans ce groupe sont la Banque internationale pour la reconstruction et le développement (BIRD), l'Association internationale de développement (AID), la Société financière internationale (SFI), l'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA) et le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI).

⁹³⁷ Lancé en 2002, le projet *Doing Business* mesure la réglementation des affaires et son application effective dans 190 économies et dans certaines villes au niveau infranational et régional. En collectant et en analysant des données quantitatives détaillées pour comparer les cadres réglementaires applicables aux entreprises du monde entier au fil du temps, *Doing Business* encourage la concurrence entre les économies pour la mise en place d'une réglementation des affaires efficace. *Doing Business* offre des rapports infranationaux détaillés qui couvrent les mêmes domaines de la réglementation des affaires ainsi que les réformes mises en place dans différentes villes et régions d'une même économie. Ces rapports fournissent des données sur la facilité de faire des affaires, classent chaque localité et recommandent des réformes pour améliorer la performance dans chacune des zones étudiées.

Ce rapport a pris un poids important, de sorte qu'il exerce une sensible influence sur les droits nationaux. Ainsi, les États qui modifient leurs législations dans le domaine des affaires, tentent d'obtenir un meilleur rang au sein du classement de la SFI, ou de ceux d'autres institutions du même ordre. Par exemple, la France a modifié les dispositions du droit de la sureté, de la procédure collective et a réformé le droit travail. L'une de ses motivations était l'obtention un meilleur rang dans le classement annuel du rapport de Doing Business.

L'efficacité et le fonctionnement de ces rapports sont largement reconnus. Même s'il convient de noter que certains auteurs dénoncent l'artifice⁹³⁸ de ces rapports, la majorité reconnaissent leur intérêt.

Les indicateurs de mesure utilisés pour classer les différents systèmes juridiques sont issus des analyses économiques de droit. Ces éléments analysent les institutions juridiques d'un strict point de vue économique. Or, les fondements de la tradition du droit contractuel français ont d'autres origines que l'économie telle la religion, la charité, la justice, la morale ou la politique. Le droit contractuel français répondant à une tradition juridique non-économique n'atteint que la 16^e place de ce classement⁹³⁹. Ce relatif faible résultat a constitué une raison supplémentaire pour modifier le droit contractuel français. Cependant, un problème subsiste : les nouvelles dispositions ne suivent pas la même logique et le législateur a modifié le code alors qu'il a pris en compte des fondements différents qui sont parfois contradictoires.

541. Il convient de détailler la définition de l'attractivité du droit et le fonctionnement des institutions procédant aux classements internationaux. Nous étudierons ensuite les conséquences d'une distinction entre régime contrat civil et du contrat commercial sur l'attractivité du droit des contrats français.

En premier lieu, afin de déterminer le périmètre de notre étude, il convient de préciser

⁹³⁸ Cf. Du MARAIS Bertrand, Des indicateurs pour mesurer le droit ?, La Documentation Française, Paris, 2006, p. 18.

⁹³⁹ D'après le dernier rapport *Doing Business 2020*, publié en octobre 2019, la France siège au 16^e place du classement de l'efficacité de l'exécution du contrat parmi tous les pays du monde. Alors qu'elle est classée première de ce même classement pour le commerce transfrontalier. L'étude de la méthodologie utilisée par *Doing Business* montre que ce classement est lié en grande partie au délai de traitement des litiges devant les tribunaux.

Un autre document reflétant mieux la place du droit français des contrats dans le monde, c'est le rapport statistique de la Chambre de commerce international. Cette institution publie tous les ans un rapport dans lequel elle détermine le nombre de fois où le droit d'un pays est choisi comme loi applicable au contrat (en fonction du nombre de litiges portés devant sa cour arbitrale). En 2020, le droit français a été choisi seulement pour 3.5% des contrats (4^e place). Un chiffre qui n'a pas changé depuis 15 ans. Les droits les plus choisis sont ceux de l'Angleterre, les États-Unis et la Suisse.

le rapport entre l'attractivité d'un droit national et notre sujet de thèse. L'attractivité d'un droit dépend de plusieurs éléments, notamment, les règles du droit du travail, de la fiscalité, les règles administratives d'accès au marché, les règles applicables à la procédure collective, les règles du droit des sûretés, la création d'entreprise, etc. L'attractivité des règles applicables au droit des contrats constitue également le sujet de différentes études en économie du droit. L'étude de l'économie du droit permet nous indique certains indices particuliers garantissent l'attractivité d'un droit contractuel. Dans ce chapitre, nous expliquerons quelles sont les catégories de contrat qui sont compatibles avec les indices d'attractivité du droit des contrats retenus par les classements internationaux.

Nous étudierons ensuite les mesures et les indicateurs retenus pour mesurer l'attractivité d'un droit. Nous nous intéresserons d'abord aux travaux sur l'attractivité dont les auteurs sont hostiles⁹⁴⁰ aux classements internationaux. Ces auteurs critiquent les indices employés pour élaborer ces classements. Ces critiques sont de deux ordres, correspondant aux deux aspects de l'attractivité internationale.

Dans son premier aspect, technique, l'attractivité internationale sert à mesurer l'attractivité des règles internes. Le deuxième aspect est plutôt politique : l'attractivité internationale permet de mesurer l'image qu'à chaque droit dans le monde. Cependant, les classements internationaux font l'objet de critiques en raison de la fiabilité des critères et du système retenus pour mesurer l'attractivité.

Autre élément inhérent à l'attractivité internationale qui fait l'objet de critique, c'est le prestige accordé à un droit bien classé. Certains auteurs considèrent que le prestige international d'un droit n'est pas nécessairement lié à son attractivité en matière de droit des affaires. C'est cependant ce que les classements internationaux affirment mesurer à l'aune de critères économiques. Pour ces auteurs, les droits nationaux obtiennent du prestige par exemple par leurs nombreux praticiens du droit, par le rayonnement international de leur langue nationale, etc.

542. Il convient de noter que l'attractivité ne se mesure pas seulement entre les pays.

⁹⁴⁰ Cette hostilité c'est notre ressenti en lisant des travaux sur l'efficacité des rapports de *Doing Business*. En effet, certains auteurs pour défendre le droit français remettent en cause la fiabilité des rapports. Evidemment mesurer les règles de droit par les outils économiques n'est pas à 100% correcte mais les rapports reflètent un minimum de la réalité. D'abord, dans les statistiques le droit français est un droit très peu choisi dans les contrats internationaux. De plus, le législateur a ressenti un changement du droit des contrats avec un objectif de l'attractivité. Ce qui montre la nécessité de la réforme du droit des contrats.

Plus généralement, il existe une compétition entre les droits de *Common Law* et les systèmes de droit civil. Les deux systèmes défendent l'attractivité de leurs règles de droit contractuel.

Dans le concept d'attractivité, le droit d'un pays est analysé comme un marché. Les acteurs de ce marché (juridique) comparent les offres entre les différents pays (les règles de droit) et cherchent à obtenir la meilleure offre pour leur demande (les règles qui seront applicables à leurs contrats).

Les classements placent le droit anglais en premier, suivi du droit suisse, en termes d'attractivité internationale, loin devant le droit français classé 15ème (voir plus haut). Indices de ce manque d'attractivité, seuls 3% des contrats internationaux choisissent comme loi applicable le droit français. Nous analyserons au chapitre suivant les critères retenus pour classer les différents droits et, notamment, l'étendue de l'intervention du juge dans le contrat, les sanctions de l'inexécution du contrat, ou encore la bonne foi.

543. Il convient d'étudier le rôle de l'attractivité d'un droit dans la croissance économique d'un pays. Ainsi, Mme. Outin-Adam énonce : « *certes, un bon droit ne suffit pas à lui seul à faire une économie prospère mais il y participe. Dès lors, le droit français des contrats doit fournir aux entreprises des outils appropriés pour une efficacité économique optimale. La réforme s'inscrira alors dans une démarche de création de valeur* »⁹⁴¹. Autrement dit, un droit attractif est nécessaire mais il n'est pas suffisant. C'est l'ensemble des systèmes économique, politique, social et juridique d'un pays qui doivent suivre une logique cohérente afin de parvenir à une croissance économique effective.

544. Les réformateurs du droit des contrats ont souhaité améliorer l'attractivité du droit français sur trois plans : politique, économique et culturel. Cette ambition suit le double aspect de l'attractivité internationale, ainsi que M. Rontchevsky l'explique : « L'enjeu de la compétitivité du droit français est donc double, puisqu'il s'agit non seulement de préserver l'image et l'influence de notre droit dans le monde mais aussi de ne pas fragiliser les entreprises françaises et les professionnels du droit dans une économie de plus en plus globalisée »⁹⁴².

Nous expliquerons dans un premier temps pourquoi nous considérons que distinguer

⁹⁴¹ OUTIN-ADAM Anne, « Réforme du droit des contrats : entre nouvelle vague et dérive... des courants contraires », AJCA, 2015, p. 241.

⁹⁴² RONTCHEVSKY Nicolas, « Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats », AJCA, 2016, p. 112.

entre contrat commercial et contrat civil permet de rendre le droit français plus attractif (**section 1**). En effet, une telle distinction prescrit la mise en place d'un corpus de règles efficaces qui seraient propre au contrat commercial. Cette nouvelle distinction juridique permet également au droit français d'attirer l'attention d'autres pays, pour tenter de reprendre l'harmonisation du droit des contrats et devenir un modèle (**section 2**).

Section 1 : Une distinction anticipative de règles économiquement attractives

545. L'attractivité du droit d'un pays dépend de plusieurs facteurs dont le premier est la langue. L'anglais étant la langue la plus fréquente dans les échanges commerciaux, elle favorise le choix par les contractants du droit anglais, lisible pour eux.

Autre facteur rendant un droit plus attractif, le grand nombre de cabinets d'avocats installés dans un pays. On compte en Angleterre un grand nombre de cabinets d'avocats spécialisés dans le commerce international. Il est logique que le droit anglais soit plus choisi.

Enfin, autre critère : le poids de l'économie d'un pays. Un pays avec une économie forte, une balance économique positive, compte plus de commerçants. Or, ces commerçants vont avoir tendance à choisir leur droit national comme applicable à leurs contrats. Donc, plus l'économie d'un pays est grande, plus le nombre de commerçants est élevé, plus le droit de ce pays sera choisi comme applicable aux contrats internationaux.

546. Dans cette section, nous traiterons plus particulièrement du rôle de l'économie dans la fondation des règles du droit des contrats.

Ce choix est défendable car la plupart des auteurs qui s'intéresse à l'attractivité du droit français et notamment M. Latina pense qu'« à lire entre les lignes, il s'avère que l'attractivité du droit des contrats est exclusivement liée à son efficacité économique. Seul un droit des contrats économiquement efficace pourrait permettre, à nouveau, au droit français de « rayonner » et de servir de modèle »⁹⁴³.

⁹⁴³ Latina Mathis, L'attractivité du droit des contrats : la fonction de modèle, Le blog Dalloz dédié à la réforme du droit des obligations, 2015, <http://reforme-obligations.Dalloz.fr/2015/09/17/lattractivite-du-droit-des-contrats-la-fonction-de-modele/>

547. Pour cela, nous étudions d'abord la relation entre économie et droit. Comme M. Lagarde l'énonce : « *Apprécier l'attractivité d'un ordre juridique amène à confronter deux systèmes de pensée, l'économie et le droit, dont les logiques sont distinctes* »⁹⁴⁴. Pour l'économie, un individu est rationnel lorsqu'il a pour objectif la maximisation de ses intérêts compte tenu de ses contraintes. Alors que pour le droit, l'individu est une personne qui doit suivre des normes juridiques afin de respecter l'ordre social. Les normes juridiques trouvent leurs fondements dans plusieurs facteurs : la justice, la morale, la religion et l'économie.

Peut-être l'une des meilleurs schémas, qui peut expliquer l'évolution de différents fondements du droit des pays occidentaux, est celui de M. Vogel : « L'ouvrage récent de Michael J. Sendel, (*Justice*, Albin Michel, 2016, 416 pages) nous rappelle que le droit et la justice s'organisent dans les sociétés occidentales autour de trois idées concurrentes : promouvoir la vertu, respecter la liberté et maximiser le bien-être. Chacune de ces idées correspond à une manière particulière de penser le droit et la justice. Une société dit-elle promouvoir la vertu de ses citoyens ou demeurer neutre et respecter leur liberté ? La philosophie antique, depuis Aristote, privilégie la vertu et refuse la neutralité du droit. Les modernes, de Kant à Rawls, militent en faveur de la neutralité et du respect de la liberté de chacun. La pensée moderne se soucie nettement de prospérité économique »⁹⁴⁵. Certes, les fondements du droit des contrats ne sont pas limités à ce qui vient d'être annoncé. Mais la prise en compte de cette évolution dans la formation du droit des contrats est importante.

548. « Raisonner le droit des contrats selon les dogmes du passé ne permet pas de comprendre la vie contemporaine du contrat »⁹⁴⁶ par cette phrase, M. Monéger illustre une réalité : celle de la vitalité du contrat. Le contrat a besoin d'un ou de plusieurs cadre(s) juridique(s) adapté(s) pour être le plus efficace possible.

549. Dans cette section, nous nous emploierons à démontrer que le droit français peut devenir plus attractif sur le plan international en mettant en place des règles propres aux contrats commerciaux. L'objectif de cette thèse est de montrer qu'une interprétation du droit des contrats en faveur d'un contrat commercial autonome est possible. Il n'est pas forcément

⁹⁴⁴ LAGARDE Xavier, « Le droit français à l'épreuve de la mondialisation », *Revue Sociétal* (institut de l'entreprise), n° 35, 1^{er} trimestre, 2002, p. 88-92.

⁹⁴⁵ VOGEL Louis, « Le nouveau droit des contrats : obsolète et contre-productif », *AJCA*, 2016, p. 309.

⁹⁴⁶ MONEGER Joël, « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux : l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, les articles L. 145-1 s. du code de commerce et le bail commercial », *RTD com.*, 2016, p. 427.

nécessaire d'adopter des nouvelles règles spécifiques. Nous analyserons la possible interprétation des règles du droit des contrats post-réforme pour les appliquer à une nouvelle catégorie de contrat : le contrat commercial autonome. Soit, selon la définition retenue dans notre thèse, un contrat qui a pour but de permettre aux parties de maximiser leur profit sans violer l'ordre moral de la Société.

Nous partons du postulat que le motif et le but d'un contrat commercial diffèrent de ceux d'un contrat civil ou d'un contrat de consommation. En effet, le contrat commercial est un outil permettant de spéculer et d'augmenter sa richesse. Il a donc un effet direct sur la croissance économique d'un pays.

Dans un contrat civil ou un contrat de consommation, des parties poursuivent un objectif consumériste, ce qui n'est pas compatible avec l'attractivité économique du droit du contrat.⁹⁴⁷ Évidemment, ce type de contrat joue un rôle important dans la croissance économique et le soutien d'une économie de marché. Mais les études économiques de droit et les instruments européens indiquent que cet objectif se réalise en garantissant la protection des consommateurs. C'est pour cette raison que nous considérons que chaque contrat, en fonction du but qu'il poursuit, devrait recevoir un traitement différent. En d'autres termes, lorsque le contrat est conçu comme un outil de protection du consommateur, les lois applicables devraient être différentes de celles qui s'appliquent à des cocontractants disposant de certaines connaissances et profitant de certains avantages, à savoir, les commerçants. Le régime juridique contractuel doit donc varier en fonction du type de contrat qu'il régit.

550. L'idée selon laquelle une distinction entre les différents régimes juridiques des différents contrats permettrait de favoriser l'attractivité des règles applicables suppose la réunion de plusieurs éléments pour aboutir : un droit des contrats jusqu'à présent économiquement inefficace et anti-attractif (§1), des propositions de règles certifiées efficaces

⁹⁴⁷ OUTIN-ADAM Anne, *Op. cit.*, p. 241, décrit ainsi cette contradiction : « En revanche, face à la perspective d'un renforcement de la protection de la partie faible, le bât blesse. Concrètement, on relève plusieurs vecteurs de fragilisation des contrats : violence économique, clauses abusives, immixtion du juge dans le contrat. Autant d'évolutions génératrices d'instabilité et de contentieux, à une époque où la pérennisation des liens économiques doit au contraire être favorisée, à tous les échelons, tant au sein des entreprises que dans les politiques publiques... C'est dans ce contexte que la CCI Paris Île-de-France a adopté un rapport dans lequel elle dénonce une dérive de consumérisation de notre droit commun, qui stigmatise voire attise les rapports de force et suscite de vives inquiétudes dans les milieux économiques.

En définitive, pour la CCI Paris Île-de-France, l'objectif d'équilibre contractuel ne peut pas être une *guideline* absolue dans la vie des affaires et le juge ne saurait se voir reconnaître un droit à l'immixtion et, par là-même, une place dans le contrat concurrente à celle des parties ».

(§2), la distinction en droit positif entre le régime du contrat commercial et celui du contrat civil permet la mise en place de règles économiquement efficaces et attractives (§3). Nous allons détailler les trois éléments ci-dessus.

§I) Un droit des contrats économiquement inefficace

551. Le droit des contrats français a connu une longue histoire et a évolué au fil de temps. Il représente le système de droit civil par excellence⁹⁴⁸. Il a toujours eu une place importante parmi les droits nationaux et les a sans cesse influencés. Cependant, cela ne suffit pas à assurer de son efficacité économique. Afin d'apprécier l'efficacité économique des règles du droit des contrats, il convient d'analyser l'évolution de ces règles au cours de l'histoire. Les deux périodes principales concernent les périodes d'avant et d'après la réforme de 2016.

552. Avant la réforme :

Pour connaître l'esprit qui a composé le droit des contrats avant la réforme de 2016, il convient de connaître l'histoire, le contexte et la genèse du code civil⁹⁴⁹. Sans entrer dans les détails, l'influence du droit romain, la recherche de la justice comme valeur française ont formé la base du code civil. Certes, à l'époque, il n'y avait pas d'études de l'économie de droit pour mettre en cause le code napoléonien ou pour influencer les rédacteurs du Code.

Nous citons ci-après M. Lagarde dans un extrait qui confirme le défaut d'approche économique du droit contractuel français à ses débuts. Cet extrait illustre également les fondements du droit des contrats avant la réforme : *« Ainsi, deux des piliers de notre théorie générale du contrat - l'intangibilité et l'effet relatif - peuvent, d'un point de vue entrepreneurial, apparaître comme autant de points faibles. Ils sont les révélateurs d'une culture du contrat qui prend ses racines dans la morale et la politique, bien plus que dans l'économie. En un mot, qui fait de la morale ou de la politique ne fait pas d'économie.*

Ainsi, la relativement faible attractivité de notre droit des contrats peut-elle se comprendre à la lumière du faible appétit de notre législation civile pour le commerce. Cette législation se donne pour objectif la paix civile. Dans la réalisation de ce dessein, elle ne

⁹⁴⁸ Le droit français est sans doute est un droit le plus influent dans le monde. Nous pouvons constater cette influence non-seulement sur les droits nationaux des pays de tous les continents mais aussi, dans l'élaboration des instruments internationaux et régionaux.

⁹⁴⁹ Nous avons essayé de démontrer l'évolution de la définition et le régime juridique du contrat avant et après la confection du code civil dans les chapitres I au IV de cette thèse.

privilège cependant pas l'échange aléatoire, au cœur pourtant de toute activité entrepreneuriale. Ainsi, notre code civil s'inscrit-il dans une tradition plus bourgeoise que libérale. Il tourne le dos à la version anglaise du libéralisme qui associe paix civile et développement du commerce. Si, dans une société pacifiée, les Anglais développent leur industrie, les Français, sans doute plus « voltairiens », cultivent leur jardin »⁹⁵⁰.

553. Le bicentenaire du Code civil napoléonien a été l'occasion de penser à la refonte du droit des obligations et du droit des contrats. Mme. Castets-Renard décrit bien les raisons de cette réforme : les motifs de la réforme en France sont intrinsèques et extrinsèques au Code civil. Les motifs intrinsèques tiennent aux lacunes et l'ancienneté du Code civil, dont la partie des obligations n'a pas été réformée depuis 1804, ce qui paraît préjudiciable en droit interne, créant un décalage entre les dispositions d'un même code, susceptible de nuire à la cohérence d'ensemble. Les motifs extrinsèques s'inscrivent dans un contexte très concurrentiel : les nombreuses recodifications des droits nationaux, les procédures d'évaluation de l'efficacité des droits nationaux les projets d'harmonisation internationaux et européens, invitent à réagir⁹⁵¹.

C'est seulement deux cents ans après la naissance du code civil que le législateur a décidé de prendre en compte les données économiques pour former un nouveau cadre juridique pour le contrat. Il s'est fixé comme objectif l'attractivité du droit des contrats. Nous analyserons succinctement la réussite de cet objectif à travers les avis des différents commentateurs de la réforme du droit des contrats.

554. Après la réforme :

La réforme du droit des contrats a fait l'objet de commentaires, parmi lesquels on trouve des travaux qui l'ont analysée d'un point de vue de l'attractivité économique. Cependant il y a peu, voire pas, de travaux traitant spécifiquement de l'attractivité des règles en elles-mêmes. Néanmoins, en analysant de plus près ces rapports, nous constatons l'existence de diverses positions concernant son efficacité sur l'amélioration de l'attractivité du droit français. Nous avons choisi des extraits issus de deux travaux sur la réforme qui reflètent bien les différentes visions des auteurs à ce sujet. D'abord nous présenterons un extrait d'un

⁹⁵⁰ LAGARDE Xavier, « Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats », D., 2005, p. 2745.

⁹⁵¹ CASTETS-RENARD Céline, HATANO Hiroki, « L'influence des PDEC sur les projets de réforme des droits français et japonais des contrats », Revue internationale de droit comparé, Vol. 62, n° 3, 2010, p. 713-738.

texte de M. Cabrillac, puis un extrait de la réponse M. Mazeaud à ce dernier.

Dans son article sur le projet de réforme, M. Cabrillac cite quelques exemples d'articles et de concepts introduits dans la réforme entrant, selon lui, en contradiction avec la logique du droit français. Nous citons un extrait où il critique la réforme en général : « *L'ensemble du projet revendique une inspiration plurielle, puisée dans l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dans diverses contributions universitaires et académiques et dans les nombreux documents visant à promouvoir un droit européen des contrats. Cette pluralité est a priori louable car le droit français ne doit pas rester replié sur lui-même et doit savoir s'ouvrir aux influences étrangères et en particulier européennes. Mais ceci à une double condition : ne pas renier la spécificité nationale inscrite dans la continuité historique de notre Code civil et aboutir à une réforme constituant un ensemble cohérent. Or le projet donne l'impression générale d'avoir réalisé hâtivement et maladroitement un grand écart, faisant du copier-coller tantôt de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, tantôt des Principes du droit européen des contrats. Prenez ici un peu de Catala, là quelques pincées de Lando, secouez un peu et vous devriez obtenir un droit français enraciné dans sa tradition nationale et ouvert sur l'extérieur. Le cocktail n'en ressort pourtant guère cohérent [...]. Le souci de compromis équilibré qui a fait le succès et la longévité du Code civil n'a pas été réalisé par la juxtaposition d'un article emprunté au droit romain et d'un autre emprunté à la coutume de Paris mais par une symbiose réfléchie et sagement réalisée de différentes influences qui fait manifestement défaut ci* »⁹⁵².

555. Cet extrait de M. Cabrillac, semble être une réponse directe au rapport sur la réforme du Président de la République, plus particulièrement quand ce dernier énonce que « renforcer l'attractivité de notre droit n'implique pas pour autant de renoncer à des solutions équilibrées, protectrices des parties, mais aussi efficaces et adaptées aux évolutions de l'économie de marché »⁹⁵³. Dans son article, M. Cabrillac montre bien que les réformateurs n'ont pas pu aboutir à cet objectif. Nous partageons son point de vue en ce qui concerne le fait que la réforme entre en conflit avec la logique et la tradition du droit français, nous y reviendrons (§3). Différentes dispositions ont ainsi suivi des logiques controversées.

⁹⁵² CABRILLAC Rémy, « Le projet de réforme du droit des contrat- Premières impressions I », JCP G, 2008, n° 40.

⁹⁵³ 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.

556. Au contraire, M. Mazeaud dans son article Réforme du droit des contrats : haro, en Héroult, en réponse à son collègue, considère la réforme comme une réussite :

557. « Or, contrairement à toi, il me semble que cet objectif est réalisé et que le projet ne souffre pas d'une irréductible incohérence. J'en veux pour preuve, entre autres, le régime choisi pour la détermination du prix et la résolution unilatérale. Pour ces deux questions théoriquement et pratiquement fondamentales, il me semble que la mission de conciliation est accomplie. A l'instar des Principes du droit européen du contrat et de l'avant-projet « Catala », on intègre, comme l'avait d'ailleurs déjà fait la Cour de cassation, dans notre modèle contractuel, l'impératif d'efficacité économique du droit et on ouvre donc, plus ou moins largement, notre tradition civiliste aux leçons de l'analyse économique du droit. Pour autant, on n'ébranle pas les fondations de notre temple contractuel puisqu'on encadre rigoureusement l'exercice du pouvoir unilatéral, prolongement juridique de l'impératif d'efficacité économique, par des obligations de motivation et par un contrôle judiciaire de l'abus, propres, dans le droit-fil de notre tradition morale et humaniste, à éviter que le pouvoir unilatéral ne dégénère en pouvoir arbitraire et que de graves injustices contractuelles soient commises au nom de la loi du marché. Je ne perçois donc pas d'incohérence rédhibitoire dans les textes qui régissent ces deux questions.

... Entre beaucoup d'autres illustrations, je retiendrai d'abord qu'un équilibre assez harmonieux est réalisé entre les impératifs de liberté, de sécurité et de justes contractuelles. Liberté avec, entre autres, l'affirmation du principe du consensualisme, le régime général de la négociation, la sanction finalement retenue pour la révocation abusive de l'offre, la validité des contrats lésionnaires, celle des clauses résolutoires, etc. Sécurité avec, entre autres, la sanction de la rétractation du promettant en matière d'avant-contrats, la consécration du principe de l'exécution forcée en nature des obligations de faire, la détermination du régime de la durée des contrats déterminée, le refus de la révision judiciaire pour imprévision, etc. Justice avec, notamment, l'obligation précontractuelle d'information, la sanction du dol incident et de la violence économique, le nouveau statut de la bonne foi, la renégociation conventionnelle pour imprévision, etc. Dans le même sens, il me semble qu'un équilibre, finalement assez satisfaisant, est réalisé par le projet entre, d'une part, l'attachement à la tradition contractuelle française, avec, entre beaucoup d'autres, le maintien de l'obligation de donner, la théorie « moderne » des nullités et l'opposabilité du contrat et, d'autre part, l'ouverture vers d'autres horizons contractuels, avec la consécration de la résolution unilatérale

anticipée et l'admission des actions interrogatoires »⁹⁵⁴.

558. Nous reviendrons sur l'analyse de ces extraits, mais auparavant il convient de rappeler que ces auteurs ne sont pas les seuls à avoir commentés la réforme. Les commentaires sur la réforme sont intéressants : certains l'ont défendue pour sa position affairiste,⁹⁵⁵ d'autres au contraire l'ont dénigré pour sa position trop consumériste.

§2) Des règles efficaces

559. La distinction du contrat commercial du contrat civil peut augmenter l'attractivité

⁹⁵⁴ MAZEAUD Denis, « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet », D., 2008, p. 2675.

⁹⁵⁵ « L'une des tendances fortes de cette réforme, pour ne pas dire le tournant essentiel qu'elle exprime, est en effet le signe très net d'une empreinte « affairiste » sur les nouvelles règles du droit commun des contrats.

À la lecture de l'ordonnance, on est saisi par le vocabulaire employé et les thèmes retenus (contrat cadre, dépendance économique, indexation du prix, capacité des personnes morales, conditions générales, négociation, confidentialité ...), et même par l'introduction dans le nouveau droit commun des contrats de dispositions qui trouveraient davantage leur place dans les chapitres du code relatifs au droit spécial des contrats (ainsi les dispositions relatives au contrat électronique multiplient-elles les références à la « fourniture de biens », à la « prestation de services », ainsi qu'à la « commande » et à son « prix », s'éloignant singulièrement de l'abstraction qui sied à la théorie générale du contrat ; autre exemple, les « contrats cadre » et les « contrats de prestation de services » sont visés aux futurs articles 1164 et 1165 pour l'application de règles qui leur sont propres).

La modernisation du droit des contrats passe donc par son « affairisation », c'est-à-dire la prise en considération de la dimension économique de la relation contractuelle, peut-être même au premier chef. Non pas que celle-ci ait été ignorée du code civil de 1804, mais l'on mesure le chemin parcouru depuis, avec les ères successives d'industrialisation, technologiques, numériques. L'économie est plus que jamais au cœur de la réflexion juridique, ce dont témoigne, sans surprise, la réforme du droit des contrats. Ainsi par exemple, disparaît la référence sociétale aux « bonnes mœurs » qui était attachée à la cause (art. 1133), au profit d'une unique référence, transversale et au ton plus « neutre » (mais pas forcément plus objective), à l'ordre public (nouvel art. 1162 - l'art. 6 c. civ. est néanmoins inchangé). La réglementation du contrat électronique, actuellement localisée dans un chapitre isolé du titre 3 du Livre III, est déplacée dans une nouvelle section consacrée à « la conclusion du contrat » (futurs art. 1125 et s.), outre d'autres dispositions complémentaires dans les parties sur « la forme du contrat » et sur la preuve. La problématique du prix fait l'objet de nombreuses dispositions (détermination, révision, outre « le paiement d'une somme d'argent »), et les références économiques innervent plusieurs dispositions, de manière plus ou moins explicite (v. les futurs art. 1143 (« état de dépendance »), 1195 (imprévision), 1221-1222 (exécution en nature) ...). Le décalage, désormais, entre une théorie générale du contrat modernisée et notre vieux droit spécial des contrats, n'en devient que plus criant, il y a urgence à se saisir des titres 6 et suivants du Livre III pour offrir au droit français des contrats une rénovation complète ! C'est à ce prix que la codification civiliste pourrait encore avoir un sens au XXI^e siècle, par l'adoption de textes concis, puissants quant à leur contenu, formant un ensemble harmonisé, et suffisamment généraux pour survivre aux vicissitudes du temps.

La nouvelle empreinte « affairiste » du Livre III n'anéantit pas pour autant toute dimension civiliste du droit commun des contrats. Les signes d'un attachement à des institutions juridiques traditionnelles restent visibles, telle la théorie des vices du consentement (avec son cortège d'erreur, dol, violence classique), les règles sur la capacité, celles sur le serment... Mais il faut reconnaître que ces dispositions dans la continuité directe du passé sont un peu noyées parmi celles qui révèlent, au contraire, un changement de prisme ». MALLET-BRICOUT Blandine, « 2016 ou l'année de la réforme du droit des contrats », RTD civ., 2016, p. 463

du droit français car elle envisage des règles efficaces applicables au contrat commercial. Nous avons vu au chapitre 5 que réforme du droit des contrats est fortement influencé par des règles applicables au commerce international. Mais cette distinction promeut une interprétation plus libre de nouvelles dispositions du code civil. En effet, ce n'est plus le code civil qui se modifie pour s'adapter à son époque mais l'interprétation affairiste du droit des contrats qui permettra à au droit français de rayonner sur la sphère internationale. Et cela, en permettant au juge d'appliquer le droit commun des contrats avec une approche protectrice aux contrats civils et ceux de consommation.

560. Nous évitons, par souci de se répéter, de donner des exemples des règles attractives pour un contrat commercial, car nous les avons étudiées en détail dans le chapitre VII. Le respect maximal de l'autonomie de volonté et la portée minimal de principe de bonne foi ; L'intervention très stricte des juges dans le contrat commercial ; La formation, la transmission, et la sortie facile des parties d'un contrat commercial ; Des règles prévisibles, intelligibles et des notions clairement et précisément définies sont des exemples principes qui peuvent régner le régime général d'un contrat commercial.

Dans ce but, les juges peuvent se servir des recommandations, documents et instruments des organes internes et internationales afin d'actualiser l'interprétation du droit français des contrats. En France, la chambre de commerce et de l'industrie (CCI)⁹⁵⁶, la Confédération Française du Commerce de Gros et International (CGI)⁹⁵⁷ et à l'international, les travaux de l'institut international pour l'unification du droit privé, notamment les principes d'Unidroit, forment une source riche.

§ 3) La distinction entre contrat commercial et civil, potentielle source d'attractivité du droit français

561. Au-delà des différentes appréciations des auteurs sur l'attractivité des nouvelles dispositions du code civil en matière contractuelle, il semble qu'il faille attendre de nouveaux rapports des institutions économiques pour connaître le niveau de réussite de la réforme. En attendant, nous allons expliquer plus en détails notre proposition de distinguer entre le contrat civil et le contrat commercial, ainsi que son effet sur l'attractivité du droit français des

⁹⁵⁶ Ces organismes rendent régulièrement des études concernant l'application des règles de droit au monde des affaires.

⁹⁵⁷ La CGI a créé une Chaire d'Enseignement et de Recherche avec un appui important du Ministère de l'Education Nationale, de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche, afin d'étudier les relations concernant le commerce de gros, BtoB ou inter-entreprises.

contrats. Puis, nous expliquerons pourquoi il existe autant d'avis divisés sur la réussite de l'objectif de la réforme.

562. D'une manière générale, l'économie du droit explique que pour que des règles de droit soient considérées comme attractives, il convient de raisonner de manière économique. Un raisonnement purement moral ou une approche uniquement orientée vers la notion de justice ne suffisent pas. Une difficulté se présente à ce moment : sur quel fondement se baser pour adopter ces règles ?

Au sein de la réforme, le législateur a tenté de concilier des logiques incompatibles. Nous ne voulons pas dire qu'une logique économique est forcément en contradiction avec la logique moraliste. Mais le résultat généré par l'une ou l'autre de ces approches ne sera pas le même. Alors que la logique économique est égoïste, la logique moraliste est altruiste⁹⁵⁸.

Si la tradition française du droit des contrats est basée sur le principe *pacta sunt servanta*, en découlent nécessairement l'acceptation de la force obligatoire du contrat et de son exécution forcée en tant que principes sanctionnant l'inexécution du contrat. En conséquence, il est naturel que les dommages et intérêts ne soient pas reconnus comme la sanction principale de l'inexécution puisqu'elle a une nature purement économique. Ceci dit, le choix d'une sanction plutôt qu'une autre ne signifie pas nécessairement que l'une est meilleure ou que l'autre sanction est fautive ou moins pertinente.

563. La question est de savoir quelle logique choisir pour fonder les règles régissant le contrat. Doit-on avoir une approche moraliste ? Humaniste ? Economiste ?

Il convient de chercher la réponse à cette question dans les besoins de la société. Si la France a renoncé à certaines de ses traditions en matière contractuelle et qu'elle a, par exemple, accepté la théorie de l'imprévision ou le prix déterminable, c'est parce que les acteurs économiques français ont requis ces changements dans le domaine des échanges internationaux. En effet, participer au jeu du commerce international exige de tels changements.

Mais dans ce cas, peut-on dire que la réforme a abouti car elle a procédé à certaines

⁹⁵⁸ Avec un exemple extra juridique, nous essayons d'éclairer ces deux différentes logiques. Prenons l'exemple de deux personnes travaillant à plein temps ; avec un parent âgé dépendant. Quelle solution peut être choisie pour accompagner le parent âgé dans ses tâches quotidiennes ? L'approche morale commande la diminution du temps de travail des enfants afin de s'occuper du parent. A l'inverse, l'approche économique commande le maintien du nombre d'heures de travail, voire son augmentation, afin de permettre aux enfants de financer les charges d'une maison de retraite.

modifications du droit français ? Si l'on se réfère aux extraits susmentionnés, ils présentent des avis divergents sur cette question. Nous expliquerons la cause de l'existence d'autant d'avis divergents sur le bilan de la réforme.

M. Mazeaud considère que la réforme a réussi à intégrer certains acquis des études de l'économie de droit rendant les règles françaises attractives. Mais une difficulté subsiste. D'un côté, ces innovations ne sont pas suffisantes, de l'autre, certaines des règles adoptées par le législateur ne sont pas attractives, et même répulsives. Certes, nous constatons une certaine approche économique au sein de la réforme. Mais cette dernière est couplée avec une approche qui est consumériste, et parfois humaniste. Avec la combinaison de ces différentes approches et comme annoncé par le rapport du président, la réforme est une réussite. Mais ainsi que le rappelle M. Cabrillac, tout cela au prix de la mise en place d'un ensemble de règles incohérent.

564. Alors que faire ? Doit-on renoncer à tout changement pour maintenir un ensemble cohérent ? Ou procéder à des modifications relevant de plusieurs objectifs (consumériste, affairiste, etc.) en sacrifiant la cohérence d'ensemble du droit des contrats ?

565. Nous considérons qu'une potentielle solution peut être constituée par la distinction entre le régime du contrat commercial et les régimes des contrats de consommation et civil. Nous avons présenté les différences de logique entre le contrat commercial et contrat de consommation/civil. Le cadre juridique de ces derniers et le règlement des différends liés à ces contrats requièrent une plus grande protection de la partie faible et une intervention accrue du juge. Au contraire, en matière de contrat commercial, il est déconseillé d'adopter une approche moraliste et de justice. Au contraire, il convient d'accorder une portée plus large à l'autonomie de la volonté et de minimiser voire de supprimer le rôle du juge dans la modification du contrat.

Cette différence d'approche ne résulte pas seulement d'un constat économique. « Même Portalis le rappelle régulièrement au cours des travaux préparatoires, le commerce proprement dit (...) doit être régi par des lois particulières, qui ne peuvent entrer dans le plan d'un code civil » ; ce parce que « l'esprit de ces lois diffère essentiellement de l'esprit des lois civiles ». D'ailleurs, de manière parfaitement conséquente, Portalis exposera que des contrats comme l'assurance maritime et le prêt à la grosse aventure, qui sont autant de techniques permettant de gérer la prise de risque de l'entrepreneur, « demeurent étrangers au code civil ». Ce qui est risqué n'intéresse pas le droit civil. Il n'est dès lors pas surprenant que ce dernier

laisse au droit commercial le soin de régler les activités qui reposent par principe sur une prise de risque »⁹⁵⁹.

566. Mais l'idée d'avoir deux corpus de règles en fonction de la nature du contrat fait l'objet de plusieurs critiques. « Cette singularité du droit français n'est certainement pas un avantage. C'est que, en effet, cela conduit à réserver au commerce un traitement dérogatoire et donc à faire du droit commercial un ensemble de règles spéciales. Or, c'est là introduire une source de difficultés. Certaines sont traditionnelles comme, par exemple, celles tenant à l'articulation entre règles spéciales et règles générales. Nous savons les résoudre ; il n'en reste pas moins que pour un opérateur économique, surtout s'il est étranger, cela altère quelque peu la « lisibilité » du droit français. Ce qui est dans le texte se lit toujours mieux que ce qui se trouve dans les marges. Là ne s'arrête pas les effets néfastes de cette sorte de marginalité du commerce »⁹⁶⁰.

567. Nous ne considérons pas que l'existence de deux codes soit un poids pour l'attractivité du droit français. En revanche, les dérogations ponctuelles diminuent la prévisibilité et l'attractivité d'un droit. En effet, le droit perd son intelligibilité pour les acteurs du commerce, notamment ceux du commerce international lorsqu'ils doivent « jongler » entre les différents codes pour trouver les règles applicables. Ce qui diminue l'attractivité d'un droit objectif.

568. Avoir un corps de règles spécifique à la matière contractuelle, avec une logique et un esprit différent des autres matières, n'est non seulement pas une entrave à l'attractivité, mais même un élément de prévisibilité en plus, donc, un argument en faveur de rayonnement d'un ordre juridique⁹⁶¹. Notre but n'est pas de proposer des articles à intégrer au code du commerce sur les règles générales du droit des contrats commerciaux. Nous nous contentons de poser cette question : cela est-il envisageable et judicieux ? Pour répondre à cette question, nous référons les lecteurs, à titre de comparaison, aux règles générales propres aux contrats de la consommation, inscrites par le législateur dans le code de la consommation.

⁹⁵⁹ Lagarde Xavier, *Op. cit.*, p. 2747.

⁹⁶⁰ *Ibid.*

⁹⁶¹ D'une manière générale, codifier des lois ou codifier les solutions jurisprudentielles améliore la lisibilité de notre droit des contrats. « En atteste un récent baromètre d'Ernst & Young, selon lequel le premier critère pris en compte dans la définition des stratégies d'implantation n'est autre que la prévisibilité du droit. Cet enjeu est essentiel pour la sécurité juridique des entreprises, avec une acuité renforcée pour les PME, souvent dépourvues de services juridiques ». OUTIN-ADAM Anne, *Op. cit.*, p. 241.

En tout cas, nous pensons que l'idée d'un corpus de règles propre à la théorie générale du contrat commercial mérite d'être étudiée, avec ces points positifs et négatifs, sans nécessairement trancher sur la position finale à adopter.

569. Le code civil reste le code qui contient des règles générales et le code de commerce comme le code de consommation contient des règles spécifiques à deux catégories de contrats. C'est en effet ainsi que sera respectée la tradition et le fondement du droit français et même du système de droit civil en général. Un corpus unique et cohérent qui est adapté aux enjeux des contrats commerciaux et des contrats internationaux. Si le droit français a accepté la distinction entre l'obligation civile et l'obligation commerciale, il convient d'aller au bout de cette distinction et d'effectuer tous préalables à la réalisation de cette distinction. Il n'est pas judicieux de rester à mi-chemin et se contenter de présenter deux types d'obligation sans présenter une théorie générale pour un contrat commercial.

570. Si le système de *Common Law* ne reconnaît pas la distinction du contrat commercial et le contrat civil, cela ne doit pas forcer le juriste français à renier ses traditions pour s'adapter à l'harmonisation européenne. Et il n'est pas non plus question de déclarer la guerre à tout projet d'harmonisation. Mais nous considérons qu'en adoptant des solutions innovantes respectant la double condition posée par M. Cabrillac (ne pas renier la spécificité nationale inscrite dans la continuité historique de notre Code civil et aboutir à une réforme constituant un ensemble cohérent), cela est envisageable. En conclusion, nous considérons qu'une des solutions envisageables peut être la mise en place d'un corpus de règles propre au contrat commercial poursuivant la seule logique de l'attractivité et prenant la forme d'un code spécifique respectant la tradition de code de civil.

Section 2 : La distinction favorisant l'attractivité du droit français à l'étranger

571. La loi ratifiant de la réforme du droit des contrats est parue au Journal Officiel en avril 2018. Le deuxième objectif poursuivi par la réforme était de renforcer l'attractivité du droit français, au plan politique, culturel, et économique. La réforme voulait ainsi créer un cadre juridique clair, efficace et adapté aux enjeux d'une économie mondialisée et en perpétuelle évolution.

Il convient désormais de se demander si l'autre enjeu lié à l'attractivité a été atteint, à

savoir donner une bonne image du droit contractuel français dans le monde. Est-ce qu'en matière contractuelle, le droit français peut être source d'inspiration pour les instruments internationaux et les autres droits nationaux ? Le droit français est-il harmonisé avec les autres droits ? Peut-on espérer que le droit français « batte » le droit anglais et le droit suisse⁹⁶² dans la compétition menée entre les différentes « règles de droit applicables au contrat internationaux » ? Et enfin, le système de droit civil peut-il l'emporter sur le système de *Common Law* ?

Afin de vérifier l'atteinte de cet objectif, il convient d'étudier l'influence réciproque entre le droit des contrats français et les instruments internationaux. Autrement dit, il nécessaire de déterminer le rôle de ces instruments dans la réforme du droit des contrats et de rechercher si le nouveau droit contractuel français présente des innovations susceptibles d'influencer ces instruments. L'étude de ces textes internationaux est également nécessaire car le nouveau droit des contrats s'en est inspiré. Pour cela il est utile d'analyser pour quelles raisons, pour certains⁹⁶³ auteurs, cette réforme est une réussite alors que pour d'autres⁹⁶⁴, la réforme du droit des contrats présente des incohérences.

572. Plusieurs instruments internationaux et européens ont pour but l'harmonisation du droit substantiel du contrat et, en particulier, le contrat de vente. Parmi ces instruments, les plus importants sont les travaux de la CNUCED⁹⁶⁵ pour la vente internationale de marchandise, les principes Unidroit élaborés par l'institut international pour l'unification du droit privé et les tentatives européennes en matière contractuelle ayant débouché sur la création de plusieurs instruments : les principes du droit européen des contrats, le cadre

⁹⁶² DOGAN Céline, *Attractivité et droit des contrats en Europe et aux États-Unis*, Mémoire de Master 2 Recherche de Droit Européen Comparé, L'Université Paris II - Panthéon-Assas, 2018, Stefan Vogenauer (dir.) ; Rapport n° 22 (2017-2018) de M. François PILLET, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 octobre 2017 concernant le projet de loi 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.

⁹⁶³ MAZEAUD Denis, *Op. cit.*, p. 2675- pour l'avantage de la réforme tiré de la refonte de l'inexécution du contrat voir BARBIER Hugo, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.*, 2016, p. 247 ; GROß Dominik, KLEINSCHMIDT Jens, « La réforme du droit des contrats : perspective allemande sur la balance délicate entre liberté contractuelle et pouvoirs du juge », *RDC*, 01/09/2015, n° 03, p. 674 ; MESTRE Jacques, « Le bonheur contractuel ! », *AJCA*, 2016, p. 105.

⁹⁶⁴ LEQUETTE Yves, « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », *RDC*, 01/09/2015, n° 03, p. 616 ; CABRILLAC Rémy, *Op. cit.* ; pour l'incohérence lié à l'intervention de juge, voir surtout CARTWRIGHT John, « Un regard anglais sur les forces et faiblesses du droit français des contrats », *RDC*, 01/09/2015, n° 03, p. 691 ; EID Isabelle, « Les enjeux de la réforme du code civil et ses innovations », *Daloz IP/IT*, 2016, p. 245 ; TOURNAFOND Olivier, « Les mauvais penchants de la réforme du droit des contrats », *Dr. et patr.*, 2015, n° 247, p. 50 ; Vogel Louis, *Op. cit.*, p. 309.

⁹⁶⁵ La Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement.

commun de référence, la proposition de règlement pour le droit commun de la vente européen. Ces instruments sont bien connus des juristes en matière contractuelle. Mais le choix de se référer à ces instruments dans notre étude, repose sur une raison bien spécifique, au-delà de l'étude de l'attractivité. L'étude des instruments internationaux et l'analyse de l'approche de chaque instrument permet de connaître les motivations qui ont prévalu lors de la conception du régime juridique du contrat. Il nous semble que cette étude est importante car elle permet d'expliquer pourquoi il existe des cadres juridiques différents dans des instruments différents pour organiser le seul domaine du contrat.

Dans le cadre de l'étude de ces instruments nous démontrerons que les rédacteurs des instruments internationaux ont implicitement, de façon consciente ou non, élaboré des règles spécifiques en fonction des différentes catégories de contrat et des divers buts recherchés par les contractants. On parvient à plusieurs solutions différentes pour répondre à une unique question juridique. Nous expliquerons dans le chapitre suivant la solution retenue par chaque instrument. Le résultat de cette analyse nous permettra également d'appuyer notre thèse, à savoir la nécessité d'une distinction entre contrat civil et contrat commercial.

Par une nouvelle approche, nous tenterons d'analyser les différentes règles fixées par chaque instrument pour répondre à une même question juridique. Classiquement, lorsque ces instruments internationaux sont analysés comparativement, on s'intéresse surtout à leurs champs d'application spatiale et matérielle. Nous, nous pencherons sur la définition qu'ils donnent du contrat. Pour cela, nous prenons en compte le but spécifique de chaque instrument. Cette approche nous sera utile au chapitre suivant, à l'occasion de la comparaison entre la solution retenue par chaque instrument et la solution choisie par les rédacteurs de la réforme⁹⁶⁶.

Par exemple par rapport à l'inexécution du contrat, est-ce que la CVIM, qui est un instrument destiné aux contractants professionnels, a opté pour la même solution que les directives européennes portant sur le contrat de consommation ?

573. Si ces instruments internationaux n'opèrent pas de distinction expresse entre contrat commercial et contrat civil, leur analyse met en évidence des différences entre les règles fixées selon l'objectif poursuivi par les rédacteurs. Nous les analyserons sous un nouvel

⁹⁶⁶ A cette fin, nous allons juste étudier les fondements essentiels du droit des contrats qui sont discutée entre le droit civil et le droit *Common Law* à travers des instruments internationaux pour apprécier la réalisation de l'objective des réformateurs.

angle afin de mieux comprendre la distinction.

Dans ce but, nous commençons en premier temps à réviser le champ d'application et le but spécifique des instruments internationaux (§1) et dans un deuxième temps, nous étudierons les instruments régionaux (§2).

§ 1) Les instruments internationaux

574. Dans ce paragraphe, nous étudierons les principaux textes internationaux que leur champ d'application est de nature commerciale. La Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (A) et les principes d'UNIDROIT (B).

A) Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne,1980)

575. La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) a pour objet de fournir un régime moderne, uniforme et juste pour les contrats de vente internationale de marchandises. Elle n'instaure pas un cadre juridique pour le contrat en général, mais seulement pour un contrat spécifique. En effet, la CVIM régit spécialement les contrats de vente internationale de marchandises entre les entreprises privées, à l'exclusion de la vente aux consommateurs, de la vente de services et celle de certains types de marchandises. Cette règle a été mentionnée à l'article 2 de la Convention. Pour mieux comprendre les raisons de la limitation du champ d'application de cette convention, il convient d'analyser l'évolution de cette règle et de la contextualiser.

Les règles uniformes actuelles sont ancrées dans deux conventions antérieures parrainées par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT). Ces conventions - l'une portant sur la formation des contrats de vente internationale (LUFC), l'autre, la Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels (LUVI) - ont été développées au cours des trois dernières décennies par des experts en droit commercial d'Europe occidentale et ont été finalisées en 1964 par une conférence diplomatique à La Haye⁹⁶⁷.

La LUFC ainsi que la LUVI contiennent une annexe dans laquelle elles prévoient qu'elles s'appliquent indépendamment du caractère commercial ou civil des parties ou des

⁹⁶⁷LEGISLATIVE HISTORY Summary of UNCITRAL legislative history of the CISG <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/linkd.html>.

contrats conclus. M. Tunc⁹⁶⁸ dans son analyse sur LUVI qui prévoit ladite règle, énonce ainsi : « l'article 7⁹⁶⁹ prévoit que la loi s'applique aux ventes indépendamment du caractère commercial ou civil des parties ou du contrat. Bien entendu, la loi s'appliquera essentiellement aux ventes commerciales, et elle a été rédigée en fonction de ces principes fondamentaux. Toutefois, il n'est pas difficile de l'étendre aux ventes civiles et il semble que cela doive être fait pour éviter les problèmes découlant soit des divergences entre les systèmes juridiques quant à la portée du domaine commercial, soit, dans certains cas, de l'absence distinction entre le caractère commercial ou civil des ventes ou des parties »⁹⁷⁰.

576. L'explication de cette règle ne semble simple. En effet, la connaissance du contexte historique de signature de ces conventions nous apporte davantage d'informations. Tout d'abord, les travaux de préparation pour ces instruments ont commencé à une période pendant laquelle le droit de la consommation n'était pas encore encadré comme il peut l'être aujourd'hui.

577. De plus, l'une des différences entre les systèmes juridiques porte sur la distinction entre le contrat commercial et le contrat civil. Dans le système de *Common Law*, au contraire du système continental, il n'existe pas de distinction entre contrat commercial et contrat civil, qui consiste en une distinction fondée sur la qualité des parties⁹⁷¹. Une question se pose pour les pays de droit civil comme la France : la CVIM est-elle applicable au contrat commercial ou au contrat civil ? C'est pour cette raison que M. Tunc explique que cet instrument est conçu originalement pour les ventes commerciales : en principe, ce sont des commerçants qui concluent des contrats internationaux. Cependant, il paraît envisageable d'étendre l'application de la CVIM aux contrats civils internationaux.

Mais entre 1964 et la date de ratification de la LUVI, et 1984, date de ratification de la CVIM, le contexte économique mondiale a changé. Le droit de la consommation, apparu en 1960, a pris une place primordiale dans les droits nationaux. Ainsi, les États commencent à intégrer des règles au sein de leurs droits internes afin de protéger les consommateurs.

⁹⁶⁸ Professeur André TUNC (Meaux 1917-1999), fut le représentant de la France dans l'élaboration des projets d'uniformisation du contrat de vente international.

⁹⁶⁹ L'annexe de la LUVI, intitulé, loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, dans son article 7 dispose : La présente loi régit les ventes sans égard au caractère commercial ou civil des parties et des contrats.

⁹⁷⁰ Commentaire sur les Conventions de La Haye du 1^{er} de Juillet 1964 sur la vente internationale de marchandises et la formation du contrat de vente par M. André TUNC.

⁹⁷¹ CABRILLAC Rémy, Droit européen comparé des contrats, LGDJ, 2^e éd., Paris, 2016, p. 13.

C'est pour cette raison que la CVIM à son article 2 exclue la vente aux consommateurs du champ d'application de la Convention. Le secrétaire de la CNUDCI explique que les exclusions de certains types de contrat sont de trois ordres : « celles (les exclusions) qui tiennent au but dans lequel les marchandises ont été achetées, celles qui tiennent au caractère de la transaction et celles qui tiennent à la nature des objets vendus »⁹⁷².

578. La CVIM détermine un nouveau champ d'application en matière juridique appelé le champ d'application *rationae intentio*. Ce champ d'application n'est ni personnel, ni matériel, ni spatial, ni temporaire mais il concerne le but des contractants, leur intention⁹⁷³.

Pour justifier de cette règle, le secrétariat de la CNUDCI, dans ses commentaires sur le projet de la CVIM, explique ainsi : si les ventes aux consommateurs sont exclues de la Convention, c'est que, dans un certain nombre de pays, ces opérations font l'objet de dispositions législatives internes destinées à protéger le consommateur. Pour ne pas contrarier l'effet de ces dispositions de droit interne, il a été jugé préférable d'exclure les ventes aux consommateurs du champ d'application de la Convention. En outre, la plupart des ventes aux consommateurs sont des transactions internes, et on a estimé que la Convention ne devrait pas s'appliquer aux cas relativement rares où les ventes aux consommateurs sont des transactions internationales. Cela peut être par exemple le cas quand l'acheteur est un touriste ayant son domicile dans un autre pays ou que la chose achetée a été commandée par correspondance⁹⁷⁴.

579. Cette stratégie commerciale adoptée dans le cadre de la CVIM, se reflète bien dans le régime juridique du contrat de vente international mis en place par cet instrument. Cet esprit commercial distingue la CVIM d'un instrument portant sur le contrat de consommation.

Cependant, il existe deux difficultés : la première est le caractère politique de la CVIM. En effet, cet instrument a constitué un espace de discussions pour que chaque système juridique défende son idéologie juridique. C'est pour cette raison que l'on retrouve des points

⁹⁷² Commentaire sur le projet de convention sur les contrats de vente internationale de marchandises, établi par le secrétariat document a/conf. 97/5, Conférence Des Nations-Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises Vienne, 10 mars-11 avril 1980, Documents Officiels, Documents de la Conférence et comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances des commissions principales, p. 16.

⁹⁷³ CNUDCI, Précis de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Édition 2012, Nations Unies, p. 18.

⁹⁷⁴ Le commentaire du Secrétariat sur l'article 2 du projet de 1978, [projet de contre-partie de l'article 2 de la CVIM], <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-02.html>.

de divergence au sein de la convention qui ne sont pas réglés. En effet, pour réussir à adopter la convention, il a fallu abandonner l'idée d'unification sur certaines questions juridiques, certaines volontés étant irréconciliables. De ce fait, on peut constater l'existence de différentes solutions à un même problème juridique au sein de la convention.

La deuxième difficulté est constituée par la portée de la convention. Celle-ci définit le cadre juridique d'un contrat spécifique, elle ne donne pas de définition générale du contrat. En revanche, les principes Unidroit ne connaissent pas ces difficultés.

B) Les Principes Unidroit

580. Les Principes Unidroit pour les contrats commerciaux internationaux correspondent à une compilation privée, élaborée par l'Institut international pour l'unification du droit privé, dit UNIDROIT⁹⁷⁵, organisation permanente qui élabore des règles visant à une unification du droit matériel. Plusieurs conventions internationales sont issues des travaux d'Unidroit, mais l'Institut est particulièrement connu pour ses principes relatifs aux contrats internationaux, rédigés par une commission de juristes de droit civil et de *Common Law* en 1994, et qui ont été révisés en 2004, 2010 et 2016.

L'objectif a été, non de tenter une synthèse qui eût été informe, mais de réunir, en faisant des choix, des principes issus des systèmes juridiques majeurs (droit allemand, droit français, droit américain, droit anglais...) pour constituer une sorte de code privé des contrats internationaux. Il s'agit d'une œuvre utile d'une qualité rédactionnelle indéniable. Tout en témoignant d'un effort de créativité pour dépasser les différents systèmes, ces principes procèdent d'une inspiration pragmatique adaptée à la pratique internationale⁹⁷⁶.

Mais il convient d'éclairer quelques points sur ces Principes. D'abord, il convient de préciser que l'approche des principes Unidroit est celle de la CVIM en ce qui concerne les contrats concernés⁹⁷⁷. C'est-à-dire qu'en effet, les principes Unidroit ont pour but

⁹⁷⁵ L'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) est une organisation intergouvernementale indépendante dont le siège est à Rome dans la Villa Aldobrandini. Son objet est d'étudier des moyens et méthodes en vue de moderniser, harmoniser et coordonner le droit privé - en particulier le droit commercial - entre des États ou des groupes d'États et, à cette fin, d'élaborer des instruments de droit uniforme, des principes et des règles.

⁹⁷⁶ TESTU François-Xavier, *Contrats d'affaires*, p. 593-594.

⁹⁷⁷ Naturellement, dans la mesure où les Principes d'UNIDROIT traitent des questions qui relèvent également de la CVIM, ils suivent les solutions que l'on trouve dans cette Convention, avec les adaptations qui sont considérées comme appropriées pour refléter le caractère et le champ d'application particuliers des Principes.

d'harmoniser, de moderniser et de coordonner les droits nationaux par rapport au contrat ayant un caractère commercial. Cet objectif est mentionné dans les commentaires sur le préambule des principes Unidroit (objet des Principe Unidroit)⁹⁷⁸.

De plus, comme la CVIM, ils visent les contrats internationaux car en pratique ce sont les contrats internationaux qui portent sur les contrats commerciaux entre professionnels.

581. Le deuxième point à souligner est le fait que le caractère non-contraignant des Principes ne remet pas en cause leur valeur. Il s'agit d'un choix des rédacteurs des principes⁹⁷⁹. De fait, l'harmonisation non-législative est régulièrement employée, y compris au sein de l'Union Européenne, notamment à travers les principes du droit européen des contrats et le cadre commun de référence. La seule différence entre les principes Unidroit et ces instruments européens relève du domaine d'application de ces instruments. Les Principes traitent du contrat ayant un caractère commercial, et les autres traitent du contrat de façon général.

582. Le troisième point à aborder concerne le rapprochement opéré par les principes Unidroit. En effet, la rédaction des principes elle-même, ainsi que les règles de fond⁹⁸⁰ instituées conduisent à un rapprochement entre les différents systèmes juridiques. Nous pensons que les principes Unidroit apportent un progrès dans la rédaction des règles juridiques. Dans un premier temps, les principes énoncent la règle générale et, ensuite, via les

⁹⁷⁸ Commentaire 2. Contrats "du commerce" :

La limitation aux contrats "du commerce" ne vise en aucune façon à adopter la distinction traditionnelle qui existe dans quelques systèmes juridiques entre les parties et/ou les opérations "civiles" et "commerciales", c'est-à-dire à faire dépendre l'application des Principes de la question de savoir si les parties ont le statut formel de "commerçants" ("merchants", "Kaufleute") et/ou si l'opération a un caractère commercial. L'idée poursuivie est davantage d'exclure du champ d'application des Principes ce qu'on appelle les "opérations de consommation" qui sont de plus en plus soumises dans les divers systèmes juridiques à des règles spéciales, impératives pour la plupart, visant à la protection du consommateur, c'est-à-dire une partie qui conclut un contrat autrement que pour son commerce ou sa profession.

Les critères adoptés à la fois au niveau national et international varient également en ce qui concerne la distinction entre les contrats de consommation et les contrats de non-consommation. Les Principes ne donnent pas de définition expresse, mais l'on suppose que le concept de contrat "du commerce" devrait être entendu dans le sens le plus large possible afin d'inclure non seulement les opérations du commerce pour la fourniture ou l'échange de marchandises ou de services, mais aussi d'autres types d'opérations économiques telles que les contrats d'investissement et/ou de concession, les contrats pour des services professionnels, etc.

⁹⁷⁹ Introduction des principes UNIDROIT, l'édition 1994.

⁹⁸⁰ Les Principes d'UNIDROIT ont pour objectif d'établir un ensemble équilibré de règles destinées à être utilisées dans le monde entier quelles que soient les traditions juridiques et les conditions économiques et politiques des pays dans lesquels elles doivent s'appliquer. Cet objectif se reflète à la fois dans leur présentation formelle et dans la politique générale qui les inspire.

commentaires, le fondement de cette règle est expliqué. Enfin, avec des illustrations, les Principes rendent la règle plus concrète. En effet, ils présentent plusieurs exemples afin de montrer comment chaque règle doit s'appliquer.

583. Le quatrième élément, c'est le caractère sélectif des Principes. C'est-à-dire, afin d'édifier les règles, les Principes prennent en compte le fondement logique qui est compatible à la logique des acteurs du commerce international. « Les Principes d'UNIDROIT reflètent des concepts que l'on trouve dans de nombreux systèmes juridiques, sinon dans tous. Etant donné cependant que les Principes sont destinés à fournir un ensemble de règles spécialement adaptées aux besoins des opérations du commerce international, ils renferment également les solutions qui sont perçues comme étant les meilleures, même si celles-ci ne sont pas encore adoptées de façon générale ».

Nous pouvons constater l'existence d'un tel caractère sélectif dans l'ensemble des instruments consuméristes. La seule différence avec les Principes Unidroit est le fondement logique de ces instruments : ceux-ci cherchent à protéger le consommateur et non les commerçants

§2) Les instruments européens, l'échec de l'harmonisation du régime général des contrats

584. En parallèle des instruments internationaux, il convient d'étudier les différentes tentatives d'instruments régionaux, et particulièrement les essais européens, Europe pour constater l'influence réciproque du droit français et du droit européen sur l'attractivité du droit français.

L'idée d'une Europe unie, comme les États-Unis, a encouragé les pays européens à harmoniser plusieurs secteurs ainsi que le droit. Les juristes européens avaient également dans l'idée l'élaboration d'un code de droit identique pour toute l'Europe⁹⁸¹. C'est à partir de l'an 1999 et l'instauration du marché intérieur que l'idée de l'harmonisation du droit européen a pris une nouvelle forme. Cette idée d'un droit uniforme n'était plus basée sur une idéologie politique mais fondée sur une approche économique. En effet, ce qui était important, c'était le bon fonctionnement du marché intérieur européen. Dans ce cadre, la compétence de la Commission européenne s'est retrouvée élargie afin d'englober l'harmonisation du droit des

⁹⁸¹ Nous pouvons citer professeur Ole Lando (1922-2019) et Mme. Viviane Reding, commissaire à la justice de l'UE, parmi les personnalités fortement impliquées dans la réalisation du projet d'un droit commun européen des contrats.

contrats des États membres.

Afin de régler la problématique du règlement des différends entre les ressortissants de différents pays, l'Union Européenne a entrepris plusieurs travaux au niveau régional⁹⁸².

L'Europe a, en premier lieu, essayé plusieurs politiques afin d'harmoniser les droits nationaux. Elle a ainsi mené une politique d'adoption d'instruments contraignants et non-contraignants, d'instruments sectoriels ou généraux, d'instruments optionnels, d'instruments de degré minimal à degré maximal. Elle a aussi tenté harmoniser le droit européen par une approche sectorielle ou verticale et l'approche horizontale.

Dans un premier temps, nous étudierons les instruments à une vocation consumériste (A) puis, dans un second temps, nous étudierons les instruments à vocation générale (B).

A) Les instruments à vocation consumériste

585. Le contrat de consommation est un des domaines privilégiés de l'Union Européenne en termes de réglementation⁹⁸³. Et l'idée d'avoir un code de la consommation européen était à l'ordre du programme de l'UE. Le Parlement européen a adopté un certain nombre de résolutions concernant l'éventuelle harmonisation du droit privé matériel. En 1989 et 1994, le Parlement européen a demandé que soient entamés les travaux sur la possibilité d'élaborer un Code européen commun de droit privé⁹⁸⁴. Le Parlement a affirmé que l'harmonisation de certains secteurs du droit privé est essentielle pour l'achèvement du marché intérieur. Il a également affirmé que l'unification des principales branches du droit privé sous la forme d'un Code civil européen constituerait le moyen le plus efficace de réaliser l'harmonisation en vue de répondre aux exigences juridiques de la Communauté pour réaliser un marché unique sans frontières⁹⁸⁵. En 2001, la Commission européenne, dans sa première communication depuis la création du marché intérieur, depuis la création du marché, propose 4 options pour améliorer le cadre juridique du droit européen des contrats pour le bon fonctionnement du marché intérieur :

⁹⁸² Ces travaux sont effectués dans le cadre de remèdes principaux. Les remèdes principaux de règlement de différends sont de nombre de trois que nous allons l'expliquer dans le titre suivant.

⁹⁸³ TENENBAUM Aline, « La portée de l'harmonisation des directives en droit de la consommation – La proposition de statut de la fondation européenne », RDC, 01/07/2012, n° 3, p., 966

⁹⁸⁴ J.O. C158 du 26.6.1989, p. 400 (résolution A2-157/89); J.O. C205 du 25.7.1994, p. 518 (résolution A3-0329/94).

⁹⁸⁵ Introduction de la première communication de la commission au conseil et au parlement européen concernant le droit européen des contrats, Bruxelles, le 11.07.2001-COM (2001) 398 final, p. 4

- I. Aucune action communautaire ;
- II. Promotion de la mise au point de principes communs de droit des contrats pour renforcer la convergence des droits nationaux ;
- III. Amélioration de la qualité de la législation déjà en vigueur ;
- IV. Adoption d'une nouvelle législation complète au niveau communautaire⁹⁸⁶.

Pour élaborer cette communication de 2001, la Commission a sollicité l'avis des institutions communautaires ainsi que des parties intéressées, en particulier les professions juridiques, les universitaires et les opérateurs économiques afin de déterminer quelle était la meilleure option⁹⁸⁷. La Commission, dans sa communication du février 2003⁹⁸⁸ propose des mesures au parlement européen et au conseil.

La première mesure, qui est aussi la "mesure-clé" du plan d'action, vise à une amélioration du droit communautaire existant et futur avec l'établissement d'un cadre commun de référence. La deuxième mesure du plan d'action vise la promotion des clauses contractuelles types. La troisième mesure encourage une réflexion sur l'opportunité de mesures non sectorielles, contrairement aux mesures d'harmonisation sectorielle telles que proposées par la Commission dans le passé. La Commission invite également le public sur un certain nombre de questions relatives à cette mesure. Le contenu de cet instrument ainsi que son mode d'application sont obligatoires ou facultatifs.

En 2004⁹⁸⁹, en raison de la faible participation du public pour renseigner le livre vert, la Commission a émis une nouvelle communication : « Droit européen des contrats et révision de l'acquis ». Cette communication dresse des plans spécifiques pour les éléments de l'acquis

⁹⁸⁶ Bruxelles, le 11.07.2001- COM (2001), p. 14.

⁹⁸⁷En avril 2002, la Commission avait rendu public un résumé des résultats de la consultation, (IP/02/496, 3 avr. 2002). Le résultat de la consultation publique peut être résumé comme suit : seule une petite minorité de voix se sont exprimées en faveur de l'option 1, ayant pour objet de laisser la solution des problèmes essentiellement au marché. L'option 2 prévoyant la réalisation de principes juridiques communs, utiles à la fois aux législateurs nationaux dans le cadre de leurs initiatives législatives, aux tribunaux et aux arbitres dans le règlement des litiges transfrontaliers, et aux parties contractantes dans la rédaction de leurs contrats, a, quant à elle, reçu un large soutien. L'option 3, ayant pour objectif d'améliorer l'acquis communautaire existant, sans pour autant harmoniser nécessairement d'autres domaines, a été soutenue d'une façon quasi unanime. Il convient de relever que certains parmi ceux qui se sont exprimés pour l'option 1, ont néanmoins également favorisé l'option 3. Enfin, l'option 4 était orientée vers une approche à plus long terme, qui aurait comme conséquence la création d'un nouvel instrument de droit européen des contrats.

⁹⁸⁸ Bruxelles, le 12.2.2003-COM (2003) 68 final

⁹⁸⁹ Bruxelles, le 11.10.2004-COM (2004) 651 final

relevant de la protection des consommateurs, conformément à la stratégie pour la politique des consommateurs (2002-2006). Elle entend également poursuivre la réflexion sur l'opportunité d'un instrument optionnel. Deux directives ont été établies afin de mettre à jours l'acquis communautaire en matière de contrats de consommation : a directive du 8 octobre 2008 sur les droits du consommateur et la directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

Dans ses rapports de 2005⁹⁹⁰ et 2007⁹⁹¹, la Commission présente ses avancements dans l'élaboration du Cadre Commun de Référence (ci-après « CCR »). Nous étudierons cet instrument en détails dans le paragraphe suivant. Nous nous contentons pour l'instant de dire que le premier effort de la Commission pour réaliser son plan d'action a été la réalisation de cet instrument.

Alors que l'UE menait des discussions sur le projet final du CCR, la Commission a lancé en 2010 une étude sur la faisabilité d'un instrument optionnel de droit européen des contrats. Elle a également lancé une nouvelle consultation publique à travers un livre⁹⁹², en 2010. Elle y proposait des plans d'actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises.

En définitive, parmi plusieurs options, la Commission a retenu celle d'un règlement optionnel sur le droit commun de la vente. Ce qui va être finalisé sous une proposition règlement de Commission européenne relatif au droit commun européen de la vente, 11 oct. 2011⁹⁹³.

586. Ce droit commun européen de la vente, est fondé sur l'article 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Cet instrument est d'une grande importance en raison de son champ d'application personnel. En effet, l'article 7 de la proposition de règlement prévoit deux cas de figure dans lesquels les parties pourront choisir l'instrument

⁹⁹⁰ Bruxelles, le 23.9.2005-COM (2005) 456 final

⁹⁹¹ Bruxelles, le 25.7.2007-COM (2007) 447 final

⁹⁹² Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, Bruxelles, le 1.7.2010 COM (2010)348 final.

Les livres verts publiés par la Commission offrent un éventail d'idées dans le but de lancer, dans l'ensemble des pays, une consultation et un débat sur un thème précis. Les organisations et citoyens intéressés par le sujet sont invités à exprimer par écrit leur avis sur les propositions émises avant une date limite. Le but de la Commission est d'initier un débat sur un thème pas encore abordé par les politiques européennes. Cette consultation peut aboutir à un livre blanc.

⁹⁹³ Bruxelles, le 11.10.2011- COM (2011) 635 final.

optionnel pour régir leur contrat de vente ou de fourniture de contenu numérique. Il s'agit, d'une part, des contrats de consommation (B2C) et, d'autre part, des contrats entre professionnels (B2B) lorsque l'une au moins des parties est une PME⁹⁹⁴. Cependant, M. Piedelièvre considère que « le domaine naturel du nouveau droit de la vente paraît être les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur »⁹⁹⁵. En tout cas, la comparaison entre les solutions retenues dans cet instrument et ceux des instruments du commerce international est intéressante. Nous analyserons certaines dispositions de cette communication et les comparerons avec celles d'autres instruments internationaux au chapitre suivant.

Bien que cette proposition de règlement n'ait jamais vu le jour, les solutions qui y figurent ont été reprises dans les instruments suivants : les directives européennes de 2019/771 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens et celle de 2019/770 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques⁹⁹⁶.

B) Les instruments ayant une vocation générale.

587. A titre liminaire, il convient de préciser que dans ce paragraphe, nous nous basons, sur l'idée selon laquelle le droit commun du contrat est distinct du droit commun du contrat de l'Union Européenne. Si en France, le droit commun du contrat constitue la base du contrat civil, commercial, public, de consommation etc., en Europe, le droit commun du contrat est le droit du contrat qui peut être commun entre les États membres de l'UE. L'Europe a toujours souhaité posséder un instrument qui supplante les droits nationaux en matière contractuelle. Les principes du droit européen des contrats (a) et le cadre commun de référence (b) ont été préparés dans cet objectif. Ces instruments ont eu de fortes influences dans la réforme du droit des contrats de la France.

a) Les principes du droit européen des contrats

588. Le premier essai de l'Europe sur un code européen du contrat revient à l'époque de la communauté européenne. Plutôt influencée par une idéologie politique, l'Europe cherche à construire un instrument qui reflète le droit commun européen du contrat. Tout est

⁹⁹⁴ FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, BEHAR-TOUCHAIS Martine, JACQUEMIN Zoé, « Droit commun européen de la vente : l'unité sans l'uniformisation », RDC, 01/01/2012, n° 1, p. 191.

⁹⁹⁵ PIEDELIEVRE Stéphane, « Vers un nouveau droit européen de la vente », Gaz. Pal., 2012, n° 12, p. 7.

⁹⁹⁶ Cf. *supra* n° 398 et s.

parti d'une idée, lancée en 1974 par Ole Lando, professeur à l'Université de Copenhague et qu'il a ainsi décrite : On ressent le besoin d'une infrastructure communautaire au droit du contrat pour servir de fondement aux règles communautaires qui gouvernent des espèces spécifiques de contrat en augmentation constante⁹⁹⁷. La Commission sur le droit européen du contrat (CDEC) est un groupe formé à l'initiative d'universitaires d'États membres de l'Union Européenne. Ce groupe a préparé les Principes du droit européen du contrat (PDEC), destinés à s'appliquer comme règles générales de droit contractuel dans l'UE. Les PDEC furent publiés en deux volumes, l'un fin 1999 et l'autre en 2003⁹⁹⁸.

L'idée a certes évolué, elle s'est développée, mais elle marque bien le caractère communautaire de l'entreprise. C'est ce caractère communautaire qui constitue la différence avec ce qu'a entrepris l'Institut de Rome pour l'unification du droit privé (Unidroit) avec ses Principes relatifs aux contrats du commerce international (principes Unidroit). Ces principes ont une vocation universelle et devaient tenir compte des pays de système socialiste (bien réduits aujourd'hui depuis la chute de l'URSS).

Concernant la forme de cet instrument, les auteurs des principes Unidroit ont rédigé les règles sous forme d'articles, chacun assorti d'un commentaire expliquant la solution retenue et d'une note résumant l'état du droit dans les quinze pays, avec des indications bibliographiques, de même que les solutions des instruments internationaux, tels que la Convention sur la vente internationale de marchandises (Convention de Vienne). Il faut bien préciser que ce qui est recherché, ce n'est pas une solution moyenne, mais, dans l'éventail des solutions proposées par les modèles européens nationaux et les modèles internationaux, la règle qui semble la meilleure pour l'Europe »⁹⁹⁹.

b) Le cadre commun de référence

589. Nous avons vu qu'en 2004, pour harmoniser le droit des contrats en Europe au-delà du seul domaine des contrats de consommation, la Commission européenne a d'abord choisi d'élaborer un cadre commun de référence (CCR). Celui-ci, édifié fin 2007 par des universitaires européens, prend la forme d'une proposition, le projet de cadre commun de

⁹⁹⁷ TALLON Denis, « Les principes pour le droit européen du contrat : quelles perspectives pour la pratique ? », *Revue du notariat*, Defrénois, 15/06/2000, n° 11, p. 683.

⁹⁹⁸ LANDO Ole, « La contribution française au droit européen du contrat », *RDC*, 01/04/2009, n° 2, p. 729.

⁹⁹⁹ TALLON Denis, *Op. cit.*, p. 685.

référence : « draft Common Frame of Reference »¹⁰⁰⁰. Le parlement européen dans la résolution ... traite la forme et le contenu final de ce projet qui va s'appeler « CCR politique ». Un résultat qui n'a jamais abouti. Ce qui nous laisse penser que ce projet de cadre de commun de référence politique est suspendu ou est même implicitement enterré.

Le Draft, comme on le sait, n'est pas né d'une seule plume, mais résulte de la rencontre de plusieurs recherches, de plusieurs textes, de plusieurs initiatives, de nombreux protagonistes et de finalités différentes les unes par rapport aux autres.

L'arbre généalogique du corps des règles de CCR remonte, d'une part, aux principes de l'acquis communautaire (ACQP), d'autre part, aux principes du *European Civil Code* (PECC) ; à leur tour, chacun de ces projets provient des *Principles of European Contract Law* (PECL) ; les PECL s'inspirent des *Principles of International Commercial Contracts* (PICC), et chacun d'eux s'inspire des principes de la Convention internationale sur la vente des biens (CISG) »¹⁰⁰¹.

590. Mais quelques points sur cet instrument :

Il convient premièrement de souligner que ni le CCR ni les principes Unidroit n'ont jamais eu un caractère contraignant. Ce cadre commun constitue seulement une boîte à outil pour les législateurs européens afin qu'ils l'utilisent pour élaborer leurs codes juridiques internes.

Ensuite, il convient de préciser que cet instrument, pour parvenir à son but, rassemble l'ensemble des solutions européennes existantes en matière de droits des contrats, c'est-à-dire l'ensemble des règles juridiques applicables au contrat civil, au contrat de consommation et au contrat commercial.

Il faut également retenir un autre point sur l'objectif de cet instrument : le CCR est conçu dans le but de rapprocher la pensée des juristes des pays européens au fil du temps. Autrement dit, le CCR, mettant à disposition des cadres juridiques du contrat présenté par tous les pays membres, souhaite familiariser les juristes des pays membres avec les règles existantes dans les autres pays.

¹⁰⁰⁰ AUBERT DE VINCELLES Carole, « Protection des intérêts économiques des consommateurs. Droit des contrats », JCI Europe, Fasc. 2014.

¹⁰⁰¹ ALPA Guido, « Table ronde : Quelle politique juridique pour le Cadre commun de référence ? », RDC, 01/04/2009, n° 2, p. 826.

Enfin, il convient de souligner cet instrument recommandant que le CCR n'encadre pas le régime juridique du contrat commercial entre professionnels mais se concentre sur le contrat de consommation.

591. L'étude de ces différents instruments existants nous montre que chacun a sa propre forme de rédaction et sa propre logique de prise en compte des règles du droit des contrats. Le droit français, à travers l'intervention des juristes français, a influencé ces instruments par l'intégration de certaines notions juridiques.

L'influence réciproque de ces instruments sur le droit français via la récente réforme du droit des contrats est remarquable tant sur la forme, que sur le fond.

Afin d'apprécier comment ces instruments se reflète au sein du code civil, il convient préalablement de répondre à une question : quelle est la portée du code civil ? Le code civil doit-il présenter le régime juridique général du contrat, c'est-à-dire toutes les règles applicables à l'ensemble des contrats, sans prendre en compte le type de contrat concerné, qu'il soit commercial, public, international, de consommation ? Ou doit-il contenir les règles communes à tous les contrats et renvoyer aux codes spéciaux pour les règles spéciales du droit des contrats ?

Pour répondre à cette question, il convient de prendre en compte une spécificité historique : le contrat de consommation et le contrat de droit public n'existaient pas à l'époque de la rédaction du code civil. Le code civil a encadré toutes les relations contractuelles juridiques sauf celles des commerçants.

592. Désormais, l'époque n'est plus à la simple relation classique débiteur/créancier. Il existe des relations commerçant/commerçant, consommateur/commerçant, etc. Chacune de ces relations juridiques exigent un cadre juridique distinct. Chaque instrument emploie une logique spécifique pour répondre à un certain type de relation.

Si on accepte que l'esprit d'un contrat de droit public est différent de celui d'un contrat commercial mais également de celui d'un contrat de consommation, alors, comment peut-on expliquer le rassemblement de ces différentes conceptions au sein d'un seul code ?

593. Nous pensons par rapport aux instruments internationaux, la prise en compte de la logique de chaque instrument est primordiale. En particulier car le législateur va s'inspirer de ceux-ci. En effet, lorsque le législateur choisit d'intégrer une règle d'un instrument international au code civil, il convient de vérifier la compatibilité entre la logique de cet

instrument et la portée du code civil.

Ainsi, si on intègre une règle d'un instrument à vocation commerciale puis une autre issue d'un instrument à vocation consumériste et enfin une règle d'un instrument à vocation générale, l'ensemble de règles final ne sera pas cohérent.

D'abord, parce que les fondements de ces règles diffèrent selon l'instrument. Ensuite parce que ces fondements eux-mêmes sont différents de ceux ayant donné naissance aux règles initiales du code civil. L'ancien droit des contrats a été marqué par des bases religieuses et moralistes. Mais quand il s'ouvre sur de nouveaux fondements ayant la nature opposée ainsi que le fondement consumériste et celui spéculatif, Alors, il faut bien déterminer quel fondement l'on veut pour le code civil. Et quel sera sa portée en déterminant le type des relations contractuelles soumises au droit commun des contrats.

Conclusion

594. La distinction entre contrat civil et contrat commercial peut favoriser l'attractivité du droit contractuel français. Cette attractivité peut être observée à deux niveaux différents. En premier, la distinction, prévoyant des règles de droit plus efficaces, peut rendre le droit français plus attractif que les autres droits nationaux. Deuxièmement, la distinction entre commercial et contrat civil permet de rendre le droit français plus prometteur dans l'élaboration des instruments internationaux et nationaux étrangers.

Sur le plan technique, la distinction permet d'imaginer un cadre juridique qui serait propre au contrat commercial. En effet, en interprétant les règles du droit des contrats en suivant les recommandations des études de l'économie du droit, nous pouvons les appliquer d'une manière plus efficace à la catégorie du contrat commercial. Des conseils qui prescrivent des règles intelligibles, prévisibles et cohérents. Les règles qui réduisent les coûts des opérateurs économiques et favorisent l'expansion du commerce.

Sur le plan politique, la distinction entre contrat commercial et contrat civil peut nous aider à appréhender d'une manière différente les instruments internationaux. La CVIM et les Principes Unidroit sont des exemples relativement réussis d'instruments instituant un régime juridique pour les contrats commerciaux entre professionnels. Mais les essais au niveau de l'UE, malgré presque deux décennies de discussions, ne sont pas parvenus à un texte définitif.

La particularité de l'Europe pour avoir d'un nouvel instrument propre elle-même relève du fait que l'UE a instauré un marché intérieur. Celui-ci met en relation les

professionnels et les consommateurs à travers des contrats internationaux. Donc, un instrument international est nécessaire afin d'unifier le droit des contrats pour les contrats transfrontaliers de consommation. Or, toutes les tentatives de l'UE ont, pour surmonter cette absence d'uniformisation, échoué.

Selon nous, au-delà des raisons purement politiques, cet échec est la conséquence de la poursuite d'un objectif impossible à atteindre c'est-à-dire rassembler les règles propres au contrat commercial avec le contrat de consommation dans un instrument.

L'Europe doit se concentrer plus particulièrement sur les contrats européens de consommation. Un domaine dans lequel, elle a sûrement réussi jusqu'à maintenant à harmoniser le droit des États membres. Il nous semble que la France, dont le droit distingue entre contrat commercial et contrat civil, peut envoyer comme signal à l'Europe que le prochain chemin de l'unification du droit des contrats passe par cette étape.

Chapitre II : Une nouvelle solution du règlement des différends liés aux contrats commerciaux internationaux, une synthèse des méthodes classiques.

595. Le choix entre au moins deux ordres juridiques différents date de l'antiquité¹⁰⁰². Le problème est simple. On est en présence d'un litige pour lequel plusieurs ordres juridiques sont susceptibles d'être applicables. Cependant le choix du droit applicable à ce type de litige est épineux. Cela a donné naissance au fil du temps à plusieurs méthodes de règlement de différend : la méthode de conflit de lois, la méthode universaliste, la *lex mercatoria* et les contrats professionnels types. Chacune de ces méthodes a ses avantages et ses inconvénients. Le souci principal relatif à ces solutions relève de leur efficacité de telle sorte que les États souverains, les juristes et les acteurs économiques se sont penchés plus ou moins sur une méthode.

596. Notre but dans ce chapitre est de mettre en exergue la manière dont la distinction entre le contrat commercial et le contrat civil peut constituer une alternative, voire, se substituer à l'ensemble de ces méthodes tout en respectant leurs fondements. Afin de définir les conséquences de cette distinction, il convient d'analyser minutieusement chacune des méthodes précédemment citées et d'expliquer pour quelle raison il n'est toujours pas possible d'opter pour une seule méthode.

597. Avant de rentrer dans l'analyse de chaque méthode, il convient de clarifier

¹⁰⁰² BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, Droit international privé, LGJD, 8^e éd., Paris, 1995, T.1, p. 236.

certain points.

Tout d'abord, l'étendue de nos études dans ce chapitre est limitée aux litiges relevant des contrats commerciaux internationaux. À cette fin, nous excluons les litiges issus de la responsabilité civile, des actes et même les contrats matrimoniaux¹⁰⁰³, cela pour la simple et bonne raison que ces domaines sont toujours sous la forte influence de la politique, de la tradition et de la culture de chaque pays. Même s'il est vrai que les contrats commerciaux en tant que branche du droit y sont eux aussi soumis, le monde du commerce, comme nous l'avons vu dans le chapitre III (les fondements)¹⁰⁰⁴, échappe ou tout du moins a toujours essayé d'échapper à cette influence afin de conserver son autonomie.

Deuxièmement, l'étendue de notre étude couvre les contrats commerciaux internationaux d'après notre critère de définition. Si l'on se rappelle le premier chapitre concernant la définition du contrat commercial international¹⁰⁰⁵, nous avons vu qu'il n'existe pas de définition de commercialité pour les contrats internationaux. Ce terme a été utilisé d'une part pour écarter les contrats qui n'ont pas d'enjeux pécuniaires, et d'autre part pour écarter les contrats d'État.

La définition de commercialité énoncée d'après notre théorie¹⁰⁰⁶ dans un précédent chapitre est particulièrement importante. Car, selon cette dernière, certains types de contrats d'État, c'est-à-dire les contrats entre un État et un investisseur privé, vont alors entrer dans le champ d'étude des contrats commerciaux internationaux. L'étude de l'une des sentences arbitrales portant sur un contrat d'État dans le secteur pétrolier sera l'occasion de montrer concrètement la différence entre un contrat civil et un contrat commercial.

C'est pour cette raison que dans un premier temps, nous expliquerons le fondement théorique de notre propos concernant les méthodes de règlement des conflits (**section 1**) et dans un second temps, nous mettrons en pratique notre théorie via l'étude du contrat d'affermage pétrolier (**section 2**).

¹⁰⁰³ Afin de faciliter la lecture de ce chapitre, par l'expression « contrat international », nous entendons « contrat commercial international ».

¹⁰⁰⁴ Cf. *supra* n° 200 et s.

¹⁰⁰⁵ Cf. *supra* n° 86 et s.

¹⁰⁰⁶ Cf. *supra* n° 295 et s.

Section 1 : L'analyse détaillée des méthodes de règlement des différends

598. Avant de rentrer dans le sujet, il est nécessaire d'expliquer la terminologie utilisée dans cette section. Il ne faut pas confondre les **méthodes** et les **modes** de règlement des différends des contrats commerciaux internationaux. En dépit du défaut de terminologie officielle, le vocabulaire des auteurs montre bien qu'il existe une différence entre ces deux concepts¹⁰⁰⁷. L'emploi de la terminologie des modes de règlement des litiges internationaux vise plutôt l'aspect procédural et insiste sur la forme de leur résolution¹⁰⁰⁸. En effet, quand on parle des modes de règlement des litiges internationaux, en principe, on entend le recours à un tribunal étatique ou arbitral, la médiation, la négociation etc. À cette étape, comme nous pouvons le constater, la question de la loi applicable n'a pas en soi d'importance, c'est plutôt la forme de règlement qui importe. Alors que le deuxième concept, la « méthode des règlements », qui n'a d'ailleurs pas été tout à fait théorisé, vise le fond du litige et insiste sur la façon dont on détermine le régime juridique et la loi applicable à un contrat international.

Néanmoins, l'importance du régime juridique des contrats internationaux dans le monde du commerce est évidente car ces derniers cherchent avant tout la sécurité juridique. Plusieurs tentatives de réponses ont été présentées depuis la naissance des premiers litiges internationaux. Évidemment, nous n'avons pas inventé ces méthodes. En effet, ces dernières, à savoir, les concepts de conflits de lois, de la *lex mercatoria*, ou des règles matérielles universelles ont déjà été développés dans la littérature juridique du droit du commerce international. Cependant, chaque notion a été traitée de manière indépendante sans établir de lien entre elles. Par exemple *la lex mercatoria* est présentée comme une source du droit des contrats internationaux alors que les conflits de lois le sont comme un **mode** de règlement.

¹⁰⁰⁷ Pour les auteurs qui utilisent le mot de « méthode » en droit international privé dans le sens de la loi applicable : cf., MAYER Pierre, HEUZE Vincent, REMY Benjamin, *Op. cit.*, p. 24-30 ; BOUREL Pierre, LOUSSOUARN Yvon, De VAREILLES-SOMMIERES Pascal, *Droit international privé*, Dalloz, 10^e éd., Paris, 2013, p. 72.

Pour les auteurs qui utilisent les méthodes de conflits de lois dans le vrai sens, c'est à dire la méthode qui permet de définir quelle loi choisir lorsque plusieurs sont applicables à un litige (la méthode bilatérale et unilatérale) cf., AUDIT Bernard, D'AVOUT Louis, *Droit international privé*, Economica, 7^e éd., Paris, 2013, p. 145-177 ; BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, PUF, 4^e éd., Paris, 2017, T. I, p. 399-406 ; NIBOYET Marie-Laure, De GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, *Op. cit.*, p. 173-190 ; il est nécessaire de préciser que dans ce dernier ouvrage, les auteurs utilisent « **les modes** de règlement du conflit de lois » et « **la méthode** de la règle de conflit » indifféremment. En revanche, dans une utilisation isolée, certains se servent du mot « système » au lieu de méthode ; cf., ANCEL Marie-Elodie, DEUMIER Pascale, LAAZOUZI Malik, *Droit des contrats internationaux*, SIREY, 2^e éd., Paris, 2019, p. 44.

¹⁰⁰⁸ Dans ce sens cf., KESSEDJIAN Catherine, PIRONON Valérie, *Droit du commerce international*, p. 437.

C'est pour cela que nous avons décidé de les regrouper autour d'un sujet central qui est la détermination du régime juridique d'un contrat commercial international. Autrement dit, nous essayons de les théoriser autour d'une idée principale qui est le régime juridique du contrat commercial international. Cette nouvelle réorganisation nous permet de comparer et de vérifier facilement l'apport de chaque méthode afin de déterminer le régime juridique d'un contrat international.

599. Nous présentons ici un petit résumé des méthodes afin de connaître leur évolution au fil du temps. Ces dernières tournent autour de 3 axes différents :

* **L'application d'un des ordres juridiques.** Cela se traduit par le système conflictuel : une fois qu'un ordre juridique national est choisi, ce dernier encadrera les relations entre les parties.

* **Harmoniser le droit applicable au litige.** Cette solution a été présentée par l'école universaliste¹⁰⁰⁹ : les juristes internationaux tentent d'uniformiser les droits nationaux et les règles matérielles afin de trancher les affaires commerciales. Pour cela, le droit international public constitue une aide. Le fait que le domaine des conventions se prête particulièrement bien à une telle uniformisation est également un avantage. Les résultats liés à cette solution (le recours à une convention internationale) restent limités aux contrats de vente¹⁰¹⁰ et de transport¹⁰¹¹.

***Les droits nationaux écartés et le recours aux normes applicables entre commerçants.** Cette solution a été présentée par l'école de Dijon¹⁰¹² et se traduit par la *lex mercatoria*. Elle consiste à recourir à l'application des normes spécifiques applicables dans chaque secteur commercial. Cette solution a tout de suite trouvé sa place dans l'arbitrage des affaires internationales mais n'a pas reçu tant d'avis favorable pour une application par les juridictions étatiques. Sur le plan théorique, la *lex mercatoria* est une solution qui serait

¹⁰⁰⁹ TRIAS DE BES I GIRO Josep Maria, Les grandes écoles universalistes in « règles générales des conflits de lois », RCADI, 1937, T. 62, p. 14-23.

¹⁰¹⁰ Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises de Vienne de 1980.

¹⁰¹¹ La convention de Genève dite C.M.R. (Convention relative au contrat de transport international de Marchandise par Route).

¹⁰¹² Contribution du CREDIMI (Centre de recherche sur le droit des investissements et des marchés internationaux. Contributions de Ali BENCHENEB, COURDIER-CUISINIER Anne-Sylvie, JACOTOT David, JOURDAIN-FORTIER Clotilde, LOQUIN Éric, MANCIAUX Sébastien), « école de Nice/école de Dijon », Revue internationale de droit économique, De Boeck Supérieur, 2013/4, T. XXVII, p. 459-473.

favorable aux commerçants et aux affaires commerciales, mais sur le terrain pratique son application n'a pas été généralisée par les juges étatiques.

Le recours à ces trois axes pour trouver le régime juridique adéquat prouve bien l'inefficacité de chaque solution comme nous l'avons dit au début de chapitre. En effet, chacune de ces solutions n'a pas satisfait l'ensemble des États souverains, les juristes et les acteurs économiques. De plus, il y a une autre difficulté concernant ces méthodes. L'application de chacune d'entre elles sur un contrat international débouche sur un régime juridique différent, ce qui efface toute sécurité juridique. Nous allons donner un exemple très simple, illustré par un petit schéma afin de montrer l'état chaotique dans lequel les contrats commerciaux se trouvent. Imaginons que deux parties ayant des nationalités différentes ont conclu un contrat de vente, mais l'une a refusé d'exécuter son obligation de livrer des marchandises et l'autre assigne la première devant une juridiction. La décision obtenue peut varier en fonction de la qualité des cocontractants (personne privé ou personne publique) et de la qualité de la juridiction (étatique ou non-étatique). Autrement dit pour une même demande, il y aurait potentiellement différentes réponses.

600. Les questions que nous pouvons nous poser sont de savoir pourquoi il y a des réponses différentes pour la même demande concernant le régime juridique d'une seule relation contractuelle. Et n'y a-t-il pas une solution permettant les uniformiser ; car d'après une logique saine et pure, il ne doit pas exister autant de divergence sur une même question¹⁰¹³. Comme on peut le remarquer dans notre exemple, plusieurs facteurs jouent un rôle dans la détermination du régime juridique d'un contrat international : l'internationalité du contrat, la qualité des parties et le type de la juridiction. Bien que les deux premiers facteurs puissent justifier de telles divergences, la nature d'un tribunal ne doit pas en principe permettre d'influencer le régime juridique d'un contrat. C'est à partir de là que nous cherchons à comprendre les raisons ou les origines de ces divergences en matière contractuelle.

601. En ce qui concerne l'internationalité du contrat, chaque pays est souverain pour déterminer la loi applicable à une relation contractuelle. C'est à dire, si une relation contractuelle internationale est soumise au juge d'un État souverain, celui-ci appliquera ses

¹⁰¹³ Certes, nous pouvons affirmer que l'existence d'un minimum de divergence entre les règles juridiques de deux droits nationaux sur un sujet peut être justifiée par leurs différences culturelles, politiques, sociétales et historiques. Cependant, l'existence d'autant de divergences au sein des ordres juridiques internes et internationaux n'est pas justifiable.

règles de conflit de lois afin de déterminer le droit de l'ordre juridique applicable. Ces règles varient d'un pays à l'autre. C'est pourquoi l'internationalité d'un contrat affecte le régime juridique.

De plus, nous avons vu qu'en droit continental et en particulier en droit français¹⁰¹⁴, ce sont les juristes civilistes qui étudient le régime juridique des contrats commerciaux selon les enseignements du droit civil, d'où nous concluons qu'il y a une hégémonie du droit civil sur les contrats commerciaux. Nous utilisons intentionnellement le mot hégémonie afin d'insister sur le fait que les juristes classiques n'admettent pas que le contrat commercial peut être distinct du contrat civil. Ils le considèrent comme une partie du droit commun des contrats.

En effet, dans le cas du droit français, nous avons démontré que le défaut d'une définition autonome a empêché le contrat commercial de revêtir un corpus de règle (régime juridique) distinct. À part quelques règles éparpillées dans différents codes, le régime juridique d'un contrat commercial est soumis au droit commun général¹⁰¹⁵. Nous pouvons imaginer à peu près la même chose pour les autres droits nationaux. Il y a donc un manque de définition et de régime juridique autonome pour le contrat commercial et cela, soit parce que dans certains pays issus du *Common Law*, la distinction entre contrat commercial et contrat civil n'existe pas¹⁰¹⁶, soit parce que dans les pays issus du droit continental, la distinction n'est pas autonome¹⁰¹⁷.

Si ces justifications peuvent expliquer le problème lié au régime juridique du contrat commercial en droit interne, comment pouvons-nous expliquer l'existence de cette problématique en droit international alors qu'*a priori*, le pays ou les ordres juridiques nationaux sont censés s'accorder entre eux (malgré de l'harmonisation des droit nationaux, il reste une grande majorité des divergences en droit des contrats) ?

602. Pour répondre à toutes les questions que nous avons soulevées dans ce chapitre, nous avons décidé de détailler chaque méthode de règlement des litiges concernant les contrats commerciaux internationaux, puis de montrer pourquoi la distinction entre le contrat

¹⁰¹⁴ Cf. *supra* n° 65.

¹⁰¹⁵ C'est bien le code civil qui le précise.

¹⁰¹⁶ COLFAVRU Jean-Claude, *Le droit commercial comparé de la France et de l'Angleterre suivant l'ordre du code de commerce français*, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Cosse et Marchal, Paris, 1863, p. 177 ; CABRILLAC Rémy, *Op. cit.*

¹⁰¹⁷ Cependant certaines dispositions du droit allemand sur les différents régimes juridiques des contrats commerciaux et civils nous ont inspiré dans cette thèse.

civil et le contrat commercial peut être une solution afin de déterminer le régime juridique d'un contrat international. À cette fin, dans quatre paragraphes consécutifs, nous présenterons ces méthodes : la méthode conflictuelle (§1), la méthode universaliste (§2), la méthode de la *lex mercatoria* (§3) et enfin les contrats types (§4).

§1) L'apocalypse du système de conflit des lois pour les contrats commerciaux internationaux

603. Cette méthode¹⁰¹⁸ est la plus ancienne et était jusqu'au siècle dernier, la seule utilisée afin de trancher les litiges internationaux¹⁰¹⁹. Elle permet de choisir la loi applicable à une affaire juridique dans le cas où, au moins deux ordres juridiques sont susceptibles d'être applicables. Nous allons expliquer, à travers un simple exemple, le mécanisme du fonctionnement de la théorie du conflit de lois. Prenons l'hypothèse d'un litige portant sur un contrat international entre deux parties X. et Y. Celles-ci saisissent le tribunal du pays Z. Le juge consulte les règles de conflit de lois de son *for* et statue la loi du pays de W comme applicable au litige. En, effet les règles de conflit de lois permettent de choisir un droit national parmi les droits potentiellement applicables pour trancher le litige (potentiellement car chaque partie ainsi que le juge peut revendiquer l'application de sa loi nationale).

Malgré la longue période de domination de cette méthode, depuis à peu près 70 ans, d'autres sont apparues¹⁰²⁰. Ce phénomène n'est sans doute pas sans raisons. La complexité, l'incertitude et l'imprévisibilité, l'excès et enfin l'insuffisance d'internationalisme sont des raisons pour lesquelles cette méthode est sujette à de vives critiques¹⁰²¹. Par exemple, si dans un litige contractuel, les droits de trois pays avaient vocation d'être appliqués, et que la règle conflictuelle de chacun de ces pays prévoyait l'application du droit d'un pays différent, nous pouvons constater l'imprévisibilité de la loi applicable. De plus, si on ajoute à ce problème l'hypothèse de la divergence des règles nationales propres à chaque pays, nous pourrions

¹⁰¹⁸ Comme nous avons expliqué (Cf. *supra* n° 598), il ne faut pas confondre la méthode de conflit des lois comme une solution du règlement des différends des contrats commerciaux internationaux et les méthodes de conflits de lois au sens de conflit unilatérale et bilatérale.

¹⁰¹⁹ FRANCESKAKIS Phocion, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et sur leurs rapports avec les règles des conflits de lois », RCD IP, 1966, p. 1-18.

¹⁰²⁰ LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, De VAREILLES-SOMMIERES Pascal, *op. cit.*, p. 74.

¹⁰²¹ AZZI Tristan, BOSKOVIC Olivera (dir.), Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?, Bruylant, Bruxelles, 2015 ; LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, De VAREILLES-SOMMIERES Pascal, *op. cit.*, p. 74-77.

constater l'incertitude et un chaos total. Ces critiques ont donné naissance aux autres méthodes de règlement et surtout à l'amélioration de la méthode de conflit de lois.

604. Les spécialistes du droit privé ont tenté de surmonter ces difficultés. Cependant, ces tentatives se sont limitées à l'internationalisation et à l'imprévisibilité de la méthode conflictuelle. L'élaboration des conventions internationales et régionales en matière de règles conflictuelles¹⁰²² en sont la preuve. Malgré l'internationalisation et l'harmonisation des règles de conflit de lois, cette méthode n'a pas pu satisfaire le monde des affaires (les acteurs du commerce international), du moins en matière contractuelle¹⁰²³. Mais pourquoi après autant d'effort et de mobilisation de la part des intellectuels, cette méthode n'a-t-elle pu réussir alors qu'elle était la seule existante ? Nous pensons qu'au-delà des raisons classiques mentionnées auparavant, deux autres, plus fondamentales, sont en contradiction avec la nature et la raison de la création de cette méthode. Tout d'abord, il convient d'expliquer que le système de conflit des lois est né dans un contexte où les États souverains dans le sens moderne du mot, à savoir l'État-nation, n'existaient pas (A), et ensuite d'expliquer comment l'étape de la qualification va à l'encontre de la nature commerciale d'un contrat international (B).

A) La méthode conflictuelle comme outil politique, loin de son objectif original

605. Afin de mieux comprendre le dysfonctionnement de ce système, il est nécessaire de connaître son origine. Une étude historique en la matière nous révélera des points intéressants :

606. **L'époque romaine, la création de *jus gentium*** : Bien que l'ensemble des auteurs de droit international privé évoque le Moyen Âge comme période d'apparition officielle des règles de conflit de lois modernes¹⁰²⁴, nous aimerions attirer l'attention sur l'époque romaine. En effet, même s'il est exact que les règles de conflits de lois n'ont pas

¹⁰²² A titre d'exemple, nous pouvons, à l'échelle mondiale, citer la convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels ; Et à l'échelle régionale, les règlements de Rome I et Rome II.

¹⁰²³ En effet, la méthode de conflit des lois ne propose pas des solutions adaptées en fonction de la nature de la relation contractuelle. Cf. *infra* n° 626.

¹⁰²⁴ GUTZWILLER Max, « Le développement historique du droit international privé », RCADI, 1929, p. 296-297 ; « Avec les débuts du Droit international privé, nous abordons un terrain délicat. Toutefois quelques constatations sont possibles. Quoique basées en partie sur des textes du Digeste et du Code Justinien, les solutions fondamentales, sur lesquelles repose notre Droit international privé moderne, n'appartiennent ni au Droit romain classique ni au Droit byzantin du VI^e siècle. Les pères du Droit international privé moderne ne sont ni Julien, ni Papinien ou Ulpian, ni Tribonien et ses collaborateurs, mais des juristes vivant à partir du XI^e siècle ».

existé à cette époque, le problème de la confrontation de deux ordres juridiques différents était bien présent. C'est durant le Haut-Empire que le droit romain a été considéré comme le seul droit applicable aux sujets de droit, ce qui n'inclus pas les étrangers. Comme nous l'avons vu dans le chapitre consacré à la bonne foi, pendant le Bas-Empire et depuis la démocratisation du commerce international, les juristes romains ont dû répondre aux exigences des pérégrins et régir les litiges entre romains et pérégrins. Nous avons également déjà vu la solution employée par les romains¹⁰²⁵. S'il est certain que les romains n'ont pas inventé la règle de conflit de lois, il est aussi vrai que ces derniers n'appliquaient pas le droit romain dans les litiges entre romains et pérégrins. Ils avaient en quelque sorte conscience qu'ils ne pouvaient pas imposer leurs propres lois. Ils reconnurent alors un droit distinct qui est le *jus gentium*.

Nous avons présenté un bref résumé de l'époque romaine. La compréhension intégrale de ce dernier est très importante¹⁰²⁶. Cependant, certains points méritent d'être évoqués par rapport à cette époque. Tout d'abord, la reconnaissance du problème de l'application ou de la non-application du droit romain est issue de l'accroissement du commerce international. C'est surtout dans le domaine des échanges commerciaux que les Romains voyaient la nécessité de la reconnaissance d'un nouvel ordre juridique. Cela ne fut pas le cas pour celui des relations matrimoniales¹⁰²⁷. Nous pouvons dire que la première méthode permettant de régler un litige international n'est pas la méthode conflictuelle mais l'invention d'une loi propre aux relations étrangères, à savoir *le jus gentium*. Cela s'explique par le fait que les Romains ne purent appliquer ni *le jus civile*, ni un droit étranger par défaut ou mépris. En effet s'il avait existé des relations diplomatiques au sens actuel du terme, la solution des romains aurait pu être différente. C'est à dire ils auraient pu prévoir une méthode différente de celle de conflit des lois. L'emploi du *jus gentium* a perduré jusqu'aux invasions barbares.

607. Les invasions barbares (la personnalité des lois) : Après l'invasion de l'Empire romain par les peuples germaniques, ces derniers s'y sont installés et y ont fondé des États indépendants. Ces peuples avaient recours, en cas de litige, à un système bien connu appelé régime de la personnalité des lois. Son principe est simple : chaque personne est jugée selon sa loi d'origine¹⁰²⁸. Cet extrait explique bien la raison de la personnalité des lois à cette

¹⁰²⁵ Cf. *supra* n° 180.

¹⁰²⁶ Cf. *Ibid.* et LAURENT François, Droit civil international, T. 1, Bruylant-Christophe & Cie, Bruxelles, 1880, p. 135-179.

¹⁰²⁷ *Ibid.*, p. 145.

¹⁰²⁸ MEIJERS Eduard Maurits, L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen âge, spécialement dans l'Europe occidentale, RCADI, Sirey, Paris, 1934, T. 49, p. 548.

époque : « *Peuples nomades, ils n'étaient liés à aucun territoire et la base de l'État barbare était constituée par la population et non par le territoire. Le droit était donc le droit d'un peuple et non celui d'un territoire et l'on admit pour cette raison la coexistence sur un même territoire de plusieurs systèmes juridiques. Le conflit fut résolu par l'application du principe de la personnalité des lois qui trouva sans doute son expression la plus parfaite à cette époque. En vertu de ce principe, chacun était soumis à sa loi nationale* »¹⁰²⁹. En regardant les ouvrages du droit international privé, on se rend compte que l'étude de cette époque n'intéresse pas les auteurs. Ce mépris peut s'expliquer par le fait que, durant cette période, il n'y avait pas de commerce international épanoui et par conséquent les règles de conflit de lois ne se sont pas développées. Donc, l'étude de cette époque leur semblait inutile.

Cependant, il ne faut pas nier l'importance de cette époque pour deux raisons. Tout d'abord, parce que l'idée de reconnaissance du droit d'un étranger, même si cela est minimal, se constitue à cette époque. En effet, il y a un changement radical par rapport à l'époque romaine durant laquelle l'étranger était privé de droit. Ensuite, en dépit d'isolement des règles de conflit des lois, nous pouvons trouver certaines règles qui ont formé la base du droit actuel. En ce qui concerne le conflit de lois en matière contractuelle, l'historien du droit M. Meijers dans son cours de l'Académie internationale de La Haye écrit : « *le principe initial fût partout le même : personne ne peut perdre un droit, personne ne peut s'obliger si cela ne se fait conformément à sa loi personnelle. Voilà l'idée gouvernante pour des relations réciproques comme les contrats ou les procès.*

Pourquoi applique-t-on toujours dans la vente la loi du vendeur ? dans le don que le mari fait à son épouse, la loi de l'homme ? C'est parce que le vendeur cède la propriété de la chose vendue à l'acheteur, et que ce transport n'est pas valable envers le vendeur s'il n'est pas fait conformément à sa loi. Tous ces actes de vente et de don que nous avons du Moyen Âge sont des actes unilatéraux dans lesquels le vendeur ou le donateur transfère la propriété conformément à sa loi. L'acheteur n'a rien à faire que de payer le prix, ce paiement est fait dans toutes les lois de la même manière, il ne faut pas un acte écrit, émanant de l'acheteur, pour effectuer ce paiement. Dans le cas exceptionnel où un acheteur ne paye pas immédiatement ou s'engage à des obligations spéciales, alors il sera nécessaire que l'acheteur s'oblige aussi selon sa loi personnelle. S'il y avait deux vendeurs ou deux donateurs

¹⁰²⁹ LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, De VAREILLES-SOMMIERES Pascal, *op. cit.*, p. 87.

de loi différente, la loi de chacun d'eux devait être observée »¹⁰³⁰.

Nous ne saurions pas confirmer que les rédacteurs de l'article 4-a et 4-b de la convention de Rome I¹⁰³¹ ont suivi la même idée qu'à l'époque des Barbares, mais ce qui est sûr, c'est que cette époque a dessiné les coutumes de l'Europe occidentale. Même s'il y a d'autres logiques derrière cette législation, il reste une question fondamentale à laquelle il nous faut répondre : où est la place de la volonté de l'acheteur dans l'Union européenne ? En effet, pourquoi doit-on appliquer la loi du pays du vendeur mais pas celle du pays de l'acheteur ? sans oublier que cet article vise en principe les contrats entre deux particuliers et ceux entre deux professionnels. Il convient de préciser que l'article 5 du même règlement, dans les contrats de consommation, choisit la loi du pays du consommateur. C'est une innovation par rapport à la règle initiale qui est cohérente et logique avec les objectifs recherchés par l'Union Européenne¹⁰³². Comme nous pouvons remarquer, la personnalité des règles de conflits de loi a laissé ses traces dans la législation moderne. Elle est le fruit d'une époque et d'un ordre politique et juridique spécifique. Alors ce n'est pas judicieux de les accepter comme règles de base sans chercher si elles sont conformes aux objectifs de notre société moderne.

608. Le Moyen Âge : Cette époque est considérée comme l'époque où les conflits de lois apparaissent. En effet, à cette période, le problème du choix de la loi applicable à un rapport juridique devient à nouveau le centre d'intérêt des juristes. Nous savons qu'au Moyen Âge, le système politique était le système féodal basé sur le territoire. La loi de seigneurie s'appliquait à tous les biens et toutes les personnes. Étant donné que chaque seigneurie vivait au sein d'une économie fermée, les cas de conflits de lois étaient peu nombreux et en principe le juge saisi appliquait toujours sa propre loi¹⁰³³.

¹⁰³⁰ *Ibid.*, p. 555.

¹⁰³¹ Art. 4 du règlement Rome I :

1. Dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits [...].

2. Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale.

¹⁰³² L'objectif recherché dans le préambule du règlement est cité ainsi : Le bon fonctionnement du marché intérieur exige, afin de favoriser la prévisibilité de l'issue des litiges, la sécurité quant au droit applicable et la libre circulation des jugements, que les règles de conflit de lois en vigueur dans les États membres désignent la même loi nationale quel que soit le pays dans lequel l'action est introduite.

¹⁰³³ LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre, DE VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal, *op. cit.*, p. 99.

Alors pourquoi dit-on que les conflits de lois naissent à cette époque ? Le problème de la loi applicable aux rapports juridiques internationaux **renaît grâce au commerce international**¹⁰³⁴ et ce, dans une zone géographique où le système de la féodalité et de la territorialité est beaucoup moins présent par rapport au reste de l'Europe : l'Italie. Pendant que les juristes italiens développaient le système de conflit de lois, dans le reste de l'Europe, on refusait l'application d'une loi autre que celle de la seigneurie sur laquelle il y avait un litige. Les Italiens qui tiraient leurs richesses du commerce, ont rapidement dû reconnaître, par un respect mutuel, la loi et la souveraineté des autres autorités politiques afin de maintenir les échanges. La loi de chaque ville d'Italie s'appelait alors le statut, d'où le nom de « théorie statuaire » ou « conflit des statuts » donné au conflit de lois à cette époque et jusqu'au XVIII^e siècle.

À cette période, il est nécessaire de discerner les lois de deux zones géographiques différentes : l'Italie et le midi de la France d'une part et les autres pays occidentaux¹⁰³⁵ d'autre part. La première zone est réputée de droit écrit et la deuxième zone de droit coutumier.

Quant aux pays coutumiers, suite au refoulement du régime de la personnalité derrière l'organisation de la compétence judiciaire, une nouvelle règle apparaît. On a peut-être emprunté la formule de cette dernière à un épitomé¹⁰³⁶ du Code théodosien¹⁰³⁷, qui énonce : « *L'homme doit être jugé par son propre juge. Ce propre juge est, comme on le disait en français : là où il était couchant et levant* »¹⁰³⁸. Cette règle de procédure a eu pour conséquence l'application par chaque juge de la loi de son for. De cette manière, on passe de

¹⁰³⁴ Par l'utilisation du mot international pour cette époque, nous entendons le commerce qui se faisait entre deux villes distinctes, car en Italie, chaque ville avait son propre statut et sa propre souveraineté.

¹⁰³⁵ L'Angleterre, la France, l'Allemagne, les Pays-Bas, la Belgique.

¹⁰³⁶ Abrégé d'un livre, d'une histoire ; plus particulièrement précis d'histoire.

¹⁰³⁷ Publié le 15 février 438, après neuf années de travail, en Orient d'abord, puis, quelques mois plus tard (le 23 décembre de la même année), en Occident, le Code Théodosien est, comme l'Empire chrétien et l'Église des IV^e et V^e siècles, témoin de son temps; il constitue la première grande collection de lois romaines impériales, dont le dernier livre (XVI), qui prendra la première place dans l'imposante œuvre législative du règne de Justinien, traite de législation religieuse. Il marque une réelle nouveauté : jusque-là, les hommes de loi et le public connaissaient les actes législatifs impériaux (*constitutiones principis*), mais il n'existait aucune archive centrale pour la législation impériale. Dans l'Antiquité tardive, ces « constitutions », devenues « lois » (*leges*), ont été recueillies dans le Code Théodosien. Ce livre est un témoignage direct émanant non pas de l'Église mais du pouvoir romain; il fixe la place de l'Église dans l'Empire en lui accordant, certes, des privilèges, mais en lui imposant aussi un « certain contrôle impérial. MATTER Michel, « Le Code Théodosien, de Constantin à Théodose II (312-450), Revue d'histoire et de philosophie religieuses 91^e année, n° 2, Avril-Juin, 2011, p. 199-224.

¹⁰³⁸ MEIJERS Eduard Maurits, *Op. cit.*, p. 573.

la période de la personnalité des lois vers la territorialité des lois en Europe occidentale.

609. Cependant, en matière de contrat, nous pouvons trouver une exception à cette règle générale. M. Meijers la décrit dans son cours de l'Académie de La Haye : « *pour les contrats, il faut reconnaître l'influence du fait que, selon la coutume primitive, un contrat consensuel n'était civilement obligatoire que si le débiteur s'était engagé par devant des échevins ou d'autres hommes de justice ; sans l'aide de leur témoignage, le créateur ne peut intenter aucune action ; de là dérivait la compétence du juge du lieu où l'engagement fut conclu, compétence reconnue aussi par les autres juridictions. C'était la tâche du juge de ce lieu de protéger l'exécution d'un contrat qui était devenu obligatoire par son intermédiaire* »¹⁰³⁹. Voici, encore les origines de la règle de lieu de la conclusion du contrat.

En ce qui concerne l'Italie et le midi de la France, au XII^{ème} siècle, les glossateurs (les juristes italiens)¹⁰⁴⁰, suite à la redécouverte du Digeste (recueil de sentences et d'opinions de juristes romains), ont essayé de rétablir le droit romain car tout ce qui se trouvait dans les textes de ce dernier, selon eux, était l'expression de la vérité. Les glossateurs cherchaient à trouver la réponse de toutes leurs questions dans le droit romain¹⁰⁴¹. Ces derniers, afin d'échapper à la *lex fori* (la règle dominante au Moyen Âge) à l'occasion d'un commentaire sur les premiers mots du Code Justinien, répondent au conflit des Statuts des villes italiennes.

Les glossateurs se basant sur cet extrait de l'édit de Thessalonique dans lequel l'empereur s'adresse au peuple de la ville de Constantinople : « *cunctos populos quos nostrae clementiae regit imperium* » (tous les peuples régis par l'autorité de notre clémence), en tirent la conclusion que l'empereur ne régissait pas tous les peuples et donc qu'un étranger devrait, au moins dans certains cas, rester soumis à son *statutum* d'origine¹⁰⁴². C'est de là que fut dégagée la règle selon laquelle : *statutum non ligat nisi subditos* (« la loi ne lie que les sujets »)¹⁰⁴³. Cet argument devient la base durable et fondamentale des règles de conflit de lois jusqu'aujourd'hui. Toutes les innovations ou améliorations du système du conflit de lois, jusqu'à nos jours, viennent du dogme selon lequel toutes les réponses juridiques doivent être

¹⁰³⁹ *Ibid.*, p. 583.

¹⁰⁴⁰ Ils s'appelaient glossateurs car ils faisaient des commentaires du droit romain. Une glose est un commentaire linguistique ajouté dans les marges ou entre les lignes d'un texte ou d'un livre, pour expliquer un mot étranger ou dialectal, un terme rare.

¹⁰⁴¹ LAURENT François, *Op. cit.*, p. 272-273.

¹⁰⁴² MAYER Pierre, HEUZE Vincent, REMY Benjamin, *Op. cit.*, n° 61, p. 57.

¹⁰⁴³ MEIJERS Eduard Maurits, *Op. cit.*, p. 583.

recherchées au sein du droit romain¹⁰⁴⁴.

610. Les glossateurs ont aussi inventé une autre règle afin de réduire la portée de la *lex fori*. Il s'agit de la distinction entre les lois relatives à la procédure et les lois relatives à la nature du litige. Cette innovation a été permise grâce au contrat. En effet, Jacobus Balduini¹⁰⁴⁵ énonça l'idée selon laquelle lorsqu'une coutume se rapporte à la procédure, il faut suivre la coutume du juge et quand une coutume se rapporte à la décision du procès, il faut que l'on décide selon la coutume du lieu où le contrat fut célébré. Voici la première règle en matière contractuelle (la loi de la conclusion du contrat) qui a été introduite en France par les Universités d'Orléans et de Toulouse¹⁰⁴⁶.

En particulier, il faut nommer le professeur toulousain Guillaume de Cun¹⁰⁴⁷ qui a fortement influencé la théorie du droit international privé en matière contractuelle. L'une de ses idées en la matière concerne la distinction entre les effets naturels et immédiats d'un contrat et les suites qui ne naissent qu'accidentellement¹⁰⁴⁸.

Suite aux travaux des de Cun et de Bartole, une nouvelle catégorie de Statuts, parallèles aux Statuts traditionnels personnels et réels, est apparue¹⁰⁴⁹. Il s'agit des Statuts contractuels. C'est-à-dire des Statuts qui disposent de contrats. Comme l'explique M. Meijers : « *on appliquait la loi du lieu de la célébration du contrat sans regarder si les contractants étaient des sujets ou des étrangers, mais on acceptait aussi sans discussion l'effet extraterritorial de ces coutumes et statuts : on pouvait les alléguer dans toutes les juridictions. Depuis Bartole, les lois concernant les contrats n'ont jamais trouvé leur place dans la théorie des statuts personnels et réels. Encore aujourd'hui, l'article 3 du Code Civil français, en rappelant la règle des statuts personnels et réels, ne fait pas mention des*

¹⁰⁴⁴ Cf. les critiques de LAURENT François, *Op. cit.*, sur ce sujet, p. 282 ; 297.

¹⁰⁴⁵ Il est né à Bologne en Italie où il fut le professeur de droit. Il fut l'adversaire principal d'Accurse.

¹⁰⁴⁶ MEIJERS Eduard Maurits, *Op. cit.*, p. 575.

¹⁰⁴⁷ Guillaume de Cun fut professeur à l'Université de Toulouse, évêque de Bazas et de Comminges au XIV^e siècle. Il donne à l'expression « coutume personnelle » un sens nouveau. La coutume personnelle, c'est la coutume qui, directement, dispose des personnes et indirectement (par conséquent) peut aussi disposer des biens. La coutume réelle est la coutume qui dispose directement des biens.

¹⁰⁴⁸ Pour montrer l'importance de Guillaume de Cun, il suffit de dire que Bartole, le père fondateur du droit international privé, a emprunté toutes les idées de ce dernier.

¹⁰⁴⁹ Malheureusement, nous ne pouvons pas montrer ici l'importance de cette catégorie. L'évolution du sens des statuts personnels et réels nécessite une étude à part. C'est cette étude qui permet au lecteur de comprendre l'inefficacité des règles de conflit de lois d'une manière générale et en particulier en matière contractuelle.

contrats »¹⁰⁵⁰.

Bartole invente également une nouvelle règle par rapport aux contrats, suite à la distinction empruntée à Guillaume de Cun. Il distingue les effets qui naissent d'un contrat, selon sa nature au moment de la célébration, de ceux qui naissent après coup, par suite de quelque négligence ou d'une demeure. Pour les premiers, il accepte la solution commune : la loi du lieu de la célébration est décisive ; pour les effets incidents du contrat, il défend la loi du lieu où la négligence ou la demeure a eu lieu¹⁰⁵¹.

611. Il y a une question marginale qui attire notre attention même si ce n'est pas ici qu'elle doit être développée. Il s'agit de l'influence du commerce sur les règles de conflit des lois et en particulier dans le domaine des actes juridiques. Par exemple : la règle *locus regit actum* qui concerne les actes et aussi la forme du contrat. Elle conditionne la validité formelle d'un acte juridique au respect des exigences issues de **la loi du lieu de sa conclusion**. Ce principe avait au Moyen Âge une portée absolue. C'est-à-dire, c'est seule la loi de la conclusion de l'acte qui détermine les conditions applicables à la forme du contrat. Au fil du temps et afin de faciliter le commerce, les jurisconsultes ont accepté que **la loi du lieu de l'acte** peut prescrire la forme d'un acte. Celle-ci n'aurait été qu'un succédané pratique pour la loi de la nationalité, qui pour ses sujets ne perdait pas son autorité hors du territoire. Puis au fil du temps, cette règle devint facultative et non absolue¹⁰⁵².

Même de nos jours, la Cour de cassation confirme cet effet. Cependant cette règle n'est pas d'ordre public, il est possible d'y déroger. La Cour de cassation déclare dans son arrêt Charlie Chaplin du 28 mai 1963 que rien ne s'oppose « *à ce que les contrats internationaux soient passés en France sous une forme prévue par la loi étrangère qui régit le fond* ». La convention de Rome réaffirme le caractère facultatif du principe « *locus regit actum* » dans son article 9. Les rédacteurs limitent cette faculté immédiatement aux articles 9.1 et 9.2 qui disposent qu'« *un contrat conclu entre des personnes qui se trouvent dans un même pays/ou qui se trouvent dans des pays différents est valable quant à la forme, s'il satisfait aux conditions de forme de la loi qui le régit au fond, en vertu de la présente convention ou de la loi du pays dans lequel il a été conclu* ». La liberté de choix des parties pour juger de la validité formelle du contrat se limite donc au lieu régissant le fond du contrat

¹⁰⁵⁰ MEIJERS Eduard Maurits, *Op. cit.*, p. 577.

¹⁰⁵¹ *Ibid.*, p. 603-606.

¹⁰⁵² *Ibid.*, p. 604.

ou au lieu de sa conclusion. Certains tempéraments ont néanmoins été prévus par la convention de Rome (art. 5) pour les contrats conclus par un consommateur. La validité formelle s'appréciera dans ce cas au regard de la loi du lieu de résidence habituelle du consommateur.

612. Avant de rentrer dans l'étude de l'évolution du système conflictuel à partir du XVI^{ème} siècle, nous voulons insister sur le fait que la préoccupation des glossateurs n'est pas celle des juristes d'aujourd'hui. C'est cette préoccupation qui prouve que le système de conflit de lois ne peut plus être applicable en matière contractuelle (contrats commerciaux internationaux).

La question à laquelle un glossateur répond est : quel Statut ou loi doit-il choisir dans le cas d'une concurrence des statuts ? Celle à laquelle le juriste doit aujourd'hui répondre est : comment faut-il déterminer le régime juridique d'un contrat ? Afin de discerner ces deux questions, nous présentons ici un exemple : si deux commerçants de deux pays X et Y signent un contrat de vente et qu'ils ont un désaccord sur le lieu de livraison des marchandises, la réponse du juge saisi sera différente selon son angle d'approche. Il a en effet le choix de répondre au problème de la loi applicable ou au problème du lieu de livraison. La réponse à la première question en application des règles de conflit des lois sera forcément la loi d'un pays alors que la réponse à la deuxième question sera une réponse précise à une question précise en fonction de sources génératrices des obligations contractuelles. (L'équité, les termes du contrat, la coutume)¹⁰⁵³.

613. Il se peut que notre lecteur nous critique énonçant que cette distinction n'est pas envisageable aujourd'hui. C'est-à-dire que l'on ne peut plus demander à un juge de statuer sur un contrat sans qu'il se demande s'il s'agit d'un contrat interne ou international car la quasi-totalité des pays sont aujourd'hui dotés des sources du droit interne et international. Et par conséquent, le juge devant trancher un litige international, il doit d'abord regarder s'il s'agit d'un contrat international ou interne afin de trouver la source applicable.

En réponse à cette remarque, qui est d'ailleurs la base de notre théorie et la mise en cause de système de conflit de lois en matière contractuelle, nous argumentons que la question posée au juge, pour la première fois (quel Statue est applicable au contrat ?), était erronée.

¹⁰⁵³ Cf. *supra* n° 195, 207, 421 et 631.

C'est-à-dire que dans une période et zone géographique spécifique¹⁰⁵⁴, on avait le choix de demander au juge deux questions différentes :

Quelle loi est applicable à un contrat (la loi de quel État) ?

Quel est le régime juridique d'un contrat (en faisant abstraction de l'État des cocontractants et se focalisant sur le contrat) ?

Pour des raisons historiques que nous avons expliquées, le choix s'est porté sur la première question. Notre propos mérite d'être nuancé. En effet, la question posée n'était pas en soi erronée mais c'est l'ordre politique et sociétal de l'époque qui exigeait que la question se formule ainsi. Cette question a été posée à une époque où chaque État (ville italienne) était indépendant et cherchait à affirmer sa souveraineté. Par conséquent, chaque magistrat par l'application de sa loi voulait marquer la souveraineté de son État. Et une idéologie (la recherche des réponses dans le code Justinien) aurait dû affirmer cette souveraineté. En effet, à cette époque, les juristes ne cherchaient pas à comprendre la nature d'une relation contractuelle pour trouver les solutions mais ils avaient comme but de défendre la suprématie d'un État. Ce qui est plus contestable aux juristes de cette époque est qu'ils ont essayé de défendre la législation d'un État en se basant sur un texte religieux.

C'est pourquoi nous pensons que le système de conflit de lois n'est pas adapté à notre société moderne actuelle.

614. Il faut attendre le XVI^{ème} siècle et Dumoulin et d'Argentré pour rationaliser le droit international privé. Au XVI^{ème} siècle, la science du droit entre dans une ère nouvelle. Elle cherche la raison des choses, et elle prend appui sur l'histoire et sur l'étude des langues¹⁰⁵⁵. Dumoulin et d'Argentré, qui sont à la tête des statutaires français, sont les plus grands jurisconsultes de la France coutumière, leurs écrits ont eu un long retentissement, c'est à eux que revient l'honneur d'avoir préparé le code civil¹⁰⁵⁶. Cependant l'influence de Dumoulin a affecté jusqu'à aujourd'hui le régime des contrats commerciaux internationaux. Il s'agit de la qualification qui est deuxième facteur de dysfonctionnement du système de conflit de lois.

¹⁰⁵⁴ Evidemment à l'époque il n'y avait pas d'ordre juridique interne et international afin de trouver le régime juridique d'un contrat.

¹⁰⁵⁵ Nous avons vu dans les chapitres précédents que Domat, Pothier et Savigny se sont occupés de la rationalisation du droit civil et du droit commercial à la même époque.

¹⁰⁵⁶ LAURENT François, *Op. cit.*, p. 336.

B) La qualification, une entrave à l'autonomie de volonté des contractants

615. On lit dans les livres d'histoire du droit international privé que les juristes français et en particulier Dumoulin et d'Argenté ont modifié la théorie de conflit de lois. Nous verrons le domaine de cette modification et ses conséquences en droit des contrats.

616. La remarque de Dumoulin, relative à la règle selon laquelle le contrat est soumis à la loi de la conclusion du contrat mérite d'être évoquée. C'est cette remarque qui, après quatre siècles devient la base de notre règle de conflit de lois. Elle est traduite à l'article 3 du règlement N° 593/2008 du parlement européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) : *Le contrat est régi par la loi choisie par les parties.*

Dumoulin, dans ses *Conclusiones de statutis et consuetudinibus localibus*, fait quelques remarques dignes d'être relevées. Il s'oppose à ce qu'on applique toujours automatiquement la loi du lieu de la célébration du contrat. La loi romaine qui a ordonné cela n'a pensé qu'aux cas ordinaires. Si l'on négligeait tout à fait les circonstances spéciales, et si, par exemple, deux étrangers voyageant en Italie concluaient un contrat de vente d'une maison située dans leur pays, on devrait appliquer les obligations prescrites par la loi casuelle du lieu où les contractants se trouvaient. Cela serait très déraisonnable¹⁰⁵⁷.

Voici le raisonnement de Dumoulin : « *les conventions dépendent, non de la loi, mais de la volonté, et la volonté de l'homme ne connaît pas de bornes territoriales, c'est chose absurde de dire que dans tel territoire la volonté de l'homme sera déterminée par tel statut local, et qu'elle sera toute différente dans un autre territoire régi par un statut contraire. La volonté humaine est toute puissante dans le domaine des conventions tout le monde était d'accord sur ce point* »¹⁰⁵⁸.

Par ailleurs, l'autre innovation de Dumoulin qui ensuite a été théorisée par Bartin, consiste en la découverte de l'étape de qualification. Nous pensons que cette innovation a cristallisé les principes du droit international privé et par conséquent du régime juridique d'un contrat international. Il ne faut pas confondre cette étape avec la qualification en droit interne que nous avons traitée dans le premier titre.

617. En résumé, pour comprendre le mécanisme de la qualification en droit

¹⁰⁵⁷ MEIJERS Eduard Maurits, *Op. cit.*, p. 651.

¹⁰⁵⁸ LAURENT François, *Op. cit.*, p. 350.

international privé, il faut savoir que les rapports juridiques sont catégorisés dans des classes déterminées, par exemple : la succession, l'obligation contractuelle, la responsabilité civile, l'état des personnes etc. Le juge saisi doit, dans un premier temps, déterminer dans quelle catégorie entre le litige soumis à son *for*. Par exemple, le rapport juridique entre deux personnes qui ont l'intention de faire un échange sera qualifié de rapport contractuel. Par conséquent, ce rapport sera rattaché à la catégorie contractuelle. Ensuite, il déterminera, en fonction des règles de conflit de lois, la loi applicable pour chaque catégorie des rapports juridiques. Par exemple, selon les règles de conflit de lois françaises, la loi applicable au contrat sera déterminée par le règlement de Rome I qui dispose l'autonomie de volonté pour le choix de la loi applicable au contrat.

Cette innovation est à la base, une tentative de théorisation des différents statuts datant du Moyen Âge afin de faciliter le système conflictuel qui n'est pas adapté au rapport juridique privé international. La qualification en droit international privé nécessite que la notion de contrat soit identique pour les parties comme pour le juge dans l'hypothèse où on est en présence un rapport juridique international. C'est le cas notamment d'une hypothèse où les parties X et Y forment une relation juridique qui, d'après leurs intentions n'est pas un contrat et dans laquelle le juge décide de qualifier ce rapport juridique en contrat. Cela fonctionne également dans le cas inverse : les parties ont voulu former un contrat mais le juge décide de le qualifier en rapport successoral. Dans ces hypothèses, comme nous pouvons le remarquer, la volonté des parties est différente de celle de juge et la loi de son *for*. C'est pour cette raison que la qualification en droit international privé peut détourner la vraie volonté des parties, notamment dans les contrats commerciaux internationaux.

618. Si on ajoute la qualification en droit interne, nous pouvons remarquer que le régime juridique du contrat a été cristallisé, a été déterminé même, avant que le juge ne puisse chercher la réelle intention des parties. En effet, le juge cherche l'intention des parties dans un cadre très restreint. Pour montrer la problématique liée à la qualification, nous passons par une image ou une métaphore. Le degré de liberté d'un juge dans la détermination de la volonté des parties d'un contrat lorsqu'il est obligé de passer par les étapes de qualification, est similaire à celui d'une personne à qui on donne le choix de manger tous les fruits qu'elle veut, alors que seulement deux fruits différents se trouvent en face d'elle.

C'est là le problème de la qualification, cette dernière est en contradiction avec la nature du contrat international, un contrat qui est à la base vivant et muable. En effet, la qualification est conçue à la base pour prendre en compte la réelle intention des parties en

s'opposant aux statuts traditionnels qui demeuraient depuis le Moyen Age, mais elle est aujourd'hui loin de son objectif.

La rationalisation des règles de droit international privé à partir du XVI^{ème} siècle jusqu'à nos jours n'a pas surmonté le problème fondamental de ce système. Cette méthode continue à choisir un ordre juridique national pour déterminer le régime juridique d'un contrat international. Cela n'est pas adapté car d'une part, les droits nationaux ne sont pas complets et ne permettent pas de combler le régime juridique de tous les contrats, et d'autre part, les droits nationaux ne sont pas conçus pour régir des relations contractuelles internationales.

Il y a toujours de nouveaux contrats que les droits nationaux ne peuvent pas prévoir le régime juridique. Même dans le cas où les droits nationaux prévoient des dispositions nécessaires, il se peut qu'elles ne soient pas appropriées aux contrats internationaux.

Comme le dit M. Fabre « *les hommes connaissent rarement la portée de ce qu'ils font, et que les effets de leurs actes dépassent presque toujours leurs intentions* »¹⁰⁵⁹. Nous pensons que la théorie de conflit de lois n'est à la base, pas conçue pour compléter le régime juridique d'un contrat mais pour régler le conflit entre les différentes souverainetés¹⁰⁶⁰. Dans une époque où la distinction entre le droit international privé et le droit international public n'existait pas, le conflit des statuts permettait de trancher les conflits de souveraineté. Autrement dit, il était en quelque sorte la base du droit international public car il encadrait les relations entre les États (les Statuts italiens). Au Moyen Âge, nous ne pouvions pas parler du droit international public car la notion de l'État-nation n'existe pas. Nous ne pouvions non plus parler du droit international privé car l'étranger ne possède pas de droit contrairement au peuple des seigneuries¹⁰⁶¹. Certes, des évolutions des droits dans les rapports juridiques privés ont existé mais elles se sont développées autour d'une fausse idée, à savoir le conflit des souverainetés.

¹⁰⁵⁹ LAURENT François, *Op. cit.*, p. 282.

¹⁰⁶⁰ BILYACHENKO Alexey, *La circulation internationale des situations juridiques*, Thèse droit, L'Université de La Rochelle, 2016, p. 20.

¹⁰⁶¹ *Ibid.*, p. 290-294 ; Cf. également GUTZWILLER Max, *Op. cit.*, p. 312 : Depuis Bartole (mort en 1357) jusqu'au président Bouhier, dont l'ouvrage principal a paru en 1742, tous les écrivains en matière de conflit de lois sont attachés à une même méthode, qui entrave toute leur production; méthode qui atteint la gravité d'un dogme, qui devient une obsession, et dont aucun n'arrive à se libérer complètement : au lieu de prendre leur point de départ dans le rapport de droit en question ; au lieu de déduire du pouvoir souverain constituant les lois les limites, pour chacune d'entre elles, de leur zone d'application; au lieu de prendre en considération avant tout la nature différente des droits subjectifs existants, ils envisagent les difficultés du conflit des lois sous un seul point de vue : pour eux tout le problème repose dans la règle de droit. C'est la loi par elle-même, le résultat du processus législatif qu'il faut consulter.

619. Le courant de pensée universaliste n'a lui non plus, été en capacité de régler le dysfonctionnement du système du conflit de lois en matière contractuelle. Ce courant en supposant harmoniser les règles de conflit de lois (surtout en ce qui concerne les règles de rattachement) n'a pas réglé le fond du problème. L'œuvre prestigieuse de ce courant de pensée est le règlement Rome I qui unifie les règles des conflits des lois au sein de l'Union Européenne. L'imprévisibilité et l'insécurité juridique sont des défauts que le monde du commerce souhaite éviter, et il est vrai que le règlement de Rome I a fait un pas décisif afin de surmonter ce problème. Mais il faut retenir que l'universalisation des règles de droit ne permet pas de garantir un corpus de règle approprié au fond du litige. Par exemple, dans le litige entre un français et un brésilien en matière contractuelle, dans l'hypothèse où les règles de conflit de lois des deux pays reconnaissent la loi du lieu de l'exécution du contrat, il n'y a aucune garantie que la loi de ce pays soit la plus appropriée.

Comme nous l'avons dit au début de ce chapitre, la méthode actuelle de conflit de lois fonctionne parfaitement en matière d'actes authentiques mais n'est pas du tout adaptée en ce qui concerne les contrats car elle renvoie le règlement d'un rapport juridique international à un ordre juridique interne qui n'est pas le plus approprié pour trancher le litige. De plus, dans une catégorie de contrats comme les contrats d'État, les parties souhaitent soustraire le fond de leur litige à un droit national.

L'insatisfaction issue de l'universalisation des règles de conflit des lois a entraîné une nouvelle méthode dotée d'un nouvel axe de réflexion afin de déterminer le régime juridique des contrats internationaux. Il s'agit de l'harmonisation ponctuelle de chaque rapport juridique, que l'on connaît sous l'appellation de règles matérielles.

§2) L'insuffisance des règles matérielles dans les contrats du commerce international

620. Les règles matérielles internationales peuvent être définies comme des normes spécifiquement faites pour régir les relations internationales¹⁰⁶². Ces règles sont en principe établit par les États souverains à travers des conventions internationales. Elles déterminent le régime juridique d'un rapport juridique sans passer par le système de conflit de lois. Par exemple, pour la vente internationale, une convention a été conçue afin d'encadrer le régime juridique du contrat de vente internationale. Ce régime juridique est autonome de ceux conçus par les droits nationaux.

¹⁰⁶² LOQUIN Eric, Les règles matérielles internationales, RCADI, 2006, T. 322, p. 2.4

621. Dans les ouvrages du droit du commerce international, les règles matérielles ont été étudiées à l'occasion de l'analyse des sources du droit international¹⁰⁶³. Nous considérons ce concept dans l'ordre chronologique de l'évolution des méthodes du règlement des différends liés aux contrats commerciaux internationaux. Il n'y a pas de contradiction entre ces deux manières d'étudier le concept des règles matérielles, au contraire ces deux approches se complètent, ce qui aide à mieux comprendre la nature de ces règles. En effet, la première approche nous permet de repérer les droits concernant un contrat international alors que la deuxième nous permet de déceler l'innovation et l'apport des règles matérielles en matière de règlements des différends lié aux contrats internationaux.

L'épistémologie des règles matérielles du droit du commerce international nous semble une nécessité, car en France, il n'y a pas beaucoup d'auteurs qui ont traité profondément ce sujet¹⁰⁶⁴. Ainsi, nous n'avons pas pour but de critiquer cette méthode de règlement mais plutôt de la questionner.

622. Le premier point qui attire notre attention par rapport aux règles matérielles est que cette méthode n'existe que dans le commerce international et ce, pour réguler les relations entre les commerçants. Il n'y a pas de règles matérielles pour les contrats internationaux des consommations. La vente internationale des marchandises, le transport international des marchandises ou encore la convention internationale pour le chèque en sont la preuve. Les sources mentionnées prouvent bien que les règles matérielles ne concernent que les relations commerciales professionnelles, soit parce qu'il y avait une nécessité dans ce domaine soit parce que ce domaine permettait une telle harmonisation.

Ils convient de distinguer ces règles en fonction du degré de contrainte. Dans la première catégorie, nous pouvons citer les conventions internationales qui sont contraignantes et dans la deuxième catégorie, les sources non contraignantes comme la codification des opérations financières internationales ou la codification du risque de la livraison de marchandise (INCOTERMS). Quoi qu'en soit le degré de contraintes de ces règles, elles ont un succès dans le monde de commerce. A nos yeux, la raison de ce succès, comme le dit M.

¹⁰⁶³ JACQUET Jean-Michel, DELEBECQUE Philippe, CORNELOUP Sabine, *Op. cit.*, p. 324-331 ; BEGUIN Jacques, MENJUCQ Michel, *Op. cit.*, p. 362-370 ; KESSEDJIAN Catherine, PIRONON Valérie, *Op. cit.*, p. 32-34 ; GOURION Pierre-Alain, PEYRARD Georges, SOUBEYRAND Nicolas, *Op. cit.*, p. 179 ; ANCEL Marie-Elodie, DEUMIER Pascale, LAAZOUZI Malik, *Op. cit.*, p. 30-31.

¹⁰⁶⁴ Les travaux d'Éric Loquin restent la source la plus importante en la matière.

Loquin, sont que les règles matérielles sont fondées sur la fonction économique de droit¹⁰⁶⁵.

623. Deuxième point : nous pouvons constater qu'elles ne sont pas nombreuses par rapport au nombre des relations juridiques internationales. C'est-à-dire que les relations contractuelles internationales ne se limitent pas aux contrats de vente ou transport. Il y a un manque évident de règles matérielles dans les autres domaines contractuels. Ce constat nous amène alors à nous demander pourquoi l'on n'a pas créé de règles matérielles pour les autres contrats internationaux. Car *a priori*, les régimes juridiques prévus dans le cadre des règles matérielles répondent exactement au besoin des commerçants. On ne se trouve plus dans le cas du choix d'un ordre juridique national mais bien au contraire, on essaie d'instaurer un régime juridique autonome pour un contrat. Pour répondre à cette question, il est nécessaire de connaître le mode de fonctionnement de cette méthode de règlement.

624. Après l'échec de la méthode conflictuelle pour trouver le régime juridique d'un contrat (car cette méthode est destinée à trouver la loi applicable), il y avait l'idée de choisir un régime juridique unique pour les contrats commerciaux internationaux. Cela permet d'avoir un corpus de règle identique concernant un contrat international et éviter la divergence des droits nationaux en matière contractuelle. Cette harmonisation s'est faite grâce à un outil emprunté au droit international public, à savoir les conventions. C'est-à-dire que les États souverains s'accordent sur le régime juridique d'un contrat. Comme nous l'avons déjà dit, il n'y a que deux contrats (la vente et le transport) qui font l'objet de cette mesure.

Nous prenons l'exemple de la convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises. Le succès de celle-ci dans les opérations internationales est indéniable. De nombreuses études ont également été consacrées à cette convention. Cependant, l'analyse minutieuse de cette dernière révèle qu'il n'y a pas d'harmonisation intégrale sur le régime juridique du contrat de vente internationale. Autrement dit, il n'y a pas d'accord sur le régime juridique de celui-ci mais un accord sur le désaccord du régime juridique du contrat de vente. Afin de montrer cet accord sur le désaccord, nous pouvons mentionner le cas de la formation des sanctions de l'inexécution du contrat de vente international.

En ce qui concerne la formation, les articles 14-1 et 55 de la convention montrent bien la divergence sur la question de la détermination du prix du contrat de vente entre le système

¹⁰⁶⁵ Loquin Éric, *Op. cit.*, p. 85 ; c'est l'analyse économique de droit qui explique la fonction économique de droit. Nous avons vu dans le chapitre concernant, en matière commerciale, les règles qui sont fondées sur des bases non-économiques (religieuse, pure justice, culturelle etc.) tombent rapidement en désuétude.

continental et celui de Common Law. Cependant, la convention a décidé d'intégrer les deux positions au sein de ses dispositions.

*« Article 14-1) Une proposition de conclure un contrat adressé à une ou plusieurs personnes déterminées constitue une offre si elle est suffisamment précise **Une proposition est suffisamment précise lorsqu'elle ... fixe la quantité et le prix** ou donne des indications permettant de les déterminer ».*

Alors que l'article 55 de la même convention reconnaît la formation d'un contrat sans avoir besoin de déterminer son prix :

*« **Si la vente est valablement conclue sans que le prix des marchandises vendues ait été fixé** ..., les parties sont réputées, sauf indications contraires, s'être tacitement référées au prix habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat, ».*

Il est important de se poser la question, après la réforme du droit des obligations, comment se fait-il que le droit français qui a toujours insisté sur la détermination du prix du contrat, a enfin incliné sa position dans le nouvel article 1162 du code civil ?

Quant à la sanction de l'inexécution, l'article 45 de la convention, dans la partie consacrée aux moyens dont dispose l'acheteur en cas de contravention au contrat par le vendeur, reconnaît clairement le droit à l'exécution en nature et le dommage-intérêt.

« 1) Si le vendeur n'a pas exécuté l'une quelconque des obligations résultant pour lui du contrat de vente ou de la présente Convention, l'acheteur est fondé à :

*a) exercer les droits prévus aux articles 46 à 52 (**exécution en nature**) ;*

*b) demander les **dommages-intérêts** prévus aux articles 74 à 77 ».*

Cependant, nous pouvons trouver l'article 28 de la convention qui dispose :

« Si, conformément aux dispositions de la présente Convention, une partie a le droit d'exiger de l'autre l'exécution d'une obligation, un tribunal n'est tenu d'ordonner l'exécution en nature que s'il le ferait en vertu de son propre droit pour des contrats de vente semblables non régis par la présente Convention ».

En réalité, la convention donne le choix au juge mais pas aux parties de choisir la sanction de l'inexécution du contrat. Cette disposition s'explique par la divergence entre le *Common Law* et le droit continental sur le choix de la sanction préférée. En d'autres termes,

cette disposition *est un compromis entre les pays de Common Law et les pays de droit civil*. Un compromis qui laisse libre chaque système de pratiquer la sanction souhaitée.

La deuxième question qui se pose alors est de savoir pourquoi les États souverains, malgré leur volonté et la nécessité d'un tel accord, n'ont pas réussi à harmoniser les régimes juridiques de la majorité des contrats usuels dans le commerce.

La réponse à cette question est, en quelque sorte, la critique de cette méthode. De la même manière que les glossateurs n'ont pas cherché à comprendre la nature des rapports juridiques pour trouver la loi applicable mais ont raisonné en fonction de la souveraineté des statuts, les juristes des États membres des Nations-Unies n'ont pas cherché à comprendre le régime juridique du contrat de vente internationale mais plutôt à défendre leur souveraineté juridique. En effet, au sein des débats préparatoires de la convention de Vienne, les juristes n'ont pas essayé de déterminer les règles les plus adaptées au contrat de vente international, mais ils ont essayé de promouvoir le système auquel ils étaient attachés. Autrement dit, le débat n'était pas purement juridique mais plutôt politique, une guerre sans intérêt, menée par les juristes des grands systèmes juridiques afin de montrer la suprématie d'un système sur l'autre.

625. Comme nous avons montré dans le chapitre dernier, c'est la distinction entre le contrat civil et le contrat commercial qui permet d'envisager un régime juridique tout à fait harmonisé sur la scène internationale et la France en acceptant cette distinction, en tant que chef du système continental peut mener cette idée.

§3) La *lex mercatoria*, une méthode efficace mais à contenu inaccessible

626. La *lex mercatoria* est également abordée, comme les règles matérielles, dans la quasi-totalité des ouvrages du droit du commerce international à l'occasion de l'étude des sources du droit des contrats internationaux¹⁰⁶⁶. Nous l'étudions, ici, comme une méthode de règlement des différends des contrats commerciaux internationaux¹⁰⁶⁷. Cette manière de voir la *lex mercatoria* semblerait étrange au premier abord¹⁰⁶⁸, car le débat classique à son propos

¹⁰⁶⁶ JACQUET Jean-Michel, DELEBECQUE Philippe, CORNELOUP Sabine, *Op. cit.*, p. 57-64 ; BEGUIN Jacques, MENJUCQ Michel, *Op. cit.*, p. 53-64 ; KESSEDJIAN Catherine, PIRONON Valérie, *Op. cit.*, p. 80-87 ; GOURION Pierre-Alain, PEYRARD Georges, SOUBEYRAND Nicolas, *Op. cit.*, p. 89.

¹⁰⁶⁷ Evidemment comme nous l'avons expliqué, il y a une différence entre les contrats internationaux et les contrats commerciaux internationaux. Dans ce chapitre pour faciliter la rédaction, à chaque fois qu'on utilise le terme « contrats internationaux », on entend « contrats commerciaux internationaux ».

¹⁰⁶⁸ Notre théorie est distincte de celle selon laquelle la *lex mercatoria* est une méthode adaptée à

porte sur cette question : est-ce que celle-ci forme un troisième ordre juridique (distinct des ordres juridiques interne et international) et par conséquent peut-elle être une source de droit ou non ?

Nous développons ce paragraphe et en particulier l'origine de ce débat classique qui nous permet, d'une part, d'éclaircir le problème lié à la *lex mercatoria* dans le règlement des différends lié aux contrats internationaux et, d'autre part, d'expliquer notre théorie.

627. Avant tout, il est nécessaire d'énoncer que nous n'expliquerons pas en détail la notion et le contenu de la *lex mercatoria*. Il y a des travaux assez complets et satisfaisants en la matière.¹⁰⁶⁹ Nous nous contenterons de définir la *lex mercatoria* comme l'ensemble des normes que les acteurs du commerce international pratiquent dans leurs domaines professionnels. Cependant, il convient de positionner la naissance de la *lex mercatoria* moderne¹⁰⁷⁰ dans son contexte historique afin de comprendre le débat principal.

628. La renaissance de la *lex mercatoria* va de pair avec celle des tribunaux arbitraux. M.M. Davide et Dupuy précisent que « *l'arbitrage a connu après la Seconde Guerre mondiale un renouveau spectaculaire et s'est manifesté sous des formes ignorées du XIXe siècle. Il est devenu le mode favori de solution des conflits entre commerçants, spécialement dans le*

l'arbitrage. BEGUIN Jacques, MENJUCQ Michel, *Op. cit.*, p. 1221.

¹⁰⁶⁹ Cf., GOLDMAN B., *Op. cit.*, p. 177 et s. ; GOLDMAN B., « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalités et perspectives », JDI, 1979, p. 475 et s. ; Goldman B., « Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria* », in Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Editions Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 241 et s. ; OSMAN Filali, Les principes généraux de la *lex mercatoria*. Contribution à l'étude d'un ordre juridique national, LGDJ, Paris, 1992; GAILLARD Emmanuel, « Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », JDI, 1995, p. 5 et s.; LOQUIN Éric, « Où en est la *lex mercatoria*? », in Mélanges Ph. Kahn, L'Université de Bourgogne, CNRS, Litec, 2001, p. 23 et s. ; LOQUIN Éric, « Les rapports avec la *lex mercatoria* », in « La Commission des Nations unies pour le droit commercial international, À propos de 35 ans d'activité, LPA n° 252,18 déc. 2003, p. 63 et s. ; A. PELLET, « La *lex mercatoria*, tiers ordre juridique. Remarques ingénues d'un internationaliste de droit public », Mélanges Ph. Kahn, *op. cit.* p. 23 et s.; Lagarde P., « Approche critique de la *lex mercatoria* », in Mélanges Goldman B., *op. cit.*, p. 125 et s.; PAULSSON Jan, « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage CCI », Rev. arb. 1990, p. 55 et s.; MOUSSERON Jean-Marc, « *Lex mercatoria*, bonne mauvaise idée ou mauvaise bonne idée? », in Mélanges L. Boyer, Toulouse, PU sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 469 et s.; PAMBOUKIS Ch., « La *lex mercatoria* reconsidérée », in Mélanges P. Lagarde, Paris, Dalloz, 2005, p. 635 et s.; VIRALLY M., « Un tiers droit? Réflexions théoriques », in Mélanges GOLDMAN B., *op. cit.*, p. 373 et s.; DEUMIER Pascale, « La *lex mercatoria* entre ordre et désordre », Écrits rédigés en l'honneur de J. Foyer, Economica, 2008, p. 305 et s.

¹⁰⁷⁰ Cf. *supra* n° 183 concernant la *Lex mercatoria* moderne. En effet, la *lex mercatoria* (classique) découle du développement des relations commerciales internationales européennes qui se caractérise Fin du Moyen Âge. L'évolution des conditions sociales et la fin de l'économie seigneuriale favorise le développement du commerce inter-étatique pour lequel il est nécessaire de trouver un instrument juridique plus souple. Le *jus civile*, est désormais incapable de répondre aux nouveaux besoins des marchands dans la structure institutionnelle modifiée qui voit la naissance de États-nations.

domaine international »¹⁰⁷¹. Le recours à la *lex mercatoria* a également commencé à cette période¹⁰⁷². Cela est tout à fait normal car cette période, comme nous l'avons déjà vu¹⁰⁷³ est celle de l'essor du commerce international. Les acteurs du commerce international dans leurs relations privées, d'une part et les entreprises multinationales privées dans leurs relations commerciales avec les États, d'autre part, cherchaient l'application de la *lex mercatoria* car les droits nationaux étaient jugés inappropriés par les acteurs commerciaux. Les tentatives scientifiques commencent alors pour trouver une nouvelle source de droit qui permettrait d'encadrer les activités du commerce international parce que la nature de certaines activités sont si nouvelles et techniques qu'il manque un cadre juridique et que les législations nationales ne sont pas applicables. Les nouvelles règles qui sont ainsi utilisées afin d'encadrer les activités commerciales internationales sont appelées *lex mercatoria*. Les controverses se forment alors afin de justifier le fondement du recours à cette nouvelle source.

En effet, auparavant, la loi applicable à un contrat commercial international était choisie conformément à la méthode conflictuelle. Par conséquent un droit national était applicable à tel rapport juridique. Mais d'après ces acteurs économiques, les lois nationales n'étaient pas appropriées pour trancher leurs litiges, d'où la renaissance de la *lex mercatoria* comme une nouvelle source de droit pour les contrats commerciaux internationaux. Cependant cette méthode n'était *a priori* possible que devant un tribunal arbitral car à cette époque, l'emprise de système judiciaire étatique était absolue.

Suite à cet événement, une partie de la doctrine qui voulait promouvoir l'application de la *lex mercatoria* devant les tribunaux étatiques défend l'existence de la *lex mercatoria* comme un nouvel ordre juridique, comme une nouvelle source juridique pour un type de relations privées, à savoir les relations d'affaires internationales¹⁰⁷⁴. À l'opposée, les partisans d'une autre doctrine mettent en cause cette conception très large de la *lex mercatoria*¹⁰⁷⁵.

629. Nous, en tant que juriste positiviste et en particulier pragmatiste, ne voyons pas

¹⁰⁷¹ DAVID René, DUPUY René-Jean, « Arbitrage, Droit », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 07 août 2019. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/arbitrage-droit/>.

¹⁰⁷² BART Jean, « La *Lex mercatoria* au Moyen Age mythe ou réalité ? », Mélanges Ph. Khan, Litec, Paris, 2000.

¹⁰⁷³ Cf. *supra* n° 187.

¹⁰⁷⁴ GOLDMAN Berthold, « Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria* », in Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Editions Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 241 et s.

¹⁰⁷⁵ KASSIS Antoine, *Op. cit.* ; LAGARD Paul, Le droit des relations économiques internationales, études offertes à Berthold Goldman, Litec, Paris, 1982, p. 125-150.

l'intérêt théorique de ce débat car les deux courants de pensée ont une part de vérité.

630. D'un point de vue pragmatique, le courant de pensée qui considère la *lex mercatoria* comme un troisième ordre juridique et par conséquent revendique l'application directe de cette source aux contrats internationaux, voit le bien-fondé de sa théorie dans un fait pratique. Les acteurs commerciaux réclament des règles distinctes des règles étatiques. En effet, ce courant de pensée doit justifier l'application de la *lex mercatoria* en parallèle des règles étatiques. Cela n'est possible qu'en revêtant une nouvelle dimension aux activités du commerce international. Les partisans de la *lex mercatoria* pensent que les contrats internationaux ne relèvent ni du droit national, ni du droit international. Alors ces derniers forment une nouvelle catégorie de rapport juridique qui a besoin d'une nouvelle source de droit. Évidemment dans cette idée il y a une part de vérité autant qu'une part d'exagération. Certes, les lois nationales ne sont pas appropriées pour trancher les contrats internationaux mais la *lex mercatoria* ne forme pas non plus tout à fait un ordre juridique distinct.

Pourquoi disons-nous tout à fait ? D'abord, parce qu'il faut avoir une définition précise de la notion d'ordre juridique (ce qui n'est pas le cas). Considérons qu'un ordre juridique est l'ensemble des règles qui régissent une population définie dans une zone géographique définie et dans un temps donné, par exemple l'ordre juridique des romains ou *jus civils*, l'ordre juridique français de l'Ancien régime. D'après cette définition, l'ordre juridique interne régule les relations privées à l'intérieur des frontières d'un pays. Par exemple, dans l'ordre juridique français actuel, la compétence *ratione personae* du code civil couvre les relations entre les français et pour les relations contractuelles étrangères, le droit français reconnaît le système de conflit de lois. De même, l'ordre juridique international régule les relations entre les États dans la sphère internationale. Ainsi, ce troisième ordre juridique devrait en principe réguler les relations privées internationales. Si c'est le cas, que se passe-t-il avec les règles de conflit de lois qui existent dans la quasi-totalité des ordres juridiques internes ? Ces règles régulent aussi les relations privées internationales. La question la plus importante est enfin la suivante : est-ce que ce troisième ordre juridique est applicable dans tous les domaines des relations juridiques privées ou seulement en matière contractuelle ? En effet, le domaine contractuel est une petite partie des différents aspects de la vie privée. Ainsi, il n'est pas très judicieux de considérer la *lex mercatoria* comme un ordre juridique distinct car elle n'englobe pas toutes les formes de relations privées.

631. Du point de vue positivisme, les conditions de l'existence d'une règle de droit, d'une source de droit sont posées par le droit positif. Alors, il suffit de vérifier si la *lex*

mercatoria répond ou non à ces conditions. C'est-à-dire il faut vérifier si la *lex mercatoria* ou les usages du commerce international sont adoptés par organe compétent et par conséquent ils ont l'autorité d'une source de droit ? C'est à ce moment-là qu'on se heurte, à nouveau, à cette question basique : quelles sont les sources de droit en matière contractuelles ? et est-ce que les usages internationaux peuvent-ils être considérés comme une source de droit ? (Il ne faut pas confondre entre deux choses : la source formelle et la source subsidiaire en droit.) Sans chercher dans les sources subsidiaires et prenant seulement en compte le droit positif, la réponse à cette question nous semble intéressant.

En effet, nous devons nous baser sur le code civil et la partie relative au contrat pour trouver la réponse. L'article 1194 du code énonce : « *Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* ». Cet article, à notre sens, annonce clairement que dans l'hypothèse le contrat ne prévoit pas toutes les situations, les parties et le juge sont obligées de tenir en compte l'équité, l'usage et la loi. Certes, le contenu de ses sources n'est pas déterminé et cela entraîne l'insécurité juridique. Il n'en est moins que l'usage fait bien partie des sources de droit en matière contractuelle alors nous pouvons dire que le juge peut faire un recours aux coutumes ou usages.

Si l'usage est une source des contrats, la première question qui vient à l'esprit est de savoir quel usage pourrait être appliqué à un contrat international. Nous pouvons imaginer les coutumes internationales sont plus adaptées par rapport aux coutumes nationales et par conséquent le juge peut appliquer la *lex mercatoria* dans les contrats commerciaux internationaux.

En résumé, comme nous avons vu, le débat autour de troisième ordre juridique, à nos yeux, n'est pas utile. Prenant cette position, nous n'avons pas l'intention de mettre en cause la *lex mercatoria* comme une source de droit. Au contraire, nous en croyons comme une source qui a son fondement juridique au sein du code civil, plus précisément à l'article 1194 du code civil.

632. Mais la question plus fondamentale reste toujours sans réponse. Prenant en compte la compétence *ratione personae* du code civil, est ce que nous pouvons appliquer l'article 1194 aux contrats internationaux ?

Il convient de nuancer notre réponse. Concernant les contrats internationaux pour lesquels le droit français est applicable, soit d'après le choix des parties, soit par l'application

des règles conflictuelles, nous pouvons défendre l'application de la *lex mercatoria*. Il reste à se positionner dans le cas où les usages internationaux sont en contradiction avec les règles impératives du droit des contrats français. Quant aux contrats internationaux présentés devant la juridiction française mais pour lesquels la loi française n'est pas applicable, la réponse à cette question n'est pas aisée. *A priori*, le code civil n'est pas applicable et il n'y a pas de base légale afin d'appliquer les usages.

Par conséquent, pour nous, la base juridique de l'application de la *lex mercatoria* n'est plus les arrêts Norsolor¹⁰⁷⁶ ou Valenciana¹⁰⁷⁷ de la cour de cassation mais l'article 1194 du code civil.

De la même manière, pour répondre à la même question, nous pouvons penser à l'éventuelle application du code de commerce. En effet, nous prenons en compte l'aspect commercial des contrats commerciaux internationaux et nous interroger sur l'applicabilité des usages et des coutumes en matière commerciale. Il faut se rappeler que le code du commerce n'est applicable qu'entre les commerçants français. Dans l'hypothèse où le droit français est applicable et c'est un contrat commercial international, le recours à la *lex mercatoria* est justifié.

Il est nécessaire de rappeler que pour faciliter notre analyse, nous avons pris les usages dans le sens large du terme. De cette manière, les usages commerciaux entrent dans la catégorie des usages.

633. Bien que nous venions de montrer la légitimité du recours à la *lex mercatoria*, d'un point de vue pragmatique, deux raisons sont en contradiction avec son application. Premièrement, le recours au processus de la qualification qui consiste à réduire un contrat international dans le régime juridique d'un contrat interne et deuxièmement, le manque de codification des coutumes et des usages concernant chaque type de contrat international. Cela empêche l'intelligibilité et la prévisibilité de la *lex mercatoria* pour un juge interne.

Donc, nous pouvons dire qu'à première vue, en droit français la réponse à cette question, comme l'écrivent certains auteurs est négative. D'autres ont nuancé leur réponse

¹⁰⁷⁶ Cass. 1^{re} civ. 9 oct. 1984, n° 83-11.355, note P. Kahn, JDI, 1985, p. 679 ; note Goldman B., Rev. arb., 1985, p. 431; note J. Robert, Rec. Dalloz, 1985, p. 101.

¹⁰⁷⁷ Cass. 1^{re} civ. 22 oct. 1991, note B. Oppetit, Rev. crit. DIP 1992, p. 113; note Goldman B., JDI, 1992, p. 177; note P. Lagarde, Rev. arb., 1992, p. 466.

avec la différenciation des tribunaux étatiques et des tribunaux arbitraux¹⁰⁷⁸. La *lex mercatoria* n'est pas applicable devant les tribunaux étatiques car le juge est obligé d'appliquer les règles¹⁰⁷⁹ nationales. Cette distinction ne nous permet cependant pas de régler le fond du problème lié à la *lex mercatoria*. Comment pouvons-nous réconcilier deux positions opposées afin de faciliter l'application de la *lex mercatoria* devant un tribunal étatique ?

Il faut savoir qu'étudier la *lex mercatoria* sous l'angle d'une source de droit ou sous l'angle d'un ordre juridique distinct relève d'une seule réalité, ***quelle est la loi applicable à un contrat international ?*** Si la méthode conflictuelle, la méthode universaliste et la *lex mercatoria* ne répondent pas parfaitement pas aux besoins des acteurs commerciaux (*lex mercatoria*) et à ceux des ordres juridiques nationaux (la souveraineté juridique), alors, comment pouvons-nous trouver le régime juridique d'un contrat international ? Le système conflictuel satisfait les États mais pas les juristes et les acteurs économiques, les règles matérielles satisfont imparfaitement les trois groupes mentionnés et la *lex mercatoria* satisfait les acteurs commerciaux et les juristes mais pas les États. Quelle solution satisferait parfaitement les trois groupes ?

Ces trois solutions nous montrent que pour satisfaire les trois parties et trouver le régime juridique des contrats internationaux, il est nécessaire d'emprunter aux fondements de chaque méthode. En effet, nous devons trouver des règles spécifiques à chaque contrat qui émanent des acteurs du commerce et qui sont validées par les souverainetés nationales. Nous pensons que la distinction entre les contrats commerciaux et civils au sein des droits étatiques (en l'occurrence, de la France) pourrait mettre en œuvre cette solution. Tout d'abord parce que la France pourrait concevoir un régime spécifique général et distinct des contrats civils pour les contrats commerciaux (selon notre quatrième chapitre). Au sein de ce régime spécifique, le législateur permet certains principes qu'exigent les contrats commerciaux ainsi que la liberté de détermination des prix, le recours aux usages commerciaux, la prise en compte du bénéfice économique des deux parties etc. Si cette distinction est effectuée au sein du droit interne

¹⁰⁷⁸ KAHN Philippe, « Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria* : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? », in Le droit des relations économiques internationales - Etudes offertes à Berthold Goldman, Paris, Litec, 1982, p. 100.

¹⁰⁷⁹ Il y a deux questions marginales par rapport aux règles de droit. Tout d'abord la définition de « règles de droit n'est pas établie ». Il convient également de savoir si une règle de droit est une loi ou non. Cela est important car pour les auteurs qui considèrent la *lex mercatoria* comme une règle de droit, elle devrait être applicable aux tribunaux étatiques.

français, au moment des préparations des conventions internationales sur certains contrats spécifiques, la France pourrait proposer des règles adaptées aux besoins des commerçants car le régime général des contrats commerciaux l'autorise au niveau interne. La France pourrait également mettre à jour les contrats types proposés par les professionnels afin de diversifier les régimes juridiques des contrats spéciaux. Afin de développer cette dernière proposition, il convient de traiter un autre sujet qui concerne à la détermination du régime juridique des contrats internationaux. Il s'agit des contrats types.

634. C'est à partir de là que notre théorie de la distinction entre le contrat civil et le contrat commercial révèle l'une de ses conséquences les plus importantes. Si l'on met en perspective les solutions données pour déterminer la loi applicable aux contrats commerciaux, nous voyons que le problème est le défaut de règles au niveau interne et international et la solution appropriée aux commerçants n'existe pas dans les lois internes. Alors nous pensons qu'il faut intégrer la *lex mercatoria* en droit des contrats internes. Nous pensons que cela est très facile en droit français théoriquement et ne devrait pas heurter à la doctrine actuelle, car le recours aux usages est accepté en droit positif.

De plus, d'un point de vue scientifique, selon ce que l'on a montré dans le chapitre relatif aux fondements de la notion du contrat, nous croyons, comme les partisans de la *lex mercatoria* en tant qu'ordre juridique distinct, que les solutions trouvées dans le cadre la *lex mercatoria de lege ferenda* doivent être utilisées afin d'encadrer le régime juridique d'un contrat international. Cette source a été parfois transcrite dans les contrats types. Ce qui leur délègue un rôle dans la détermination du régime juridique d'un contrat international.

§4) Les contrats types : la traduction ponctuelle de la *lex mercotaria*

635. Les contrats types sont des contrats établis par les professionnels ou associations afin d'encadrer un secteur spécifique. « C'est une réglementation du contrat assez détaillée pour éliminer la plupart des éléments d'incertitude et qui, prévoyant le recours, en cas de litige, à un organisme d'arbitrage, rattache le contrat davantage à un droit professionnel d'usages et de jurisprudence arbitrale, qu'à un droit national déterminé »¹⁰⁸⁰. C'est pourquoi les ouvrages sur le commerce international consacrent une partie de l'étude des sources des contrats internationaux aux contrats types. Les contrats types sont en quelque sorte une codification de la *lex mercatoria*. Et attention, avec la réforme du droit des obligations, les contrats-types peuvent de plus en plus être assimilé à des contrats d'adhésion, et permettre au

¹⁰⁸⁰ LOUSSOUARN Yvon, BREDIN Jean-Denis, *Op. cit.*, p. 586.

juge de les rectifier ! Par exemple, pour la sous-traitance de l'activité de l'extraction du pétrole dans les gisements pétroliers, The Association of International Petroleum Negotiators¹⁰⁸¹ (AIPN's) a préparé un contrat type qui encadre la relation entre les parties et dans le cas d'un litige sera utilisé comme une source de droit. À première vue, ces contrats types semblent la meilleure solution pour déterminer le régime juridique des contrats internationaux. C'est la raison pour laquelle, dans la plupart des ouvrages, on ne peut pas trouver de réelle critique de cette source.

636. Notre étude sur les contrats types nous révèle qu'ils sont loin d'être parfaits pour déterminer le régime juridique d'un contrat international. Notre critique ne relève pas de l'effectivité¹⁰⁸² de cette source dans l'ordre juridique interne car d'un point de vue positiviste, l'application de cette source devant un tribunal étatique n'est pas défendable. Notre observation a une dimension technique. En effet, les contrats types préparés par les professionnels sont influencés par les ordres juridiques internes desquels ils émanent. C'est-à-dire que si ce sont les américains qui ont établi tel contrat, ils sont influencés par l'ordre juridique des États-Unis. Ils ne prennent pas en compte la dimension internationale de l'activité économique pour laquelle ils ont proposé un cadre juridique. Autrement dit, leur effort consiste à prendre un contrat interne et le revêtir d'un aspect international. Ce revêtement n'est qu'extrinsèque. Il ne s'agit pas de la nature de la relation juridique ou comme on dit dans la littérature juridique française, de l'objet du contrat, il s'agit des caractéristiques en dehors de l'objet du contrat comme la monnaie de paiement, le mode de règlement des différends etc. Les rédacteurs de ces contrats ne prennent pas en compte que l'activité commerciale encadrée dans un ordre juridique interne, une fois qu'elle dépasse les frontières d'un pays, pourrait se voir transformée.

C'est pour cette raison que nous avons décidé, dans la deuxième section, de mettre en pratique notre théorie et d'illustrer chaque chapitre de notre thèse à travers l'étude du contrat

¹⁰⁸¹ L'association des négociateurs internationaux du secteur pétrolier est une association professionnelle indépendante à but non lucratif qui soutient les négociateurs internationaux dans le domaine de l'énergie et renforce leur efficacité et leur professionnalisme au sein de la communauté internationale de l'énergie. Elle a été fondée en 1981 pour renforcer le professionnalisme des négociateurs en énergie transfrontaliers à travers le monde. Le personnel de l'AIPN, basé à Houston, coordonne les activités et fournit un soutien administratif au conseil d'administration.

¹⁰⁸² L'efficacité d'une loi a plutôt une vocation économique. Alors que l'effectivité une loi envisage plutôt l'acceptation de la loi par le peuple. LEROY Yann, « La notion d'effectivité du droit », Rev. Droit et société, 2011/3, n° 79, p. 715-732 ; Ex. il ne faut pas fumer à la gare. En vrai, peu de personne respecte cette loi, alors on dit que cette loi n'est pas effective.

d'affermage pétrolier. C'est un peu l'explication qui manque p. 3 de vos actuels développements, dans l'annonce de subdivision.

Section 2 : Le règlement des différends du contrat international d'affermage pétrolier : l'étude de la sentence arbitrale du CIRDI

637. L'étude du régime juridique des contrats pétroliers a toujours attiré l'attention des juristes. Ces contrats sont au carrefour du droit des contrats internationaux, du droit des investissements étrangers, et du droit public et administratif. Nous analysons une sentence du CIRDI sur une relation contractuelle pétrolière complexe¹⁰⁸³.

638. Le 5 octobre 2012, un tribunal arbitral du CIRDI¹⁰⁸⁴ a rendu une sentence dans l'affaire opposant les entreprises *Occidental petroleum et Occidental Exploration and Production* (ci-après OEP) d'un côté, contre la république de l'Équateur¹⁰⁸⁵. Les arbitres¹⁰⁸⁶ ont condamné à l'État défendeur de verser une indemnisation de plus de 1,7 milliards de dollars américains en raison de la résiliation par cet État du contrat de partage de production pétrolière dont bénéficiaient les deux sociétés demanderesses américaines.

639. Présent en Équateur depuis 1985, *Occidental Petroleum* avait obtenu la conclusion le 21 mai 1999 – et après plus de deux ans de négociations – d'un contrat de participation en vue de l'exploitation de plusieurs gisements de pétrole dans une concession de 200 000 hectares, désignée sous le nom de Block 15. Cette concession est située à plusieurs centaines de kilomètres à l'est de Quito, dans la région la plus riche en pétrole du pays, en pleine forêt amazonienne.¹⁰⁸⁷

Le contrat a été formellement conclu entre la République d'Équateur, par le biais de la société nationale *Petroecuador*, et *Occidental Exploration and Production Company* (ci-après

¹⁰⁸³ Manciaux Sébastien, « commentaire la Sentence CIRDI. – 5 oct. 2012. – n° ARB/06/11. – Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company c/ Équateur », *Journal du droit international (Clunet)*, n° 2, Janvier 2013, p. 550

¹⁰⁸⁴ Le centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.

¹⁰⁸⁵ La sentence est disponible à <https://www.italaw.com/cases/767>; Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11.

¹⁰⁸⁶ Les arbitres étaient David A.R. Williams, Q.C., Brigitte Stern (arbitres) et L. Yves Fortier (président)

¹⁰⁸⁷ Sentence, § 109 et s.

OEPC), filiale du groupe Occidental Petroleum, pour une période de treize à vingt ans selon les gisements concernés¹⁰⁸⁸. Soumis exclusivement à la loi équatorienne, le contrat prévoyait qu'OEP devait explorer, développer et exploiter le Block 15 à ses frais en échange d'une part du pétrole extrait. Cette part, calculée sur la base d'une équation complexe, était d'environ 70 % en 2005. En vertu du contrat, OEP s'engageait également à s'acquitter des taxes et impôts dus en vertu de la législation équatorienne, à communiquer périodiquement un certain nombre d'informations aux autorités du pays, à établir de bonnes relations avec les populations locales et à protéger l'environnement¹⁰⁸⁹.

Par ailleurs, l'article 16 du contrat prévoyait que toute cession du contrat ou des droits conférés par celui-ci devait obtenir l'autorisation du ministre compétent. Enfin, l'article 21 du contrat intitulé « Résiliation et caducité »¹⁰⁹⁰ prévoyait la résiliation du contrat dans un certain nombre de circonstances prévues par la loi équatorienne sur les hydrocarbures (HCL), ainsi qu'en cas de transfert de droits ou d'obligations du contrat de participation sans l'autorisation préalable du Ministre compétent¹⁰⁹¹.

Il se trouve par ailleurs qu'en mai 2000, peu de temps après la conclusion du contrat de partage de production, OEP fut approchée par une société pétrolière canadienne. *Alberta Energy Corporation Ltd* (ci-après AEC) qui cherchait à développer son activité en Équateur.

Les deux sociétés ont conclu un contrat d'affermage pétrolier (*Farmout agreement*)¹⁰⁹² au terme duquel AEC trouve des droits à l'exploitation du Block 15. Pour OEP, cette association, était également intéressante car elle lui permettait de développer son investissement tout en engageant moins de fonds propres et en réduisant son exposition au risque. Selon l'accord conclu entre ces deux sociétés, AEC dans un premier temps devenait détenteur de 40 % de l'intérêt économique de la concession (droit à 40 % de la part de production du Block 15 revenant à OEP) moyennant la prise en charge de 40 % des investissements requis pour le développement de la concession pétrolière et le versement

¹⁰⁸⁸ Sentence, § 115.

¹⁰⁸⁹ Sentence, § 116 et s.

¹⁰⁹⁰ Termination and Forfeiture (Caducidad).

¹⁰⁹¹ Sentence, § 119 et 120.

¹⁰⁹² Nous proposons le nom *affermage pétrolier* (s'il faut un terme français) qui semble mieux démontrer le mécanisme de ce contrat. En effet, le terme *affermage* est plutôt utilisé dans le domaine de l'agriculture, mais étant donné qu'aux États-Unis, le terme de *farmout* découle du fait que le terrain qui procure les ressources hydrocarbures est considéré comme une ferme (*Farm*) dont le propriétaire demande à un tiers d'investir son terrain afin d'exploiter du pétrole, nous pensons *affermage pétrolier* est un terme approprié.

échelonné d'une somme de 180 millions de dollars au titre des coûts de développement engagés précédemment par OEP depuis le début de son activité en Équateur. Dans un second temps (qui ne devait pas survenir avant 2004), une fois les paiements promis effectués et sous condition de l'obtention de l'autorisation des autorités équatoriennes, AEC devait devenir partie au contrat de participation conclu entre OEP et Petroecuador et recevoir 40 % de la participation détenue dans la concession du Block 15 par OEP¹⁰⁹³.

Le contrat transférant des droits pétroliers conclu entre OEP et AEC est révélé en 2004 à l'occasion d'un audit de l'activité d'OEP missionné par la Direction Nationale des Hydrocarbures d'Équateur. Lorsque l'un des contrôleurs a demandé plus de renseignements sur les ventes de pétrole réalisées entre AEC et OEP, ce dernier révéla le contrat d'affermage conclue avec AEC. Il s'est également avéré qu'AEC a accompli à la place d'OEP les obligations contractuelles prévues et la demande d'autorisation du transfert des droits pétroliers à la société AEC n'a toujours pas été effectuée. Cette demande fut officiellement envoyée le 15 juillet 2004. Cependant, le 24 août de la même année, le Procureur général de l'État équatorien ordonna au ministre des Mines et de l'Énergie de mettre un terme au contrat de participation en raison de sa violation par OEP¹⁰⁹⁴. OEP contesta avoir manqué à ses obligations contractuelles et des négociations eurent lieu au printemps 2005 entre les dirigeants d'OEP, les dirigeants de Petroecuador et différents hauts représentants de l'État équatorien¹⁰⁹⁵. Après une assez longue période de négociation avec des autorités équatoriennes, le contrat fut effectivement résilié le 15 mai 2006 par l'édition d'un décret de caducité de la concession¹⁰⁹⁶. Deux jours plus tard, le 17 mai 2006, OEP déposait une requête d'arbitrage devant le CIRDI, fondée sur le TBI¹⁰⁹⁷ américano-équatorien de 1993. La requête fut enregistrée le 13 juillet.

Le 9 septembre 2008, le tribunal rendit une décision sur sa compétence dans laquelle il estima que le contrat de participation n'excluait pas le recours à l'arbitrage pour les litiges portant sur sa résiliation et qu'OEP avait bien tenté pendant plus de six mois (dès le printemps 2005) de régler à l'amiable le différend avant de recourir à l'arbitrage¹⁰⁹⁸. Le tribunal rendit sa

¹⁰⁹³ Sentence, § 127 à 138.

¹⁰⁹⁴ Sentence, § 161 à 169.

¹⁰⁹⁵ Sentence, § 185.

¹⁰⁹⁶ Sentence, § 199.

¹⁰⁹⁷ Traité bilatéral d'investissement.

¹⁰⁹⁸ Sentence, § 39.

sentence le 5 octobre 2012, accompagnée d'une opinion dissidente de Brigitte Stern¹⁰⁹⁹. Sur le fond, le tribunal commence par analyser le contrat d'affermage pétrolier (affermage) conclu entre OEP et la société canadienne AEC : il retient que ce contrat a bien opéré un transfert de droits et obligations du contrat de partage de production au profit d'AEC pour lequel une autorisation préalable des autorités équatoriennes était requise¹¹⁰⁰. Faute d'avoir demandé cette autorisation, OEP a effectivement violé l'article 16.1 du contrat de partage de production ainsi qu'une disposition de la loi équatorienne sur les hydrocarbures¹¹⁰¹. Le tribunal se demande ensuite si la sanction prononcée, à savoir la résiliation du contrat de partage de production est proportionnée à la faute retenue à l'encontre d'OEP. Pour ce faire, le tribunal commence par relever que le droit équatorien connaît bien le principe de proportionnalité et l'applique dans différentes branches du droit (droit pénal, contentieux administratif, etc.)¹¹⁰².

L'État d'Équateur qui n'est pas satisfait de cette décision a lancé, le 9 octobre 2012, une procédure en annulation de la sentence arbitrale. Le 18 janvier 2013, le Secrétaire général du CIRDI, conformément à l'article 6, paragraphe 1, du Règlement d'arbitrage du CIRDI, a notifié aux Parties que les trois membres¹¹⁰³ du comité ad hoc ont accepté leur nomination et que ce dernier est donc réputé constitué à cette date. Le 12 août 2013, l'Équateur a déposé son mémoire en annulation. Il prétend que le tribunal arbitral a excédé ses pouvoirs. Tout d'abord, il estime que le tribunal n'était pas compétent pour régler ce litige et ensuite il estime que le tribunal n'aurait pas dû 100 % de dommage et intérêt à l'entreprise OPE car elle ne détenait que 60 % des droit pétroliers sous le contrat de partage de production et que le reste appartenait à la société chinoise (la société canadienne AEC a été rachetée en 2006 par une société chinoise) et que le tribunal n'était pas compétent pour trancher les litiges entre le pays d'Équateur et une société chinoise.

Le 9 octobre 2015, le comité rend sa décision. Il rejette toutes les demandes de la

¹⁰⁹⁹ Brigitte Stern est professeur émérite de droit international à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne et ancienne professeure à l'Institut universitaire de Genève pour les études internationales et du développement (IHEID). Elle est l'un des principaux arbitres au monde et fait partie de la liste de plusieurs centre d'arbitration.

¹¹⁰⁰ Sentence, § 307.

¹¹⁰¹ Sentence, § 381.

¹¹⁰² Sentence, § 396 à 401.

¹¹⁰³ Le comité *ad hoc* a été composé du professeur Juan Fernández-Armesto, ressortissant du Royaume d'Espagne, Président du comité ; Le juge Florentino Feliciano, ressortissant de la Philippines ; et M. Rodrigo Oreamuno Blanco, ressortissant costaricien. M. Gonzalo Flores, conseiller juridique principal du CIRDI, a été désigné comme Secrétaire de la commission ad hoc.

République d'Equateur sauf la demande d'annulation partielle sur 40 % des droits pétroliers.

Nous nous concentrons sur la prétention de l'annulation du contrat de partage de production du pétrole et l'articulation du contrat d'affermage pétrolier avec le contrat principal. Dans un premier temps, nous l'analysons en fonction des enseignements classiques relatifs au droit des contrats (§2) et dans un deuxième temps en fonction de notre théorie (§3). Cependant, il serait très compliqué de comprendre ces deux analyses sans avoir certaines informations élémentaires (§1) que nous allons tout d'abord présenter.

§1) Les informations élémentaires concernant un contrat pétrolier

640. D'une manière générale, l'entrée dans l'étude des contrats pétroliers suppose la connaissance d'une série de concepts élémentaires nous permettant de bien comprendre les différents régimes juridiques existants. Ces concepts relèvent tantôt de questions techniques, tantôt de questions juridiques.

641. À propos des questions techniques, il convient tout d'abord de préciser que l'industrie pétrolière se divise en deux catégories. Par conséquent il en est de même pour les contrats pétroliers. On distingue :

- les contrats qui portent sur l'exploration, l'exploitation, le développement des gisements et la production du pétrole, qui sont qualifiés de « contrats en amont » ;
- les contrats dont l'objet est la vente, le raffinage, le transport, l'exportation et l'importation du pétrole, qui sont qualifiés de « contrats en aval ».

Au fil du temps, des raisons politiques et économiques ont ramené les juristes à imaginer plusieurs types de contrats pétroliers en amont : des contrats de concession moderne, de partage de la production, de *lease* et récemment de *joint operating venture* et *farmout* (affermage pétrolier).

642. Quant aux questions juridiques, il est nécessaire d'expliquer le régime juridique de la propriété des ressources hydrocarbures. En effet, en raison de la haute valeur économique de ces ressources, les États se sont posés la question de la propriété de ces richesses. La réponse à cette question va déterminer la personne compétente et son but à conclure les contrats pétroliers en amont. D'après les droits nationaux deux régimes distincts ont été développés. Le premier est celui de la propriété étatique ou publique. C'est-à-dire que c'est l'État qui choisit le titulaire du droit d'exploitation. Dans ce système, l'État garde tous

les pouvoirs de surveillance sur le progrès des opérations et, en contrepartie, le titulaire a un droit exclusif d'exploitation du gisement découvert¹¹⁰⁴.

Le deuxième est celui de la propriété privée selon lequel les particuliers peuvent détenir le droit d'exploitation¹¹⁰⁵. Selon un principe connu et fondamental de ce régime (régime juridique du droit de propriété immobilière de l'Equateur ou des États Unis ? comparez au droit français. Convention portant sur le droit de superficie), **la propriété de la surface du terrain est dissociable de celle des ressources souterraines.**¹¹⁰⁶ Cela permet de séparer le transfert de la propriété des ressources hydrocarbures, du transfert de la propriété de la surface du terrain. Par exemple, le propriétaire d'un terrain garde la propriété de la surface du terrain pour lui-même mais il transfère la propriété du pétrole à quelqu'un d'autre sous un contrat de *lease*. C'est le contrat le plus utilisé aux États-Unis pour l'exploitation du pétrole qui est à l'origine de la conclusion de la majorité des contrats *farmout* dans ce pays.

643. Il convient d'expliquer en quelques mots le régime juridique de ces ressources dans les instruments internationaux, car la majorité des contrats pétroliers sont des contrats d'État, et que, d'après certains auteurs le droit international est applicable aux contrats d'investissement.

Il semble que les pays, qui ont accepté le régime de la propriété publique, se sont appuyés sur les instruments internationaux et en particulier, les résolutions des Nations-Unies, pour justifier leur choix. Ces instruments internationaux¹¹⁰⁷ jouent aussi un rôle important dans le règlement des litiges internationaux relatifs aux contrats pétroliers¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁴ Duval Claud, Honoré Le Leuch and André Pertuzio, *International Petroleum exploration and exploitation agreements: legal, economic and policy aspects*, Keith, Barrows Company Inc, New York, 2nd ed, 2009, p. 42.

¹¹⁰⁵ Les États-Unis sont les plus importants représentants de ce régime en raison d'une culture juridique pétrolière riche en la matière. Cependant, d'autre pays comme le Canada et l'Australie ont suivi leur approche.

¹¹⁰⁶ ASGHARIAN Mojtaba, *Oil and gaz law in United-States*, Khorsandy publication, 2012, p. 18.

¹¹⁰⁷ Le 21 décembre 1952, l'Assemblée Générale des Nation Unies, dans la résolution A/626 (VII), qui est le premier texte consacré spécifiquement à la souveraineté sur les ressources naturelles déclare : « *le droit des peuples d'utiliser et d'exploiter librement leurs richesses et leurs ressources naturelles est inhérent à leur souveraineté et conforme aux buts et principes de la Charte des Nations Unies* ». ELIAN George, « Le principe de la souveraineté sur les ressources nationales et ses incidences juridiques sur le commerce international », RCADI, 1976, p. 47.

¹¹⁰⁸ Dix ans plus tard, le 14 décembre 1962, l'Assemblée Générale des Nations-Unies, dans la résolution 1803 intitulée « *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles* », réaffirme la permanence de la souveraineté sur les ressources naturelles. Cependant, c'est la première fois que l'Assemblée générale des Nations Unies énonce aussi clairement que les États ont désormais la pleine et entière souveraineté sur leurs ressources naturelles. Cette pratique rejoint d'ailleurs l'article 2 c), tant controversé, de la Charte des droits et

644. **Les parties des contrats pétroliers** : Traditionnellement les parties d'un contrat pétrolier sont d'un côté des sociétés privées et de l'autre côté un État ou une société publique. La plupart des pays producteurs de pétrole ont décidé de créer une société pétrolière nationale (SPN). En principe, cela augmentait leur savoir-faire dans l'industrie pétrolière en amont mais cela ne les empêche pas de conclure des contrats dans un but lucratif. Cet élément est important car dans l'analyse classique, il nous permet de qualifier un contrat, et d'après la nouvelle analyse, il est un indice pour qualifier le contrat commercial.

Nous pouvons constater que les particuliers ne jouent quasiment aucun rôle dans les contrats pétroliers. C'est peut-être à cause de cette particularité que l'étude des contrats pétroliers n'est pas fréquente parmi les juristes (je crois surtout que cela passe beaucoup par le contentieux arbitral...), malgré le volume important des transactions qui existent dans ce secteur. Comme nous l'avons vu quand nous avons abordé le sujet du régime de la propriété du pétrole, c'est seulement dans les pays qui ont accepté le régime de la propriété privée que nous pouvons imaginer une personne physique comme le contractant d'un contrat pétrolier¹¹⁰⁹. C'est le cas des États-Unis et du Canada. Le contrat le plus fréquent dans ces pays est le contrat de « *lease* »¹¹¹⁰. Selon ce dernier le *lessee* (bailleur) obtient le droit d'exploitation du gisement souterrain soit pendant quelques années soit tant que l'exploitation du gisement est rentable, en contrepartie de « *royalties* »¹¹¹¹. Ce contrat pourrait être considéré comme un contrat interne et non international. Mais même si nous sommes en présence d'un contrat de *lease* international, les complexités d'un contrat d'État n'existent pas, puisque les deux parties sont des personnes privées. Nous verrons que le contrat affermage, en raison de sa fonction, est un contrat entre les sociétés pétrolières, les particuliers n'y ont aucune place. Cependant le fait qu'un particulier puisse être le propriétaire des ressources hydrocarbures, va être utile au moment de la comparaison entre un contrat affermage adjoint à un contrat d'État et celui adjoint à un contrat privé.

Le contrat affermage (*farmout*), utilisé dans la pratique du commerce international de

devoirs économiques des États : « *Tout État a le droit de nationaliser, d'exproprier ou de transférer la propriété des biens étrangers, auquel cas il devrait verser une indemnité adéquate, compte tenu de ses lois et règlements et de toutes les circonstances qu'il juge pertinentes.* », Elian George, *Op. cit.*, p. 51.

¹¹⁰⁹ Il ne faut pas confondre les pays mentionnés avec les pays où la loi reconnaît des personnes physiques la propriétaire du terrain situé au-dessus des ressources hydrocarbures mais cependant elle les oblige de vendre leurs terrains à l'État.

¹¹¹⁰ Nous évitons de traduire le nom de ce contrat parce qu'il n'a aucun rapport avec le contrat de bail.

¹¹¹¹ C'est un terme juridique montrant le montant que le propriétaire d'un terrain obtient en transférant le droit de l'exploitation des ressources minières sous un contrat *lease*.

l'exploitation du pétrole, n'est pas reconnu dans tous les ordres juridiques internes en raison du fait qu'il est utilisé le plus souvent en tant que contrat interne et non en tant que contrat international. Il trouve son origine dans la *Common Law* et précisément aux États-Unis, où ce contrat est utilisé principalement dans le secteur pétrolier.

645. La définition du contrat affermage international¹¹¹² suppose la connaissance des différentes typologies des contrats pétroliers. Nous avons dit que les contrats en amont se divisent en quatre types différents : la concession, le partage de la production, *service contract*, et le contrat de *lease*. Les trois premiers sont des contrats d'État, et le dernier est de nature purement privée. Ces contrats s'appellent également « contrats principaux », en opposition avec le « contrat affermage » qui est un contrat sous-jacent. Selon cette division, le contrat affermage est donc un contrat en amont car il porte sur des activités se trouvant en amont. Autrement dit, les deux parties du contrat affermage ont pour l'objectif l'exploration du pétrole.

Dans cette relation contractuelle, la partie qui détient le droit à l'exploration et l'exploitation du pétrole (détenteur d'un contrat principal) s'appelle *farmor* et la partie qui obtient des intérêts pétroliers s'appelle *farmee*¹¹¹³.

Au vu des éléments constitutifs de ce contrat¹¹¹⁴, une définition pour le contrat international affermage peut être dégagée comme étant : un contrat selon lequel une société pétrolière internationale, appelée *farmor*, a signé un contrat pétrolier en amont avec le propriétaire des ressources hydrocarbures, qu'il soit un État souverain ou une personne privée, et transfère une partie ou tous ses intérêts en contrepartie de l'apport d'un tiers, appelé le

¹¹¹² La définition interne de ce contrat est différente. La première définition jurisprudentielle américaine du contrat a été énoncée dans l'affaire *Petroleum Financial Corp. v. Cockburn* : « Le contrat *farmout* est le contrat qui cède les intérêts pétroliers et gaziers du contrat *lease* dans un terrain déterminé en contrepartie de l'exécution des obligations du forage ou de l'exécution des autres engagements et obligations stipulées». FITZGERALD Patrick W., *Understanding and negotiation the oil & gas farmout agreement*, American Association of Professional Landmen, Texas, 2012, p. 10.

¹¹¹³ BOWDEN J. J., « Federal income tax consequences under typical farm-out agreements », *Natural resources journal*, 1964, Vol. 3, p. 471.

¹¹¹⁴ Nous avons dégagé une définition autonome sur la scène internationale, en fonction des caractéristiques des définitions internes de ce contrat. La première caractéristique dégagée par ces définitions suppose l'existence d'un contrat de *lease* dont le propriétaire bénéficie d'un droit d'exploration et d'exploitation des ressources hydrocarbures. Deuxième caractéristique, le *farmee*, engage sa responsabilité contractuelle envers le *farmor* et non envers le propriétaire du terrain, pour l'exécution d'une obligation convenue avec le *farmor* en contrepartie de tout ou partie des intérêts du contrat de *lease*.

farmee, qu'il soit le financier ou exerce un travail spécifique. Le contrat affermage, grâce à ses différents avantages, est devenu un contrat international utilisé de plus en plus par les Société Pétrolière Internationale (SPI).

646. Après avoir présenté les informations préliminaires pour connaître le cadre juridique des contrats pétroliers, nous allons analyser la sentence et les différentes réponses possibles pour régler un problème juridique entre des parties d'après deux approches différentes. Ces dernières reflètent le schéma que nous avons présenté en début de chapitre.

§2) L'approche classique de la détermination du régime juridique

647. L'approche classique ou conventionnelle est celle que l'on apprend à l'université pour régler le régime juridique lié à un contrat. Tout d'abord, il convient de distinguer les juridictions étatiques des juridictions non étatiques car le choix de la loi applicable change en fonction de chaque type de juridiction. En principe les tribunaux arbitraux statuent les litiges selon les règles appropriées alors que les tribunaux étatiques appliquent la règle applicable de l'État dans lequel se situent les tribunaux. Autrement dit, l'arbitre n'a pas de *for* et par conséquent est libre dans le choix de la loi applicable. Cependant, certains tribunaux arbitraux institutionnels comme le CIRDI, sont doté d'une convention pour le règlement des différends. Nous étudions en premier le cas du CIRDI (A) et dans un second temps le cas d'une juridiction étatique (B).

A) La juridiction arbitral, le cas du CIRDI

648. C'est l'article 42-1 de la convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États qui détermine la loi applicable. L'article 42.1 de cette convention dispose que le Tribunal statue sur le différend conformément aux règles de droit adoptées par les parties. Faute d'accord entre les parties, le Tribunal applique le droit de l'État contractant partie au différend - y compris les règles relatives aux conflits de lois - ainsi que les principes de droit international en la matière. Et enfin le dernier alinéa reconnaît pour les arbitres le pouvoir de statuer *ex aequo et bono*, si les parties en sont d'accord.

Dans cette affaire, le contrat de partage de production prévoit certaines clauses sur la transmission du contrat principal. Ce qui oblige les arbitres dans un premier temps, à étudier les clauses contractuelles.

Le Chapitre 16 du contrat principal, intitulé « transfert et cessation », énonce les

dispositions essentielles afin de régler le litige entre les deux parties.

Quant à la validité du contrat d'affermage, le contrat principal dans son article 16.1 prévoit :

“ Le transfert d'un contrat ou la cession à des tiers de droits dérivés de ce contrat [de partage de production] nécessite l'obtention de l'autorisation du Ministère correspondant, conformément aux lois et règlements en vigueur, en particulier les dispositions de l'Art. 79 de la loi sur les hydrocarbures et des décrets exécutifs no. 809, 2713 et 1179.”

L'Article 79 de la loi équatorienne sur les hydrocarbures dispose :

“ Le transfert d'un contrat ou la cession à des tiers de droits dérivés d'un contrat [principal] est nul et n'a aucune validité si l'autorisation préalable du ministère de l'Énergie et des Mines n'a été préalablement obtenue”¹¹¹⁵,

Et enfin l'article 16.5 du contrat principal prévoit :

“ l'intégration de tels consortiums ou associations, ou le retrait du Contractant de ceux-ci, sans l'autorisation du Ministère correspondant, constituera une base légale pour déclarer la résiliation du présent Contrat de participation. ”

649. D'après ces dispositions, nous pouvons constater tout d'abord :

* Qu'en vertu de l'article 16.5 du contrat de partage de production, l'Equateur avait le droit de résilier le contrat principal car les parties du contrat d'affermage ont formé un consortium à travers leur accord (c'est la constatation du tribunal arbitral). Le tribunal arbitral ne prononce pas explicitement sa décision sur la nullité du contrat de partage de production au visa de l'article de 16.5. Mais il énonce : étant donné que le droit équatorien reconnaît le principe de proportionnalité, que la sanction choisie envers le contrat de partage de production n'est pas justifiée. C'est-à-dire que la lecture de la sentence ne permet pas de connaître ses motivations pour réfuter la demande d'annulation du contrat de partage de production, ou du moins ne se base pas sur les clauses contractuelles en tant que loi applicable. Le tribunal se base sur un principe de droit international public, ce qui n'est pas applicable en droit des contrats internationaux.

¹¹¹⁵ The transfer of a contract or the assignment to third parties of rights derived from a contract shall be null and void and shall have no validity whatsoever if there is no prior authorization from the Ministry of Energy and Mines, without prejudice to the declaration of caducidad as provided for in this Law

De plus, comme nous avons vu dans le chapitre relatif aux sanctions de l'inexécution du contrat, les sanctions prévues par tous les instruments internationaux et internes sont : les exécutions forcées, les dommages et intérêts, la résiliation, la réduction du prix etc. Dans aucun texte, le créancier n'est obligé de prendre en compte la proportionnalité entre la faute du débiteur et la sanction choisie pour y remédier. C'est seulement la CVIM¹¹¹⁶, dans le contrat de vente international qui permet la résiliation dans le cas de faute grave.

Même si nous acceptons cette idée, il reste à déterminer si la conclusion d'un contrat d'affermage pétrolier constitue une faute grave ou non. Ce qui laisse *a priori* créditer la décision des arbitres mais l'analyse économique du contrat d'affermage nous révélera d'autres éléments.

* Et nous pouvons également constater qu'en vertu de l'article 16.1, le contrat d'affermage pétrolier entre OEP et AEC est nul. La question qui se pose est de savoir si cette nullité est absolue ou relative. C'est-à-dire est ce que ce contrat est réputé nul envers toutes les parties des deux contrats ou seulement envers des parties du contrat principal ? Les réponses à ces questions dans un ordre juridique interne pourraient être indiscutables mais elles ne sont pas si évidentes dans un ordre juridique international car d'un côté il y a le principe d'effet relatif du contrat selon lequel le contrat entre l'Equateur et OEP d'un côté et entre AEC et OEP de l'autre côté sont des relations contractuelles indépendante, donc la loi applicable et la juridiction compétente sont distinctes pour chacun de ces rapports contractuels. Si le tribunal arbitral constate la nullité du contrat d'affermage, cela a pour but de constater la faute du débiteur mais il n'a pas de compétence pour se prononcer sur la relation contractuelle entre *farmee* et *farmor*. Nous pensons que ces différentes raisons devraient pousser l'État d'Equateur à demander l'annulation de la sentence arbitrale de 2013.

Pour répondre à cela, nous envisageons l'hypothèse de la compétence d'un tribunal étatique.

B) La juridiction étatique, hypothèse de la France

650. Dans cette partie, afin de montrer d'une part le dysfonctionnement des méthodes du conflit des lois, des règles matérielles et des contrats types, et d'autre part la divergence des réponses entre ce système et le tribunal arbitral, nous imaginons que le litige concernant ce montage juridique porte devant la juridiction française et que la loi applicable au contrat est la

¹¹¹⁶ Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises.

loi française¹¹¹⁷. Dans notre hypothèse, nous choisissons le cas de la France car nous maîtrisons les lois françaises. Sinon l'étude des règles de conflit des autres pays est envisageable.

Le juge français semble avoir deux choix pour statuer sur les questions posées (qui concernent, pour rappel, la nullité du contrat de partage de production et l'impact de la nullité de ce contrat sur le contrat d') : la qualification du contrat ou le recours au régime des contrats *sui generis*.

651. Le recours à la qualification du contrat : Le juge, pour trouver la solution doit procéder à une procédure de rattachement. C'est à dire rattacher le rapport juridique entre les contractants à une catégorie de contrat connu par le droit français.

652. Le contrat principal serait en principe qualifié de contrat de louage de chose. Le juge français va procéder à appliquer le régime juridique de ce contrat pour régler les litiges relatifs au contrat pétrolier principal. Il se demande si l'obtention préalable pour la conclusion du contrat d'affermage était nécessaire. En effet, le litige survient à l'étape de la conclusion du contrat d'affermage et de l'exécution du contrat principal. Le juge français peut qualifier ce litige comme une question de sous location car le *farmor* devient le propriétaire des droits d'usage et il retrouve le même droit que le *farmee* dans le contrat principal. Par conséquent, en appliquant l'article 1717 du code civil qui dispose que le preneur a le droit de sous-louer, et même de céder son bail à un autre, si cette faculté ne lui a pas été interdite, il peut confirmer la validité du contrat d'affermage¹¹¹⁸. En effet, de la même manière que la sous location d'un contrat n'a pas besoin de l'autorisation du propriétaire principal, la sous-location d'un contrat principal ne nécessite pas d'autorisation.

¹¹¹⁷ Dans l'approche classique, si la loi applicable n'est pas choisie par les parties, c'est au juge de la déterminer. En cas de défaut de la loi applicable, si les parties portent leur différend devant une juridiction française, c'est la méthode du conflit de lois qui va déterminer quelle loi va être appliquée par le juge pour trancher le litige. C'est le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles en date du 17 juin 2008 qui permet au juge de choisir la loi applicable aux contrats. En vertu de l'article 4-2 du règlement, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle. Ce qui suppose de connaître l'obligation caractéristique du contrat *farmout*. Tous les auteurs américains considèrent que « c'est le *farmee* qui fournit la prestation caractéristique dans le contrat *farmout* ». Dans l'hypothèse que le règlement de Rome I ne soit pas applicable, ce qui est plus fréquent, la question devient plus complexe car les parties doivent déterminer quel tribunal va être saisi et ce qu'indique la règle de conflit de la loi du for à l'égard des obligations contractuelles.

¹¹¹⁸ Il faut préciser que d'après le droit commun des contrats de location, la sous-location d'un bien n'est en principe pas interdite. En revanche, la sous-location d'un logement est en principe interdite par l'art. 8 de la loi du 6 juillet 1989 sur les baux d'habitation à usage de résidence principale. Mais cette interdiction est une exception à la règle générale et il faut une interprétation stricte de son application.

Cependant, comme il est marqué dans l'article 1717 du code civil, ce droit n'est pas absolu et peut être l'objet d'une interdiction. Si les parties du contrat principal ont accepté l'interdiction du transfert du droit pétrolier, le juge peut constater une faute contractuelle. Alors il doit chercher sa sanction. Le troisième alinéa dudit article dispose que cette clause (l'interdiction de sous location) est toujours de rigueur. Nous pouvons comprendre que c'est un élément essentiel du contrat. De plus, l'article 1729 du code dispose que si le preneur n'utilise pas de la chose louée raisonnablement ou emploie la chose louée à un autre usage que celui auquel elle a été destinée, ou dont il puisse résulter un dommage pour le bailleur, celui-ci peut, suivant les circonstances, faire résilier le bail. Alors, si le juge estime que le transfert des droits pétroliers à un tiers peut nuire à l'État d'Équateur, alors il peut résilier le contrat principal.

Comme nous pouvons le remarquer la solution de sentence arbitrale est différente de celle du juge étatique pour le même litige.

653. La situation sera compliquée si le juge français, sans qualifier le contrat souhaite appliquer le régime général des sanctions de l'inexécution. Ce régime diffère si l'on applique le droit commun des contrats avant la réforme ou après la réforme.

L'ancien article 1142 du code civil disposait que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. Par conséquent, étant donné que l'OPE devait demander l'autorisation de l'État d'Équateur et qu'elle ne l'a pas fait, elle devrait donc payer des dommages et intérêts à ce dernier et prolonger son contrat. De plus, l'ancien article 1143 prévoyait que le créancier avait le droit de demander la destruction de ce qui avait été fait par contravention à l'engagement ; et il pouvait se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts s'il y avait lieu. Donc, l'État d'Équateur pouvait demander la nullité du contrat d'affermage.

654. La situation sera un peu différente en application du nouvel article 1217 du code civil selon lequel : la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;
- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;
- obtenir une réduction du prix ;

- provoquer la résolution du contrat ;
- demander réparation des conséquences de l'inexécution.

Ces arguments que nous venons d'exposer sont la manière dont le juge français va réagir en face de deux contrats différents. Le juge d'un autre pays en application de la loi de son for pourrait arriver à des solutions complètement différentes, d'où le dysfonctionnement de la méthode de conflit des lois.

655. Cependant, nous allons nous siéger à la place des parties et nous entendons leurs arguments vis-à-vis du juge français et la loi de son *for*. À partir de là, nous pouvons montrer l'apparition des contrats d'États et celle du troisième ordre juridique ou l'ordre juridique *a* national. Nous pouvons également démontrer les problèmes juridiques liés à cette notion que nous lisons dans les ouvrages juridiques¹¹¹⁹. En effet, les parties d'un contrat d'État évoquent l'inapplicabilité des règles de droit national aux rapports juridiques entre un particulier et un État. Pour eux, initialement, les règles de l'ordre juridique national sont applicables entre les particuliers, même si ces derniers sont des étrangers. En revanche, les règles d'ordre national n'ont pas vocation à être appliquées à un État ou à un particulier faisant partie d'un contrat d'État. Par exemple dans le cas présenté, l'État d'Équateur plaide l'inapplicabilité du code civil français afin de régler le litige du contrat de partage de production. En effet, elle met en cause le champ d'application personnel du code civil.

Mais si le code civil n'est pas applicable, alors quelle règle de droit l'est ? L'ordre juridique international ne peut sûrement être applicable car l'article premier de la Convention de Vienne de 1969 précise le champ d'application de cette dernière. Il s'agit des accords entre les États.

C'est à ce moment-là que les parties d'un contrat l'État et la doctrine ont imaginé un troisième ordre juridique, l'ordre juridique *a* national ou la *lex mercatoria*. Il faut préciser que la locution de « troisième ordre juridique » est plus adaptée car la dénomination de « a national » peut comprendre l'ordre juridique national et la *lex mercatoria*, d'autant plus qu'à l'origine, le domaine et le sens de ce dernier est d'autre chose. En effet, les parties d'un contrat international revendiquaient la *lex mercatoria* afin d'échapper à l'ordre juridique national sous prétexte que ce dernier n'est pas adapté aux relations internationales car ils ne pouvaient opposer l'applicabilité des ordres juridiques nationaux alors que les parties d'un contrat d'État

¹¹¹⁹ Cf. *supra* n° 95 et s.

avaient la possibilité d'attaquer cette dernière. Cependant ces deux approches convergent sur un point. Le résultat de ces deux mouvements aboutit à trouver un nouvel ordre juridique pour les contrats d'États et les contrats internationaux. Évidemment la question du contenu de cet ordre juridique devrait être l'objet d'une étude distincte et nous ne la traiterons pas ici.

656. Après ce petit passage qui éclairait le problème des contrats d'États, nous reprenons notre exemple. Nous avons vu que le juge français devait annuler le contrat d'affermage.

Cette solution semble, a priori, sans reproche sur le plan juridique. Le juge a appliqué les règles de droit applicable et a trouvé la solution. Sauf qu'il reste une question majeure sans réponse. Comment le juge peut-il annoncer la nullité d'un contrat alors que les parties ne lui ont pas demandé de statuer sur leur contrat ? On pourrait justifier la solution du juge en arguant que la partie qui est rentré dans le contrat sous-jacent avait implicitement connaissance des règles de droit applicables. En connaissance de cause, elle a signé le contrat d'affermage. Elle savait que la disparition du contrat principal entraînerait la nullité du contrat sous-jacent, et qu'elle se retrouverait sans contrat. Mais cet argument n'est valable que si toutes les parties de ce contrat sont de la même nationalité et qu'elles sont soumises au même ordre juridique¹¹²⁰.

En effet, ici, nous allons développer le problème lié à la transition d'un contrat interne à un contrat international. Nous avons dit que ces problèmes sont de deux types différents : un plutôt formel ou extrinsèque, et l'autre plutôt technique ou intrinsèque¹¹²¹. C'est à dire qu'un contrat, en passant de l'interne à l'international, voit sa nature transformée. À notre sens, c'est cette transformation qui mène les juristes à définir un contrat international comme l'équivalent d'un contrat commercial. En effet, en droit français, un contrat international se définit comme un contrat qui met en jeu le commerce international ou encore un contrat qui a un caractère commercial. Cette dénomination n'est certainement pas liée à un critère géographique mais liée à l'intention des parties. En effet, les parties d'un contrat international cherchent avant tout à maximiser leur profit. C'est pour cette raison qu'ils acceptent de supporter le risque et les frais d'un trafic. Si on veut retourner au sens littéral et historique de « commerce », l'idée de trafic, de déplacement des marchandises fait partie de l'essence de ce

¹¹²⁰ Ici, à nouveau nous pouvons constater la dysmétrie d'informations qui existent entre les parties. Évoquer cette ignorance entre deux particuliers peut être acceptable, mais nous ne pensons pas que cet argument peut être accepté dans une relation d'affaire à l'échelle internationale entre les pratiquants d'un secteur.

¹¹²¹ Cf. *supra* n° 635 et s.

mot¹¹²². De la même manière, un contrat international est un contrat commercial car les parties cherchent à effectuer un bénéfice en changeant de territoire.

Face à un contrat international sous-jacent (affermage pétrolier) attaché à un contrat pétrolier international, les deux contrats ne sont pas soumis à la même loi et à la même juridiction, au contraire de la première hypothèse. Tout d'abord, le juge compétent pour trancher le conflit lié au contrat principal ne serait pas celui qui tranche le conflit lié au contrat sous-jacent et ensuite le juge compétent n'aurait pas le droit de se prononcer sur le contrat de *farmout* selon le droit applicable au contrat principal. C'est exactement ici, que nous pouvons observer un problème lié au régime juridique des contrats internationaux qui n'est pas prévu dans l'ordre juridique interne et international. Et il faut une solution pour ce problème !

La liste des problèmes liés à ce type de montage juridique n'est pas limitée à la juridiction compétente et à la loi applicable mais elle comprend tous les aspects d'un contrat, à savoir la négociation, la formation, l'exécution et la fin du contrat.

657. Le recours au régime du contrat *sui generis* : si le juge français ne peut pas qualifier le contrat, en principe il doit instaurer le régime juridique de contrat *sui generis*. Alors, il doit faire référence à l'équité ou à la bonne foi pour trancher le litige et trouver les obligations des parties. L'exemple du contrat d'affermage pétrolier peut bien clarifier la place de la bonne foi comme une source de droit des contrats et la différence de l'utilisation de cette source dans son contexte d'origine (le droit romain) et ce que l'on entend aujourd'hui par cette source. En effet, si le juge ne peut pas qualifier le contrat de partage pétrolier, il regardera dans la pratique courante de ce contrat afin de déterminer les obligations (selon le sens historique de la bonne foi). Selon le sens actuel de la bonne foi, il peut raisonner, en disant que, si la partie avait exigé une permission préalable, alors il faut prononcer la nullité du contrat, car l'autre cocontractant, a agi de mauvaise foi.

Un autre élément qui aidera le juge à déterminer le régime des contrats *sui generis*, est le recours aux contrats types car c'est une des sources du droit des contrats internationaux. En ce qui concerne le contrat d'affermage, diverses associations ont essayé de présenter un contrat-type pour que les sociétés pétrolières puissent l'utiliser au cours de leurs relations commerciales avec leurs partenaires. Ces modèles de contrats sont utilisés aux États-Unis, plus particulièrement comme un contrat interne. Du fait que ce montage juridique (affermage pétrolier) a été de plus en plus utilisé sur la scène internationale pendant les dernières années,

¹¹²² Cf. *supra* n° 46 et s.

certaines associations ont eu l'occasion de rédiger un contrat international type. C'est le cas du contrat-type de l'*Association of International Petroleum Negotiators* (l'AIPN)¹¹²³, rédigé en 2004. Il contient des inconvénients et des avantages, détaillés ci-dessous¹¹²⁴. Cependant, celui-ci pourrait encore être renforcé et voir ses défauts supprimés afin de devenir un véritable instrument de commerce international.

658. Tous les juristes et commentateurs du droit pétrolier insistent sur le fait que les meilleurs contrats pétroliers rédigés sont ceux qui ont déterminé la loi applicable, le mode de règlement des différends et les modalités de la confidentialité. Ce qui n'est pas le cas du contrat modèle de l'AIPN. Ce défaut dans la rédaction du contrat modèle affermage provient probablement du fait qu'il est utilisé fréquemment dans un contexte national et non pas international. Les rédacteurs se sont donc focalisés sur les clauses importantes en droit interne et non en droit international, et ils se sont inspirés des contrats internes.

Pour expliquer ce défaut, il est nécessaire de connaître le contexte de l'élaboration de ces contrats types. Au début de son histoire, aux États-Unis, en ce qui concerne sa forme, « le contrat d'affermage était un contrat simple et moins développé. Il était souvent rédigé derrière une enveloppe ou conclu seulement de manière verbale. Il n'y avait pas de forme particulière d'accord sur le contrat. Par conséquent, ce type de contrat a également été conclu, au fil des années, par l'intermédiaire du télex ou du fax¹¹²⁵. Cependant, aujourd'hui, un accord écrit pour la formation du contrat est nécessaire aux États-Unis. Quant au contenu, dans la pratique chaque compagnie ajoute quelques termes à ce contrat de sorte qu'il passe d'un contrat simple d'un page, à un contrat complexe de plusieurs pages¹¹²⁶. En effet, l'association qui a présenté ces contrats types s'est contentée de rassembler le contenu de plusieurs contrats sans avoir pensé aux vraies questions à dimensions internationales, ce qui entraîne plusieurs difficultés pour le régime juridique des contrats internationaux.

Concernant notre litige (l'obtention d'une l'autorisation préalable), notre analyse

¹¹²³ The Association of International Petroleum Negotiators is an independent not-for-profit professional membership association that supports international energy negotiators around the world and enhances their effectiveness and professionalism in the international energy community. It has now grown to be a truly global organization serving the needs of cross-border energy negotiators in the upstream, midstream and downstream hydrocarbon sectors. The AIPN is and will continue to be the premier organization for international energy negotiators. <http://www.aipn.org>.

¹¹²⁴ Contrat modèle de *farmout* établi par l'AIPN.

¹¹²⁵ KENDOR P. JONES, « something old, something new: the evolving farmout agreement », *Washburn Law Journal*, January 2014, p. 5.

¹¹²⁶ *Ibid.*

montre que dans les contrats types préparés, cette question n'a pas été traitée, car pour les préparateurs de ces contrats, il n'y avait pas de nécessité d'intégrer une clause sur cette question. Étant donné qu'en droit américain l'obtention de l'autorisation n'est pas requise, les préparateurs l'ont pris comme acquise. Dans un contrat international, on ne peut pas raisonner ainsi, tout d'abord car le juge ne peut pas se rapprocher à un droit interne pour trouver ses réponses et surtout car la nature du contrat interne a changé.

659. Nous pouvons citer encore comme exemple la clause relative aux impôts. Le contrat type de l'Association stipule : Les parties entendent que tous les revenus et tous les avantages fiscaux (y compris les déductions, l'amortissement, les crédits et la capitalisation), alloués par les autorités fiscales gouvernementales, seront partagé entre les Parties sur la base de la part de chaque élément fiscal effectivement reçue ou supportée par chaque partie¹¹²⁷. Or, nous savons que les dispositions fiscales sont d'ordre public, nul ne peut y déroger, même par contrat¹¹²⁸. Chaque société qui exerce son activité sur le territoire d'un pays souverain est imposable en vertu des dispositions fiscales du pays d'accueil. De plus, en principe, il n'y a pas d'avantages fiscaux dans les dispositions des pays pétroliers pour les activités pétrolières. Si les rédacteurs ont prévu cette disposition dans le contrat modèle, c'est parce qu'ils se sont inspirés des avantages présents dans le contexte juridique américain. En effet, certaines charges de forage sont déductibles pour le *farmor* aux États-Unis, alors que c'est le *farmee* qui effectue ces travaux. En raison de cet avantage pour le *farmor*, dans les contrats internes de *farmout*, les parties stipulent une clause qui partage les avantages fiscaux entre le *farmee* et le *farmor*.

660. C'est pour cette raison, nous pensons qu'il faut un centre de recherche afin de réviser le contenu des contrats types internationaux élaborés par des associations afin de les mettre à jour en fonction de l'économie du contrat et de ses enjeux internationaux.

Comme nous pouvons le constater, le recours à des systèmes de conflits des lois ne respecte pas la volonté des parties et les pratiques commerciales du secteur pétrolier. De plus, selon que l'affaire est portée devant un tribunal étatique ou un tribunal arbitral, la décision du juge ou de l'arbitre varie. Les règles matérielles à dimension internationales ne sont pas

¹¹²⁷ The Parties intend that all income and all tax benefits (including deductions, depreciation, credits and capitalization) with respect to the expenditures made by the Parties hereunder will be allocated by the Government tax authorities to the Parties based on the share of each tax item actually received or borne by each party.

¹¹²⁸ Association française des juristes d'entreprise, « *L'accord industriel international* », 1975, p. 36.

prévues pour trancher des différends relatifs à de tels contrats. Les contrats types ont également leurs lacunes en la matière. L'ensemble de ces raisons nous convainc d'essayer une nouvelle méthode afin de déterminer le régime d'un contrat international.

§3) L'approche moderne de la détermination du régime juridique

661. Dans cette partie, nous présentons nos critiques sur la décision tribunal arbitral d'une part et sur l'analyse classique d'un contrat international d'autre part, et cela dans le but de mettre en exergue notre théorie. Pour rappel, il convient de mentionner qu'un contrat commercial est un contrat selon lequel le but dominant des cocontractants est de maximiser leurs profits. Plusieurs indices permettent au juge de déterminer ce but : la qualité des parties, l'économie du contrat, les clauses contractuelles ou tout autre élément qui permet de révéler l'intention des parties.

Nous envisageons ces éléments pour montrer le caractère commercial du contrat d'affermage pétrolier et le caractère non commercial du contrat partage de production (A) et ensuite nous nous prononçons sur le régime juridique de ce contrat (B).

A) Les raisons de la conclusion d'un tel contrat (le but)

662. Les raisons de la conclusion et du choix d'un montage juridique permettent toujours aux juristes de mieux connaître le régime juridique de celui-ci, car elles montrent l'intérêt des parties et le contexte de la conclusion du contrat. Concernant le contexte de l'apparition du contrat affermage pétrolier, il est nécessaire de savoir que dans les pays où des particuliers peuvent être propriétaires de ressources hydrocarbures, le contrat principal permettant de transférer cette propriété est le contrat de *lease*. L'objet du contrat de *lease*, est la fixation d'une échéance pour l'exploitation. L'acquéreur du droit n'a souvent pas les moyens suffisants pour accomplir les termes du contrat, rendant ainsi impossible l'exploitation du pétrole pour le titulaire de ce droit sans avoir recours à une aide extérieure. S'est alors développé un contrat permettant d'exécuter ces obligations grâce à l'aide d'un tiers sans payer une somme d'argent en échange. La rémunération de son contractant se fera en lui accordant une partie du pétrole produit. Ce contrat depuis la fin de la deuxième guerre mondiale est devenu aussi important et utilisé que le contrat de *lease*¹¹²⁹. Le Professeur *Lowe*

¹¹²⁹ Lowe John, «Analyzing oil and gas farmout agreements», *Southwestern Law Journal*, September, 1987, pp. 759-796.

estime que « *ce phénomène est une réaction aux nouveaux risques et aux nouvelles dépenses engendrées par les forages profonds, et il est dans l'intérêt des petites sociétés pétrolières de conclure des contrats avec des sociétés de taille moyenne* »¹¹³⁰. Dans un pays où il existe de nombreux propriétaires de terrains comportant des gisements pétroliers, il est constaté l'apparition de petites sociétés pétrolières, particulièrement spécialisées dans le secteur du forage répondant aux besoins de ces propriétaires, c'est-à-dire la production du pétrole. Pour cela, l'obligation caractéristique d'un contrat affermage est le forage d'un puits.

Les sociétés pétrolières utilisent ce contrat pour diverses raisons. En général, les raisons de la réalisation de ce contrat sont à la fois économiques et géologiques. La production et l'exploration du pétrole sont des activités qui nécessitent un financement important et sont très risquées. Les charges résultant de l'exploitation du pétrole nécessitent souvent des milliards d'euros. Si une SPI exerce simultanément plusieurs opérations pétrolières en amont dans différents blocs, ou si la SPI entre dans un bloc pour lequel elle n'a pas de ressources financières nécessaires afin d'accomplir toutes les tâches qui lui sont confiées, ou si une société sait en avance ne pas avoir de ressources suffisantes, mais obtient une autorisation d'activités pétrolières, elle peut ensuite, par un contrat d'affermage, confier à un tiers l'exécution de certaines tâches en choisissant et en fixant les conditions et les échéances. De plus l'affermage est utile parce que les avis des géologues peuvent être différents. Le *farmee* préfère avoir plusieurs évaluations au sujet de la prospection et de la capacité des réserves des gisements¹¹³¹. La SPI a également intérêt à entrer dans un contrat d'affermage dans les cas où elle a besoin des informations relatives aux études sismiques ou géologiques des blocs voisins de celui dont elle dispose et faisant l'objet d'un contrat pétrolier principal appartenant à d'autres personnes. La troisième raison essentielle, en plus des risques et des frais, est le temps. En effet, en général, les contrats principaux donnent un délai précis pour commencer les travaux et obtenir les premiers résultats. Cette raison a plus d'importance dans l'hypothèse où le contrat principal est un contrat *lease*, parce que par nature le temps est un facteur essentiel, et chaque échéance est renforcée par une pénalité. Ainsi, si la SPI n'arrive pas à accomplir ses opérations dans les délais stipulés dans le contrat, elle risque de perdre son titre d'autorisation de travail¹¹³².

Voici une liste des principales raisons pour lesquelles les pétroliers entrent dans un

¹¹³⁰ *Ibid.*

¹¹³¹ DUVAL Claud, LE LEUCH Honoré, PERTUZIO André, Op. Cit., p. 305.

¹¹³² MARTYN David, Upstream oil and gas agreements, p 226.

contrat d'affermage :

α) Du côté du *farmor*

- Le sauvetage du gisement et le droit d'exploitation de celui-ci
- La prévention de l'extinction de la permission de l'exploitation du bloc
- Le partage des risques et des charges
- L'acquisition d'informations géologiques
- Le forage du puits de l'obligation (c'est le puits qui est foré afin d'éviter le drainage du pétrole)

α) Du côté du *farmee*

- Bénéficiaire des avantages et des intérêts d'un contrat pétrolier principal, notamment le droit au pétrole découvert sans subir les procédures d'obtention des permissions et des autorisations nécessaires ; et les frais d'offre d'appel du pays d'accueil.
- L'utilisation des installations, des savoir-faire, des ressources humaines des *farmors*
- L'intérêt de travailler dans le bloc et de prendre des risques et des avantages probables

663. Comme l'ensemble de ces objectifs peut nous le montrer, le but des parties (les deux parties) est de rentabiliser leur commerce. Cela est d'autant plus vrai quand on constate que ce sont les sociétés commerciales qui s'intéressent à ce contrat. Alors que dans le contrat de partage de production, les objectifs des parties ne sont pas les mêmes. Certes, l'État souverain cherche à avoir le prix des ressources hydrocarbures dans le but de financer son budget mais son but n'est pas de spéculer sur ses ressources naturelles. Il est comme un administrateur qui cherche à le gérer de la meilleure manière en prenant en compte tous les aspects de l'exploitation de ses ressources, comme l'aspect politique, géopolitique, environnemental et également financier. En effet, d'après les instruments internationaux, l'objet du contrat de partage de production (l'exploitation du pétrole) appartient au peuple d'un pays et l'État contracte au nom de son peuple. Ce n'est pas raisonnable que l'État spéculer sur un bien qui est l'essentiel moyen de vivre de son peuple. Pour le contrat de partage de

production, les clauses qui obligent l'autre partie à respecter l'environnement et embaucher les populations locales montrent le caractère non commercial du contrat. De la même manière, dans un contrat de *lease*, le but des parties est de maximiser leur profit.

Nous pouvons remarquer que l'objet, dans les deux contrats est le même, c'est-à-dire l'exploitation du pétrole. Les parties souhaitent extraire le pétrole mais le montage juridique qu'ils choisissent n'est pas le même. C'est cette particularité qui nous a poussé à réfléchir davantage sur une *summa divisio* au sein du concept de contrat. Afin de montrer cette particularité dans les autres types de contrats, nous pouvons citer plusieurs montages juridiques qui transfèrent la propriété d'un bien. Comme nous le savons, le contrat de vente permet un tel transfert, mais nous n'avons jamais distingué la vente commerciale de la vente civile (d'une manière autonome). Il en est de même pour les contrats de prestation de service. Il y a une différence entre le contrat de mandat et le contrat de commission. Ces deux contrats sont des espèces d'un contrat de prestation de service dont l'objet est l'accomplissement ponctuelle d'une tâche.

Maintenant que nous savons pourquoi le contrat d'affermage est un contrat commercial et le contrat de partage de production est un contrat non commercial, nous allons répondre aux questions relatives aux régimes juridiques de ces derniers. Nous avons dit que le régime d'un contrat commercial doit être régi par un régime général adapté puis qu'il faut avoir recours aux pratiques commerciales du domaine qui le concerne. Alors, nous savons que pour les contrats pétroliers sont la *lex pétroliaria* et les contrats types qui reflètent ces pratiques. Mais le contenu de la *lex pétroliaria* n'est pas connu par un juge étatique en France¹¹³³. C'est pour cette raison que nous proposons d'attribuer aux tribunaux commerciaux la reconnaissance des litiges issus des contrats internationaux (évidemment ceux qui sont des contrats commerciaux d'après notre critère)¹¹³⁴.

B) La question de l'obtention de l'agrément du transfert des droits pétroliers

664. La question de la possibilité de transférer les ressources obtenues à un tiers a une explication scientifique et géologique. Quand un pays d'accueil attribue un permis

¹¹³³ Le problème majeur pour le juriste civiliste est l'absence des pratiques commerciales codifiées. Comme nous avons évoqué dans le premier chapitre de cette thèse, les usages et pratiques commerciales n'ont jamais été regroupés dans un recueil pour que le juge ou l'avocat les connaissent. Cela serait la raison pour laquelle les contrats commerciaux ne figurent pas dans le code du commerce et surtout la raison de l'hégémonie des civilistes sur ces derniers.

¹¹³⁴ Cf. *supra* n° 508 et s.

d'exploitation de ses ressources hydrocarbures à une SPI sous un contrat pétrolier principal, l'État ne sait pas à l'avance le volume réel du pétrole cédé parce que le volume des gisements qui seront découverts n'est pas encore déterminé. En plus de ce facteur, la période du contrat principal joue un rôle important dans la quantité de pétrole que la SPI pourrait extraire dans le cas d'éventuelles découvertes commerciales de gisements.

On peut prendre un exemple : une SPI signe un contrat de concession avec un pays d'accueil pour une période de trente ans. C'est-à-dire qu'elle est autorisée à exploiter les réserves de ce pays et qu'elle est le propriétaire du pétrole découvert pendant cette période. Si nous prenons l'hypothèse de la même société signant un contrat de concession pour une période de 20 ans, elle a logiquement dix ans en moins par rapport au premier cas pour exploiter. Ensuite, c'est l'État qui devient le propriétaire du pétrole au bout de cette période. Si la SPI est autorisée à demander de l'aide à d'autres sociétés pour accélérer les travaux, elle pourrait extraire plus de pétrole, donc le pays d'accueil en perdrait plus, sauf si ce pays inclut des clauses dans le contrat lui permettant d'obtenir une compensation pour cette perte.

665. Maintenant que nous savons l'enjeu économique qui est derrière ce montage juridique, on doit répondre à cette question : dans le cas du silence de la législation national d'un pays d'accueil, est ce que le juge pourrait annuler le contrat d'affermage, conclu à l'insu du pays d'accueil, entre une SPI et un tiers ?

Nous allons nuancer notre réponse dans deux hypothèses différentes.

- Le contrat d'affermage est joint à un contrat pétrolier principal commercial :

L'obtention d'une permission préalable dans les pays qui ont accepté le régime de la propriété privée du pétrole est moins contraignante ou, le cas échéant n'est pas nécessaire. Car le propriétaire du terrain pourrait être une personne physique dont le but premier est la prospection ou plutôt la production du pétrole afin de le commercialiser. Alors si une SPI conclut un contrat d'affermage, le propriétaire du gisement peut revendiquer une partie de surproduction du pétrole comme le prix du contrat ou dommage et intérêt.

- Le contrat d'affermage est joint à un contrat pétrolier principal non-commercial :

L'obtention d'une permission préalable quand le contrat principal est un contrat non-commercial nous semble nécessaire. Et la violation de cette condition doit aboutir à la nullité du contrat d'affermage. Car, le but premier d'un pays d'accueil est de veiller au respect de ses

intérêts, de sa souveraineté. D'où le fait que cette condition soit plus exigeante dans ces pays. Le pays d'accueil prend en compte la réputation et les capacités d'une SPI ou éventuellement une SPN pour savoir s'il va lui attribuer ou non l'autorisation d'exercer des activités pétrolières sur son territoire. A côté de ce critère, le pays d'accueil ne s'intéresse pas à l'idée selon laquelle les droits pétroliers pourraient être l'objet d'une activité spéculative, mais il cherche plutôt à obtenir l'offre la plus élevée en contrepartie de l'attribution d'une autorisation d'exploitation du pétrole.

Cette spéculation *via* le contrat d'affermage peut être exercée par les deux parties. D'abord, du côté du pays d'accueil : il peut négocier un prix pour l'autorisation. Mais les pays évitent cette spéculation car leur intérêt est plutôt d'obtenir une offre élevée, et également de conserver leur prestige international. En effet, un État paraîtra plus solide, plus sérieux s'il conclut avec des sociétés sérieuses et stables et qu'il ne spéculé pas sur une de ses ressources importantes. Ensuite, du côté de la SPI, titulaire de l'autorisation : elle peut transférer une partie de son intérêt à un prix plus élevé que celui qu'elle a dû payer au pays d'accueil.

Le pays d'accueil sait que la société exploitante obtient des intérêts sur ses ressources hydrocarbures via un contrat d'affermage. La SPI peut transférer une partie des intérêts à un prix plus élevé que celui qu'elle a obtenu de l'État d'accueil. En conséquence, les États peuvent mettre en œuvre une procédure d'autorisation secondaire du transfert des ressources hydrocarbures. Ainsi, certaines lois pétrolières disposent que, lorsque la société exploitante décide de transférer une partie de son intérêt, sa SPN dispose d'une option pour acheter cette part. Autrement dit, la loi pétrolière limite la liberté du *farmor* pour choisir son cocontractant.

Ces trois contrats, de partage de production, de *farmout* et de *lease* nous permettent de mettre en exergue la justification de deux régimes juridiques pour un même problème. Ces deux régimes juridiques sont liés à la nature des contrats et à la volonté des parties mais pas au choix de la juridiction ou de la méthode de règlement de différend. Si en l'absence de loi, l'autorisation préalable pour transférer les droits pétroliers dans un contrat de *lease* est tolérée, ce n'est pas le cas du contrat de partage de production. Et cela s'explique en fonction des buts des parties.

Conclusion générale

666. Malgré l'utilisation de la notion de commercialité dans les rapports contractuels, cette dernière n'a pas été définie expressément en droit positif actuel. Cependant, nous pouvons trouver la trace de deux philosophies distinctes dans l'utilisation de l'adjectif commercial dans les rapports contractuels. Ces deux philosophies sont en lien avec la définition du droit commercial. En effet, d'après une approche subjective, le droit commercial est l'ensemble des règles qui régit la vie des commerçants. Par conséquent, le contrat commercial est le contrat conclu entre commerçants. C'est la qualité des parties qui détermine la catégorie du contrat. Certains contrats commerciaux spéciaux comme la vente commerciale, le bail commercial sont qualifiés de commercial en fonction de ce critère. En revanche, selon l'approche objective, le droit commercial, c'est l'ensemble des règles qui régit les activités commerciales. Plusieurs critères ont été proposés afin de désigner une activité commerciale. Il s'agit de la spéculation, l'entremise, le risque etc. Par conséquent, d'autres contrats commerciaux spéciaux ont été quant à eux qualifiés de commercial en fonction de la nature de l'activité. C'est le cas du contrat de commission, du contrat de cadre et de la société commerciale. Cependant, les différentes études de la jurisprudence ainsi que celles de la doctrine montre que l'idée dominante pour désigner un contrat commercial est basée sur la qualité des parties. Et cela sans aucune base légale.

Ce manque de précision dans la définition de commercialité peut s'expliquer par le fait

que le droit positif ne fait aucune différence entre un contrat commercial et un contrat civil. Le but de classification des contrats est de trouver le régime juridique applicable. Or, le contrat commercial et le contrat civil sont soumis au droit commun des contrats sous réserve d'application des dispositions spécifiques pour les contrats commerciaux spéciaux. Cet état des lieux vient d'un principe erroné selon lequel le droit commercial ou le contrat commercial sont une exception au droit civil ou le contrat civil.

667. Une telle définition pour le contrat commercial en fonction de la qualité des parties, a engendré une confusion dans la détermination du tribunal compétent et du régime juridique applicable au contrat civil, au contrat d'Etat, au contrat de droit public et au contrat d'arbitrage.

Un contrat d'Etat est en principe un contrat conclu entre un Etat souverain ou ses représentants et les ressortissants de droit privé d'un autre Etat souverain. Plusieurs sources ont été proposées pour le régime juridique d'un tel contrat. Il s'agit du droit international public, du droit international privé, le droit national de l'Etat souverain et même la *lex mercatoria*. Cette multitude de régime juridique est issue d'une absence de définition autonome pour le contrat commercial. En effet, ce contrat est soumis à la *lex mercatoria* ou le droit international privé dans le cas où l'Etat exerce une activité commerciale.

De la même manière, un contrat interne ayant comme partie une personne de droit public est considéré comme un contrat de droit public. Cependant, si le contrat porte sur un service public industriel et commercial, il sera qualifié d'un contrat de droit privé.

Enfin, le contrat d'arbitrage est initialement autorisé pour les commerçants et a été prohibé pour les personnes de droit public. Cependant, en raison d'un nombre important de besoin en commerce international, la France a autorisé ce contrat pour les personnes de droit public et aussi dans le domaine où la nature de l'activité est commerciale. De plus, au sein de toutes ces catégories de contrat, il y avait un conflit entre les tribunaux d'ordre judiciaire et ceux de l'ordre administratif concernant la compétence en raison de la présence d'une personne de droit public.

Tous ces litiges auraient pu être évités si le contrat commercial avait été défini en fonction d'un critère intrinsèque au contrat et non pas en fonction d'un critère organique.

668. Cette incohérence montre la nécessité d'une autonomie pour le contrat commercial. Cette autonomie doit en effet comprendre différents aspects. Tout d'abord, cette

dernière doit être notionnelle. C'est-à-dire que la définition du contrat commercial doit être recherchée en fonction de la nature de la relation contractuelle et non pas celle de la qualité des contractants. Ensuite, il faut un régime juridique propre au contrat commercial, une autonomie lors de l'interprétation. C'est-à-dire pour un contrat commercial, certaines notions du droit des contrats exigent une interprétation distincte des contrats civils. Outre ces autonomies essentielles, une autonomie formelle est envisageable à notre sens. Il s'agit de la codification des règles du droit des contrats commerciaux. Si cette autonomie permet l'intelligibilité du droit des contrats commerciaux, elle pourrait être utile même si elle n'est pas nécessaire.

669. La distinction du contrat commercial du contrat civil n'est pas une pure invention ou une simple proposition théorique de plus. A notre sens, d'un point de vue positiviste, la distinction trouve son fondement légal dans l'article 34 de la Constitution de 1958. Cet article reconnaît pour la première fois l'existence de l'obligation commerciale distinctement de l'obligation civile. Étant donné que le contrat est une source d'obligation, le contrat qui crée des obligations commerciales doit donc être qualifié de commercial. Il nous reste à savoir quelle est la différence entre une obligation commerciale et une obligation civile.

670. Si l'on se place du point de vue du droit naturel, la distinction du contrat civil du contrat commercial trouve également son fondement dans les données historiques, rationnelles et économiques.

L'évolution du contexte sociétal montre en effet, que plus le commerce international croît et connaît une expansion importante que ce soit à l'époque romaine, au Moyen Âge ou encore contemporaine, le régime juridique d'un contrat a tendance à échapper au principe de territorialité de la loi applicable. Ceci car les commerçants essaient de soumettre leurs relations contractuelles à leur propre droit qui n'est pas forcément celui instauré par la puissance publique. Ce qui nous intrigue est le fait que dans les trois périodes précitées, les commerçants ont toujours voulu imposer leurs propres droits, en autonomie par rapport au droit étatique de leur époque. Ce comportement est justifié par une importance accrue de l'activité du commerce international et une nécessité de l'adaptation des règles du droit des contrats.

Outre la croissance du commerce international, notre époque est aussi marquée par la mondialisation. Cela n'est pas un simple fait structurel ou conjoncturel. La France s'est engagée dans les conventions internationales, régionales et internes afin de promouvoir le commerce interne et international. Le contrat est donc l'outil juridique le plus important afin

de réaliser cet objectif. Dans de telles conditions, le droit des contrats a besoin d'évoluer pour faire émerger une théorie générale pour le contrat commercial. Ce qui se traduit par l'apparition d'une définition et d'un régime juridique autonome spécifique au contrat commercial.

Enfin, l'analyse économique du droit met l'accent sur la nature différente du contrat commercial et du contrat civil. Ceci justifie la mise en place d'un traitement et un corpus de règles dédié au contrat commercial.

671. Selon les règles de la définition, tirées de la science logique, afin de trouver une définition autonome pour le contrat commercial, nous avons besoin d'un critère essentiel, intrinsèque au contrat. Ce critère se trouve dans les fonctions même du contrat. Quand le contrat est un outil de maximisation de richesse pour toutes les parties, le contrat est dit commercial. Au contraire, lorsqu'il est un outil de satisfaction d'un intérêt général, il devient un contrat de droit public. Lorsqu'il est utilisé afin de satisfaire les besoins du quotidien des individus, il devient un contrat de consommation et enfin, lorsqu'il est un outil échangiste sans avoir pour but ultime la spéculation, il sera qualifié de contrat civil.

La spéculation est le critère par excellence afin de déterminer la nature commerciale d'une activité. Etant donné que le contrat est un concept qui nécessite une interaction entre au moins deux personnes, la volonté de spéculation doit être recherchée par les deux parties. Sinon ce critère devient celui de l'acte ou l'activité commerciale selon l'article L.110 du code de commerce. Evidemment certains indices peuvent aider à déceler ce but spéculatif tel que la qualité de commerçant ou professionnel des parties, la conclusion du contrat dans le cadre d'une activité professionnelle. Il faut également prendre en compte l'intention des parties à travers l'économie du contrat.

672. Le régime juridique autonome du contrat commercial n'est rien d'autre qu'une interprétation commercialiste du droit commun des contrats. Une interprétation commercialiste est celle qui prend *à priori* en compte l'intérêt du commerce et des commerçants. C'est une interprétation libérale des règles du droit des contrats. L'interprétation exégétique du droit des contrats est limitée, et il convient de se référer davantage aux usages afin de suppléer le régime du contrat et de prendre en compte l'économie ou l'objet du contrat.

La réforme du droit des contrats semble osciller entre approche commercialiste et consumériste. Mais nous pouvons remarquer le poids important de l'esprit commercial des

nouvelles dispositions. Certes le législateur n'avait pas en tête de faire une distinction entre le contrat commercial et le contrat civil. Mais cela devait rendre le droit des contrats français plus attractif. C'est-à-dire qu'il doit devenir le premier choix des acteurs du commerce international. Bien que la prise en compte d'un esprit commercialiste pour le droit des contrats ait été nécessaire et un choix respectable, il a parfois détruit la logique civiliste du droit français et la cohérence des règles du droit des contrats. Il a été introduit dans le code civil en tant que droit commun des contrats. En effet, il aurait fallu une théorie générale ou un droit commun des contrats commerciaux. Cette théorie peut s'affirmer à travers les dispositions de la nouvelle réforme ou les décisions de la justice.

Par exemple, pour un contrat commercial le silence peut valoir l'acceptation, sa formation ne dépend pas que de l'offre et de l'acceptation, le consentement peut intervenir après la conclusion du contrat, son contenu peut être incertain, le prix peut être indéterminé, les clauses abusives dans un contrat commercial n'ont pas pour but de protéger une partie mais protéger le marché libre. Le transfert d'une dette, d'une créance et d'un contrat commercial se fait plus rapidement et moins formellement qu'un contrat civil. La sanction la plus appropriée de l'inexécution d'un contrat commercial est le dommage et intérêt car elle permet aux deux parties de réaliser leur objectif. Obtenir une marchandise ou un service n'est pas la finalité recherchée par un commerçant mais c'est l'enrichissement. Evidemment la sanction du dommage et intérêt peut le satisfaire plus rapidement. Enfin, la rupture d'une relation commerciale comme sa négociation nécessitent certaines particularités comme le devoir de confidentialité et un préavis.

L'autonomie de volonté a une grande place dans la détermination du régime juridique d'un contrat commercial. Le juge doit éviter la qualification ou requalification d'un contrat commercial car cette dernière est l'héritage du droit romain, à une époque où les contrats consensuels ont fait leur apparition. Selon l'une des définitions anciennes, le contrat est une convention qui a un nom. Ce qui a donné naissance aux contrats nommés. Alors le juge devait vérifier si le rapport juridique rentrait dans l'un des contrats nommés. Ce qui dispensait des parties (souvent des pérégrins) du droit formel romain. Or, aujourd'hui la définition du contrat a évolué et le principe du consensualisme domine la formation du contrat. Par conséquent, la qualification du contrat n'a non seulement plus d'utilité mais empêche le bon fonctionnement de ce dernier. En effet, nous vivons l'époque de l'expansion des contrats. Les acteurs commerciaux inventent de nouveaux contrats. Le régime juridique se trouve en quelque sorte « saturé » et ne peut plus répondre à toutes les problématiques de

droit. Le juge doit chercher le fonctionnement du montage juridique du contrat au lieu de le réduire à un régime prédéfini. Il doit également éviter de modifier le contenu du contrat commercial car le juge professionnel n'est pas apte à changer le contenu du contrat tel qu'il est négocié par les parties.

Le régime juridique autonome du contrat commercial nécessite une interprétation autonome des notions du droit commun des contrats. Par exemple, la bonne foi doit être utilisée dans un sens strict qui est la prohibition de la mauvaise foi. C'est-à-dire l'intention de nuire à l'autre contractant. De plus, le juge ne peut pas se servir de la notion de bonne foi comme source créative de l'obligation pour les parties d'un contrat commercial.

673. Le recours aux usages étant difficile pour le juge professionnel, il est nécessaire de respecter le domaine d'application de l'art. 721-3 du code de commerce et réattribuer aux tribunaux de commerce la compétence exclusive pour le règlement des litiges concernant les contrats commerciaux. Plusieurs raisons ont contribué à la violation de l'art. 721-3 du code de commerce au fil du temps. Tout d'abord, c'est la négligence du législateur qui a créé la confusion de la compétence du tribunal commercial en matière contractuelle.

Ce dernier n'a consacré aucune disposition à cette matière, et s'est seulement contenté de réformer le code de commerce en l'an 2000 en bricolant les articles du code de commerce de 1807. Ce qui a pour conséquence le déchirement de la logique et la cohérence de la compétence des tribunaux de commerce. Deuxièmement, c'est l'hégémonie des juristes civilistes sur le droit commercial et sur le contrat commercial en particulier qui a creusé davantage la confusion de la compétence des tribunaux de commerce en matière commerciale. Les civilistes ont tendance à s'approprier le domaine du contrat commercial sous prétexte du fameux principe susmentionné : le droit commercial est une exception au droit civil. Alors que, les travaux préparatoires du code civil montrent, même il y a deux cent ans, la place primordiale des usages commerciaux afin de déterminer le régime juridique d'un contrat commercial. Enfin, la création d'une fausse catégorie des actes, à savoir les actes mixtes suite à l'apparition des contrats commerciaux, a entériné l'imprécision de la compétence des tribunaux de commerce en matière contractuelle. L'acte mixte n'est rien qu'un contrat de consommation ; et conformément à l'article L.721-6 du code de commerce, la juridiction commerciale n'a pas compétence de recevoir les demandes liées à un contrat de consommation.

La définition autonome du contrat commercial permet aux tribunaux de commerce

d'accueillir également les litiges liés aux contrats commerciaux internationaux. Ces tribunaux ressemblent à un tribunal arbitral institutionnel et ils offrent aux acteurs commerciaux des standards d'une juridiction d'affaire.

674. La distinction entre contrat civil et contrat commercial a également des conséquences dans l'ordre juridique international. En premier lieu, elle peut favoriser l'attractivité du droit contractuel français. Cette attractivité peut être observée à deux niveaux différents. Tout d'abord, la distinction, prévoyant des règles de droit plus efficaces, peut rendre le droit français plus attractif que les autres droits nationaux. En effet, les acteurs du commerce international qui choisissent un droit national comme loi applicable à leurs relations contractuelles respectives, ils peuvent trouver les règles adaptées ayant un esprit commercialiste en droit français des contrats. D'autant plus que ces règles seront appliquées par leurs pairs dans un tribunal de commerce. Ensuite, la distinction entre contrat commercial et contrat civil permet de rendre le droit français plus prometteur dans l'élaboration des instruments internationaux et nationaux étrangers. Les tentatives d'harmonisation du droit des contrats à l'échelle régionale ou internationale sont nombreuses. Cependant, elles n'ont pas eu le succès tant attendu. L'échec de ces projets est lié à la négligence de la nature commerciale et civile d'un contrat. En effet, il est impossible de regrouper dans un seul texte l'ensemble des règles qui régit la fonction civile et commercial du contrat.

675. L'étude des instruments internationaux valide également cette idée. Par exemple, la convention de vente internationale des marchandises, régissant la vente entre professionnels, a abouti à des résultats satisfaisants. A contrario, le projet du droit commun de la vente présentée par l'Union Européenne n'a jamais vu le jour. Et cela pour la simple raison que ses rédacteurs n'ont pas pris en compte le besoin d'un traitement différent pour le contrat commercial et le contrat civil. En effet, l'UE a instauré un marché intérieur afin de favoriser le commerce transfrontalier. Celui-ci met en relation les professionnels et les consommateurs à travers des contrats internationaux. Alors, l'instrument international nécessaire afin d'unifier le droit des contrats doit seulement régir les contrats transfrontaliers de consommation.

Ce que nous montrent également les tentatives réussies de l'UE en matière contractuelle. C'est pour cette raison que seules les directives ou les règlements qui relèvent du droit de la consommation ont pu être harmonisés. Il nous semble que si la France conçoit la distinction entre contrat commercial et contrat civil, ceci pourrait servir de feuille de route à l'Europe pour l'unification du droit des contrats. Par conséquent, si un nouveau projet d'harmonisation du droit des contrats voit le jour, il doit prendre en compte le champ

commercial ou civil du contrat.

676. Enfin la distinction pourrait mettre fin au système conflictuel pour le règlement des différends liés aux contrats commerciaux internationaux. Cette méthode continue à choisir un ordre juridique national pour déterminer le régime juridique d'un contrat commercial international. Cela n'est plus adapté de nos jours.

En effet, historiquement, le système de conflit des lois a apparu dans un contexte où il y avait une concurrence de souveraineté entre les villes d'Italie (conflit des Statuts). De plus, pour résoudre cette concurrence, les jurisconsultes n'ont même pas cherché à choisir la loi de la ville (Etat) la plus appropriée. Ils ont trouvé la solution dans un dogme selon lequel toutes les réponses se trouvent en droit romain. Autrement dit, à cette époque, les juristes ne cherchaient pas à comprendre la nature d'une relation contractuelle pour trouver son régime juridique applicable mais ils avaient comme but de défendre la suprématie d'un État. Ce qui est plus reprochable aux juristes de cette époque est qu'ils ont essayé de défendre la législation d'un État en se basant sur un texte religieux.

Une autre raison qui montre la désuétude du système de conflit des lois en matière de contrats commerciaux internationaux, c'est la nature de ces contrats. Le contrat commercial est la traduction d'une activité commerciale réciproque. Le commerce est muable et vivant. Chaque jour, un nouveau besoin naît et par conséquent un nouveau contrat est nécessaire pour le satisfaire. Le droit des contrats d'un ordre juridique interne ne peut pas prévoir des règles encadrant le régime juridique de tous les contrats. Alors, la distinction peut se présenter comme une solution afin de régler les différends liés aux contrats commerciaux internationaux. Car elle permet la conception d'une théorie générale pour le contrat commercial. En prévoyant un corpus de règle autonome et spécifique pour cette catégorie, la détermination du régime juridique d'un tel contrat échappe à l'application exégétique des textes. L'intégration de la *lex mercatoria* ou les usages dans le régime juridique des contrats commerciaux est une garantie pour l'adaptation régulière du droit commun des contrats commerciaux à son époque.

Index

A

Acceptation, 22, 62, 112, 123, 171, 174, 178, 223, 236, 238, 239, 241, 259, 260, 261, 262, 271, 283, 285, 289, 293, 304, 339, 361, 414, 443

Acte commercial, 42, 53, 60, 252

Acte juridique, 15, 37, 38, 39, 41, 82, 189, 202, 396

Acte unilatéral, 88

Agrément, 263, 307

Analyse économique, 109, 110, 130, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 168, 169, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 253, 264, 313, 358, 404, 425, 442

Arbitrage, 25, 26, 32, 68, 69, 70, 72, 73, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 172, 173, 174, 337, 386, 407, 408, 413, 417, 418, 440, 441

Asymétrie d'information, 161, 162, 163, 166

Attractivité, 143, 144, 151, 180, 227, 231, 254, 264, 271, 280, 287, 288, 298, 303, 304, 316, 317, 335, 336, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 347, 348, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 360, 361, 363, 364, 365, 366, 373, 380, 445

Autonomie, 8, 12, 15, 18, 20, 23, 24, 35, 61, 63, 67, 69, 71, 72, 84, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 145, 147, 156, 157, 159, 161, 164, 176, 234, 236, 237, 241, 247, 248, 257, 274, 280, 281, 286, 293, 295, 299, 304, 307, 310, 313, 315, 335, 337, 360, 363, 383, 399, 400, 441, 442, 444

Autonomie de volonté, 12, 35, 61, 118,

156, 157, 159, 161, 164, 234, 236, 237, 241, 247, 248, 257, 274, 280, 281, 286, 293, 295, 304, 307, 313, 360, 363, 399, 400, 444

B

Bonne foi, 34, 123, 128, 137, 138, 209, 234, 235, 236, 237, 270, 274, 286, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 351, 359, 360, 390, 430, 444

But des contractants, 12, 206, 214, 215, 240, 296, 369

C

Caducité, 256, 285, 296, 416, 417

Cause, 2, 17, 19, 33, 38, 51, 61, 62, 68, 69, 70, 73, 81, 82, 84, 85, 94, 98, 102, 103, 122, 129, 137, 139, 149, 167, 170, 191, 194, 197, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 214, 229, 232, 240, 242, 244, 248, 251, 252, 254, 255, 256, 257, 259, 264, 265, 274, 275, 276, 278, 279, 280, 285, 298, 302, 303, 309, 312, 322, 331, 332, 341, 349, 350, 356, 359, 362, 371, 397, 408, 410, 421, 428, 429

Cession de contrat, 257, 259

Cession de créance, 261, 262

Classification, 16, 52, 59, 61, 74, 103, 185, 186, 187, 188, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 224, 225, 226, 229, 230, 248, 252, 276, 277, 332, 440

Clause abusive, 249, 250

Clause attributive de compétence, 1

Clause compromissoire, 95, 96, 97, 98

Codification, 15, 30, 31, 32, 36, 42, 43,

125, 256, 324, 360, 403, 411, 414, 441
Cohérence, 84, 105, 113, 143, 155, 175,
196, 297, 302, 323, 356, 362, 443, 445
Commerçant, 1, 2, 3, 4, 6, 7, 14, 16, 28,
32, 33, 35, 37, 38, 41, 43, 47, 48, 50, 51,
53, 54, 55, 57, 63, 65, 75, 87, 94, 95, 96,
108, 111, 112, 120, 121, 123, 124, 126,
132, 133, 134, 137, 139, 147, 150, 158,
160, 162, 163, 166, 167, 170, 172, 173,
174, 178, 187, 198, 206, 213, 214, 238,
241, 242, 245, 253, 256, 263, 267, 268,
273, 278, 287, 290, 291, 293, 309, 315,
321, 322, 323, 325, 326, 327, 328, 331,
333, 336, 337, 338, 339, 341, 345, 352,
355, 369, 371, 372, 380, 386, 397, 403,
404, 408, 411, 413, 440, 441, 442, 443,
444
Commercialité, 5, 6, 7, 24, 25, 26, 30, 39,
40, 41, 44, 45, 46, 51, 64, 68, 69, 70, 72,
74, 79, 87, 94, 95, 96, 102, 332, 383,
439, 440
Compétence de tribunal, 319, 326, 327,
328, 329, 332
Concept, 1, 5, 6, 12, 18, 21, 22, 23, 24, 25,
26, 27, 30, 34, 36, 43, 44, 51, 52, 55, 58,
64, 65, 66, 69, 71, 72, 74, 76, 96, 101,
104, 105, 106, 108, 111, 114, 120, 123,
125, 130, 131, 141, 148, 158, 165, 167,
179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186,
187, 188, 189, 190, 191, 192, 196, 197,
198, 199, 201, 202, 203, 204, 205, 206,
207, 211, 212, 221, 222, 226, 229, 231,
234, 236, 238, 242, 243, 252, 254, 255,
264, 273, 304, 306, 311, 317, 320, 322,
325, 331, 332, 346, 348, 351, 371, 384,
403, 412, 436, 443
Conflit des lois, 2, 82, 388, 389, 390, 391,
396, 397, 401, 402, 425, 428, 446
Consensualisme, 41, 225, 237, 239, 359,
444
Consentement, 17, 18, 19, 117, 154, 163,
166, 192, 193, 194, 207, 221, 238, 239,
242, 243, 255, 261, 286, 304, 306, 360,
443
Contenu du contrat, 226, 243, 244, 250,
251, 275, 281, 284, 285, 286, 287, 292,
293, 297, 299, 303, 305, 312, 444
Contrat cadre, 50, 216, 240, 246, 251, 252,
253, 359
Contrat civil, 8, 13, 23, 36, 37, 43, 54, 55,
56, 57, 58, 59, 61, 64, 67, 70, 108, 114,
121, 123, 124, 126, 130, 131, 132, 134,
136, 148, 149, 151, 152, 153, 155, 170,
173, 174, 178, 182, 188, 216, 226, 231,
232, 233, 237, 240, 245, 246, 248, 249,
250, 251, 255, 257, 262, 271, 272, 274,
280, 285, 287, 289, 295, 301, 302, 308,
310, 317, 318, 319, 325, 332, 344, 346,
350, 352, 354, 355, 360, 361, 364, 366,
367, 369, 377, 379, 380, 381, 382, 383,
387, 388, 406, 413, 415, 440, 441, 442,
443, 445, 446
Contrat commercial, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8,
11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21,
22, 23, 24, 25, 26, 28, 29, 30, 31, 32, 34,
36, 37, 43, 44, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56,
57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67,
68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 78, 85,
91, 93, 96, 101, 102, 103, 104, 105, 106,
107, 108, 110, 111, 113, 114, 115, 116,
118, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126,
127, 128, 130, 131, 132, 133, 134, 135,
136, 140, 147, 148, 149, 151, 152, 153,
155, 165, 168, 169, 170, 173, 174, 177,
179, 180, 181, 182, 184, 185, 186, 187,
188, 189, 190, 191, 192, 198, 206, 207,
212, 213, 214, 215, 216, 220, 221, 224,
231, 232, 233, 234, 236, 237, 240, 244,
246, 248, 249, 250, 252, 253, 255, 257,
259, 261, 262, 263, 271, 272, 273, 274,
275, 280, 281, 282, 284, 285, 286, 287,
289, 292, 293, 295, 298, 299, 301, 302,
304, 306, 308, 309, 310, 312, 314, 315,
317, 318, 319, 325, 332, 333, 334, 335,
344, 346, 350, 352, 354, 355, 360, 361,
362, 364, 366, 367, 369, 379, 380, 381,
382, 383, 385, 387, 388, 406, 408, 411,
413, 415, 421, 429, 433, 436, 440, 441,
442, 443, 444, 445, 446
Contrat commercial international, 1, 2, 6,
7, 51, 63, 66, 67, 68, 73, 74, 108, 131,
299, 333, 383, 385, 408, 411, 446
Contrat d'adhésion, 216, 219, 220, 297
Contrat d'affaire, 31, 32, 70, 189, 478
Contrat d'association, 45
Contrat d'assurance, 107, 245
Contrat d'état, 74
Contrat de bail, 90, 183, 421
Contrat de commission, 9, 50, 53, 63, 436,
440

Contrat de consommation, 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 55, 93, 101, 107, 114, 123, 124, 140, 169, 170, 213, 214, 222, 234, 246, 253, 271, 296, 312, 325, 332, 334, 354, 363, 367, 370, 373, 379, 380, 381, 442, 445
Contrat de droit public, 12, 69, 73, 379, 380, 440, 441, 442
Contrat de mandat, 51, 230, 436
Contrat de société, 32, 45, 46, 61
Contrat du commerce international, 65, 66, 67, 68, 70
Contrat interdépendant, 254
Contrat type, 297, 414, 432
Contrats commerciaux internationaux, 2, 5, 85, 131, 147, 158, 226, 231, 250, 280, 290, 298, 320, 328, 330, 332, 333, 336, 339, 340, 344, 345, 347, 370, 382, 383, 384, 388, 397, 398, 400, 403, 404, 406, 408, 410, 411, 445, 446
Convention internationale, 240, 385, 403

D

Définition, 1, 5, 6, 7, 8, 11, 12, 15, 21, 22, 23, 25, 29, 30, 34, 37, 38, 43, 44, 46, 48, 50, 51, 52, 54, 55, 57, 58, 59, 60, 61, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 71, 72, 73, 74, 75, 79, 80, 81, 82, 85, 89, 91, 94, 100, 101, 102, 104, 105, 123, 124, 126, 127, 136, 142, 143, 165, 166, 168, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 204, 205, 206, 207, 209, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 220, 221, 229, 231, 234, 241, 244, 245, 253, 254, 275, 276, 283, 285, 287, 301, 306, 319, 329, 330, 331, 332, 333, 348, 350, 354, 355, 364, 367, 370, 371, 383, 387, 409, 412, 422, 440, 441, 442, 444, 445
Définition jurisprudentielle, 63, 68, 422
Définition légale, 22, 44, 46, 48, 51, 63, 80, 123, 198, 205, 241, 306, 330
Délégation, 336
Distinction, 1, 5, 6, 8, 10, 13, 16, 28, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 51, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 68, 69, 70, 76, 81, 84, 108, 120, 121, 130, 131, 132, 133, 134, 136, 137, 148, 149, 151, 152,

153, 155, 159, 164, 170, 173, 174, 178, 185, 187, 188, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 206, 207, 218, 226, 231, 232, 233, 238, 240, 244, 246, 248, 249, 250, 251, 252, 257, 260, 272, 274, 277, 280, 285, 287, 289, 295, 301, 302, 308, 310, 317, 318, 319, 332, 333, 334, 344, 346, 350, 352, 355, 360, 361, 362, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 371, 380, 381, 382, 387, 388, 395, 396, 397, 401, 406, 412, 413, 415, 441, 442, 443, 445, 446, 447
Dommages-intérêts, 259, 264, 265, 268, 269, 270, 405
Droit applicable, 8, 61, 68, 69, 70, 80, 82, 83, 85, 91, 177, 180, 275, 348, 365, 382, 385, 390, 392, 429, 430
Droit commun des contrats, 1, 3, 8, 11, 12, 14, 15, 17, 19, 20, 21, 54, 63, 88, 93, 105, 107, 113, 118, 121, 125, 140, 220, 222, 223, 225, 228, 229, 233, 236, 237, 247, 251, 256, 257, 270, 273, 279, 282, 359, 360, 365, 366, 380, 387, 426, 427, 440, 443, 444, 447
Droit des contrats spéciaux, 1, 15, 59, 62, 91, 144, 196, 223, 225, 277
Droit européen des contrats, 19, 82, 131, 264, 298, 357, 366, 372, 374, 375, 377

E

Effet relatif du contrat, 93, 225, 237, 255, 257, 258, 259, 263, 425
Égalité, 11, 162, 167, 176, 178, 215
Équilibre contractuel, 247, 248, 286, 303, 309, 354
Équité, 11, 119, 138, 148, 159, 209, 279, 286, 305, 306, 307, 310, 311, 397, 410, 430

F

Finalité, 17, 78, 208, 210, 444
Fonction du contrat, 227, 228
Force obligatoire, 17, 19, 151, 164, 221, 234, 264, 265, 270, 313, 361

H

Harmonisation, 2, 3, 5, 129, 150, 196, 198, 233, 265, 266, 268, 270, 352, 356, 364, 366, 367, 371, 372, 373, 375, 388, 389, 402, 403, 404, 445, 446

I

Imprévision, 123, 157, 171, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 292, 293, 302, 359, 360, 362

Inexécution, 19, 22, 62, 157, 161, 162, 168, 169, 218, 220, 228, 229, 237, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 289, 351, 361, 365, 367, 404, 405, 425, 427, 428, 443

Interprétation, 11, 12, 21, 32, 33, 49, 100, 101, 108, 110, 112, 113, 116, 117, 118, 121, 122, 129, 132, 135, 139, 153, 160, 162, 172, 175, 195, 196, 220, 222, 223, 229, 232, 234, 235, 236, 237, 246, 248, 252, 253, 255, 257, 265, 270, 274, 279, 284, 287, 290, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 304, 307, 322, 323, 327, 341, 354, 360, 426, 441, 443, 444

J

Juge, 2, 6, 20, 51, 61, 72, 79, 87, 89, 91, 98, 99, 103, 117, 160, 162, 164, 169, 171, 172, 173, 175, 177, 204, 205, 209, 222, 229, 234, 235, 236, 237, 239, 244, 247, 248, 253, 271, 274, 275, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 296, 297, 300, 302, 303, 304, 305, 306, 312, 313, 325, 327, 335, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 344, 351, 354, 360, 363, 366, 387, 388, 393, 394, 395, 397, 398, 400, 405, 410, 411, 412, 414, 418, 421, 426, 427, 428, 429, 430, 432, 433, 436, 437, 444

L

Langue, 5, 22, 26, 27, 76, 81, 105, 153,

182, 187, 207, 219, 276, 279, 339, 351, 352

Lésion, 245, 247, 248

Lex mercatoria, 2, 3, 4, 84, 121, 144, 146, 158, 382, 385, 386, 388, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 428, 440, 447

M

Mise en demeure, 139, 161, 270, 292

Morale, 22, 34, 54, 70, 74, 77, 113, 117, 123, 128, 138, 154, 164, 181, 195, 260, 261, 264, 302, 307, 308, 313, 315, 349, 353, 356, 358, 361, 392

N

Négociant, 123

Notion, 5, 6, 18, 21, 23, 25, 27, 32, 37, 42, 52, 53, 55, 56, 59, 63, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 77, 81, 84, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 102, 104, 107, 117, 119, 123, 127, 129, 132, 136, 150, 167, 180, 189, 196, 197, 198, 199, 201, 205, 207, 209, 210, 211, 212, 214, 220, 221, 229, 234, 243, 254, 255, 275, 285, 288, 290, 296, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 310, 312, 313, 320, 324, 326, 330, 336, 337, 345, 347, 348, 361, 385, 400, 401, 407, 409, 413, 414, 428, 439, 444

Novation, 260

Nullité, 18, 93, 154, 202, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 251, 252, 256, 281, 334, 424, 425, 426, 427, 429, 430, 438

O

Objet du contrat, 48, 69, 70, 90, 92, 213, 217, 223, 226, 228, 230, 246, 276, 281, 414, 433, 435, 443

Obligation civile, 132, 133, 134, 194, 195, 200, 202, 204, 232, 324, 364, 441

Obligation commerciale, 131, 132, 133, 134, 232, 324, 364, 441

Offre, 112, 223, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 267, 271, 341, 349, 351, 359, 405,

435, 438, 443
Opposabilité, 261, 359
Organisation judiciaire, 317, 318, 319, 320,
321, 322, 333, 338, 342

P

Préavis, 272, 273, 444
Principe de délégation, 338, 339, 341
Prix du contrat, 167, 250, 251, 252, 253,
405, 437
Professionnel, 4, 15, 16, 17, 18, 19, 29, 47,
48, 50, 96, 101, 106, 107, 108, 111, 123,
124, 133, 134, 140, 144, 161, 162, 167,
245, 247, 249, 250, 252, 253, 256, 266,
267, 268, 271, 273, 281, 287, 291, 292,
296, 297, 299, 309, 311, 312, 313, 317,
323, 325, 335, 337, 338, 341, 352, 367,
371, 376, 379, 381, 382, 392, 407, 413,
414, 443, 444, 446

Q

Qualification, 1, 6, 7, 14, 15, 16, 30, 50,
60, 61, 62, 65, 69, 70, 76, 87, 88, 89, 91,
92, 93, 103, 106, 115, 116, 186, 190,
255, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280,
294, 299, 389, 398, 399, 400, 411, 426,
444

R

Rattachement, 82, 276, 277, 278, 279, 402,
426
Régime juridique, 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 12, 13,
17, 21, 22, 30, 35, 36, 43, 44, 48, 49, 51,
54, 55, 56, 57, 59, 61, 64, 66, 67, 71, 72,
73, 74, 76, 79, 80, 81, 83, 85, 87, 88, 91,
92, 93, 101, 114, 116, 121, 130, 131,
134, 135, 136, 138, 140, 142, 144, 145,
146, 147, 151, 161, 170, 180, 181, 188,
189, 196, 197, 205, 206, 212, 216, 218,
219, 220, 221, 222, 224, 225, 226, 227,
230, 231, 232, 233, 236, 237, 244, 247,
248, 249, 250, 261, 262, 263, 265, 270,
272, 276, 277, 278, 279, 280, 291, 328,
355, 366, 367, 370, 379, 381, 384, 385,
386, 387, 388, 397, 398, 399, 400, 401,

402, 404, 406, 411, 412, 413, 414, 415,
419, 420, 423, 426, 430, 431, 433, 440,
441, 442, 443, 444, 445, 446, 447
Règlement des différends, 1, 2, 94, 146,
172, 231, 349, 363, 373, 382, 384, 388,
403, 406, 407, 414, 415, 423, 431, 446
Renégociation, 171, 172, 284, 287, 288,
289, 293, 359
Requalification, 444
Révision du contrat, 170, 285, 286, 290
Rupture brutale d'une relation
commerciale établie, 273

S

Science logique, 181, 183, 189, 190, 192,
442
Source de droit, 2, 85, 118, 119, 120, 122,
407, 408, 409, 410, 412, 414, 430
Spéculation, 6, 11, 28, 40, 42, 60, 85, 108,
206, 212, 213, 215, 245, 284, 296, 332,
380, 438, 440, 442

T

Théorie du contrat commercial, 63, 130,
224, 281
Travaux préparatoires, 11, 27, 28, 37, 77,
78, 323, 363, 445
Tribunal arbitral, 98, 173, 174, 299, 336,
338, 341, 342, 343, 408, 415, 418, 424,
425, 432, 433, 445
Tribunal de commerce, 7, 37, 96, 301, 314,
316, 317, 318, 319, 320, 322, 325, 326,
327, 331, 332, 334, 335, 336, 338, 339,
340, 342, 343, 344, 345, 445
Tribunal étatique, 336, 384, 412, 414, 425,
432

U

Usage, 4, 40, 43, 119, 120, 121, 123, 128,
148, 159, 209, 224, 226, 241, 243, 279,
310, 312, 327, 344, 410, 426, 427

V

Validité, 17, 18, 37, 207, 237, 238, 242,
243, 244, 245, 247, 251, 254, 255, 258,
259, 260, 261, 281, 359, 396, 397, 424,
426

Bibliographie

OUVRAGES GÉNÉRAUX : TRAITÉS, MANUELS, DICTIONNAIRES

§1) Manuels et Traités :

A :

AILLAUD-BRUSORIO Marjorie, Droit des obligations, Bruylant, 12^e éd., Paris, 2021.

ANCEL Marie-Elodie, DEUMIER Pascale, LAAZOUZI Malik, Droit des contrats internationaux, SIREY, 2^e éd., Paris, 2019.

ASCENSIO Hervé, Droit international économique, PUF, 2^e éd., Paris, 2020.

ATIAS Christian, Philosophie du droit, PUF, 4^e éd., Paris, 1999.

AUBRY C., RAU C., Cours de droit civil français, T. I, Cosse Marchal & Cie, Paris, 1869.

AUDIT Bernard, D'AVOUT Louis, Droit international privé, Economica, 7^e éd., Paris, 2013.

AUDIT Mathias, BOLLEE Sylvain, CALLE Pierre, Droit du commerce international et des investissements étrangers, LGDJ, 3^e éd., Issy-les-Moulineaux, 2019.

B :

BENABENT Alain, Droit civil ; les contrats spéciaux civils et commerciaux, LGDJ, 13^e éd., Paris, 2019.

BARBIERI Jean-Jacques, Contrats civils, contrats commerciaux, Mason/Armand Colin, Paris, 1995.

BATIFFOL Henri, LAGARDE Paul, Droit international privé, T.1, LGJD, 8^e éd., Paris, 1995.

BEGUIN Jacques, MENJUCQ Michel, *Traité du droit du commerce international*, Litec, 3^e éd., Paris, 2019.

BENABENT Alain, *Droit civil ; les contrats spéciaux civils et commerciaux*, L.G.D.J, 13^e éd., Paris, 2019.

BENABENT Alain, *Droit des obligations*, LGDJ, 19^e éd., Paris, 2021.

BENILLOUCH Mikael, Berrebi Jacob, *Leçons de droit commercial*, Ellipses, Paris, 2010.

BENILLOUCH Mikael, BERREBI Jacob, *Leçons de droit commercial*, Paris, Ellipses, 2010.

BERGEL Jean-Louis, *Théorie général du droit*, Dalloz, 5e éd., 2012.

BERGEL Jean-Louis, *Méthodologie juridique*, PUF, 2^e éd., Paris, 2016.

BERT Daniel, PLANCKEEL Frédéric, *Cours de droit commercial et des affaires*, Issy-les-Moulineaux, Gualino, 4^e éd., 2018.

BETTATI M., *Le nouvel ordre économique international*, PUF, 2^e éd., « Que sais-je ? », Paris, 1985.

BLAISE Jean-Bernard, DESGORCES Richard, *Droit des affaires ; commerçant, concurrence, distribution*, LGDJ, 9^e éd., Paris, 2017.

BOURDELOIS Béatrice, *Droit civil ; Les contrats spéciaux*, Dalloz, 3^e éd., Paris, 2015.

BOUREL Pierre, LOUSSOUARN Yvon, De VAREILLES-SOMMIERES Pascal, *Droit international privé*, Dalloz, 10^e éd., Paris, 2013.

BRAVARD-VEYRIERES, Pierre-Claude-Jean-Baptiste, *Traité de droit commercial*, T. VI, Chevalier-Marescq et Cie, 2^e éd., Paris, 1892, revue et augmentée par Ch. Demangeat.

BRAUD Alexandre, *Droit commercial*, Lextenso, 3^e éd., Paris, 2012.

BREGI Jean-François, *Droit romain : les obligations*, Ellipses, Paris, 2006.

BUFFELAN-LANORE Yvaine, LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil : Droit des obligations*, SIREY, 17^e éd., Paris, 2020.

BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, T. I, PUF, 4^e

éd., Paris, 2017.

C :

CABRILLAC Rémy, Droit des obligations, Dalloz, 14^e éd., Paris, 2020.

CABRILLAC Remy, Droit européen comparé des contrats, LGDJ, 2^e éd., Paris, 2016.

CACHARD Olivier, Droit du commerce international, LGDJ, 2^e éd., Paris, 2011.

CACHARD Olivier, KLÖTGEN Paul, Droit international privé, Bruylant, 8^e éd., Paris, 2019.

CADIET Loïc, JEULAND Emmanuel, Droit judiciaire privé, LexisNexis, 11^e éd., Paris, 2020.

CALAIS-AULOY Jean, TEMPLE Henri, DEPINCE Malo, Droit de la consommation, Dalloz, 10^e éd., 2020.

CARBONNIER J., Droit civil : les obligations, PUF, Thémis, 22^e éd., Paris, 2000.

CARREAU Dominique, JULLARD Patrick, Droit international économique, Dalloz, 5^e éd., Paris, 2103.

CHAMPAUD C., le droit des affaires, PUF, Que sais-je ?, Paris, 1984.

CHATILLON Stéphane, Droit des affaires internationales, Vuibert, 5^e éd., Paris, 2011.

CLAVIER Jean-Pierre, LUCAS Françoise-Xavier, Droit commercial, Manchecourt : Flammarions, 2003.

COLLART DUTILLEUL François; DELEBECQUE Philippe, Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 11^e éd., Paris, 2019.

COLLINET P., GIFFARDA, Précis de droit romain, T. 2, Dalloz, Paris, 1928.

COQUELET Marie-Laure, Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de crédit, 6^e éd., Dalloz, 2017.

COUTANT Michel-Frédéric, Les tribunaux de commerce, Que sais-je ? PUF, 1999.

D :

DECOCQ Georges, BALLOT- LENA Aurélie, Droit commercial, Dalloz, Paris, 2017, 8^e éd.

DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise, BLARY-CLEMENT Edith, Droit commercial: Actes de commerce, fonds de commerce, commerçants, concurrence, LGDJ, 12^e éd., Issy-les Moulineaux, 2019.

DELACOLLETTE Jean, Les contrats de commerce internationaux, De Boeck & Larcier, 3^e éd., Bruxelles, 1996.

DELAMARRE E., LE POITVIN J., Traité théorique et pratique de droit commerciale, T. IV., 1861.

DELAMARRE E., LE POITVIN J., Le traité du contrat de commission, Paris, N. Delamotte Ainé, 1840.

DELEBECQUE Philippe, ANDREU Lionel, BINCTIN Nicolas, Traité de droit commercial, T. 3 : Opérations bancaires et Contrats commerciaux, LGDJ, 18^e éd., Paris, 2018.

DELNOY Paul, Eléments de méthodologie juridique, Larcier, 3^e éd., 2008.

DEROUSSIN David, Histoire du droit des obligations, Economica, 2^e éd., Paris, 2012.

De BERRANGER Thibaut, De VILLIERS Michel, Droit public générale, LexisNexis, 8^e éd., Paris, 2020.

De PLANIOL M., RIPERT G., BOULANGER J., Traité élémentaire de Droit civil, T. II, 4^e éd., 1952.

DIDIER Paul, DIDIER Philippe, Droit commercial, T. I, Economica, Paris, 2005.

DONDERO Bruno, Droit des sociétés, Dalloz, 5^e éd., 2017.

DUBOUIS Louis, PEISER Gustave, Droit public, Dalloz, 21^e éd., Paris, 2013.

DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, Droit international public, 12^e éd., Dalloz, Paris, 2014.

DURANTON Alexandre, Les cours de droit français suivant le code civil, T. 2, Paris, 4^e éd., 1844.

E :

ESCARRA J., Principes de droit commercial, T. 1, Librairie du recueil SIREY, Paris, 1934.

F :

FABRE-MAGNAN Muriel, Droit des obligations, contrat et engagement unilatéral, T. I, PUF, 6^e éd., Paris, 2021.

FAGES Bertrand, Droit des obligations, LGDJ, 10^e éd., Paris, 2020.

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, SAVAUX Éric, Les obligations : L'acte juridique, SIREY, 16^e éd., Paris, 2014.

FRIER P.-L. et PETIT J., Précis de droit administratif, Montchrestien, 5^e éd., Coll. « Domat droit public », 2008.

G :

GASSIN Raymond, CIMAMONTI Sylvie, BONFILS Philippe, Criminologie, Dalloz, 7^e éd., Paris, 2011.

GASTON May, Eléments de droit romain, L. Larose, 7^e éd., Paris, 1901.

GATSI Jean, Les contrats spéciaux, Armand Colin, Paris, 1998.

GAUDEMET Eugène, Théorie générale des obligations, Dalloz, Paris, 2004.

GHESTIN Jacques, LOISEAU Grégoire, SERINET Yves-Marie, Traité de droit civil : La formation du contrat, T. I, LGDJ, 4^e éd., Paris, 2013.

GHESTIN Jaques, JAMIN Christophe et BILLIAU Marc, Traité de droit civil : les effets du contrat, LGDJ, 3^e éd., Paris, 2001.

GHESTIN Jacques, DECOCQ Georges, GRIMALDI Cyril, HUET Jérôme, LECUYER Hervé, Les principaux contrats spéciaux, LGDJ, 3^e éd., Paris, 2012.

GIRARD Paul-Frédéric, Manuel élémentaire de droit romain, Dalloz, 2003, Paris.

GOURION Pierre-Alain, PEYRARD Georges, SOUBEYRAND Nicolas, Droit du

commerce international, LGDJ, 4^e éd., Paris, 2008.

GROSS Bernard, BIHR Philippe, Contrats, ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux, PUF, 2^e éd., Paris, 2002.

GUETTIER Christophe, Droit des contrats administratifs, PUF, 3^e éd., Paris, 2004.

GUEVAL Didier, Droit commercial et des affaires, LGDJ, 4^e éd., Paris, 2016.

GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile, DELICOSTOPOULOS Constantin, DELICOSTOPOULOS Ioannis, DOUCHY-OUUDOT Méline, FERRAND Frédérique, MAGNIER Véronique, RUIZ-FABRI Hélène, SINOPOLI Laurence, SOREL Jean-Marc, Droit processuel : Droit fondamentaux du procès, Dalloz, 10^e éd., Paris, 2019.

GOLTZBERG Stefan, Les Sources du droit, Paris, Presses universitaires de France, Coll. Que Sais-je ?, 2016.

H :

HEMARD Jean, Traité théorique et pratique de droit commercial ; les contrats commerciaux, Recueil SIREY, 1953.

HERON Jacques, Le BARS Thierry, Droit judiciaire privé, LGDJ, 7^e éd., Issy-les-Moulineaux, 2019.

HESSE-FALLON Brigitte, SIMON Anne-Marie, Droit des affaires, Paris, Dalloz, 18^e éd., 2009.

HOEPFFNER Hélène, Droit des contrats administratifs, Dalloz, 2^e éd., Paris, 2019.

HOUTCIEFF Dimitri, Droit des contrats, Bruylant, 6^e éd., Bruxelles, 2021.

HOUTCIEFF Dimitri, Droit commercial : Droit du commerce et des affaires, Dalloz, 4^e éd., Paris, 2016.

J :

JACQUET Jean-Michel, DELEBECQUE Philippe, CORNELOUP Sabine, Droit du commerce international, Dalloz, 3^e éd., Paris, 2015.

JEULAND Emmanuel, Droit processuel général, LGDJ, 4^e éd., Issy-les-Moulineaux, 2018.

JULIEN Jérôme, Droit de la consommation, LGDJ, 3^e éd., Issy-les-Moulineaux, 2019.

JULIEN Jérôme, Mendoza-Caminad alexandra, Droit commercial, LGDJ, 3^e éd., Issy-les-Moulineaux, 2017.

K :

KESSEDJIAN Catherine, PIRONON Valérie, Droit du commerce international, PUF, 2^e éd., Paris, 2019.

KENFACK Hugues, Droit du commerce international, Dalloz, 7^e éd., Paris, 2019.

L :

LACOUR Léon, Précis de droit commercial, Dalloz, Paris, 1945

LEBEN Charles, Le droit international des affaires, PUF, 6^e éd., Que sais-je ?, Paris, 1972.

LEGEAIS Dominique, Droit commercial et des affaires, SIREY, 27^e éd., Paris, 2021.

LEVY Jean-Philippe, CASTALDO André, Histoire du droit civil, Dalloz Paris, 2002.

Le GAC-PECH Sophie, Droit de la consommation, Dalloz, Paris, 2017.

LE GALL Jean-Pierre, RUELLAN Caroline, Droit commercial : Notions générales, Dalloz, 16^e éd., Paris, 2014.

LE TOURNEAU Philippe, FICHER Jérôme, TRICOIRE Emmanuel, principaux contrats civils et commerciaux, Ellipses, Paris, 2005.

LIENHARD Alain, Procédures collectives, Delmas, 9^e éd., Paris, 2020.

LOUSSOUARN Yvon, BREDIN Jean-Denis, Droit du commerce international, Sirey, Paris.

LORCE, Jean-Guillaume, Esprit du Code de commerce, ou commentaire de chacun des articles du Code, 2^e éd., Paris, 1829.

LUCAS François-Xavier, Le droit des affaires, PUF, coll. « Que sais-je ? », Paris, 2005.

LYON-CAEN Ch., et RENAULT, L., Traité de droit commercial, T. 1, Paris, 2^e éd., 1889.

M :

MASSART Thibaut, Droit commercial, Gualino, Paris, 2007.

MAINGUY Daniel, Contrats spéciaux, Dalloz, 12^e éd., Paris, 2020.

MAGNIER Véronique, Droit des sociétés, Dalloz, 9^e éd., Paris, 2019.

MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, GAUTIER Pierre-Yves, Droit des contrat spéciaux, LGDJ, 11^e éd., Issy-les-Moulineaux, 2020.

MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, STOFFEL-MUNCK Philippe, Droit des obligations, LGDJ, 11^e éd., Paris, 2020.

MASSART Thibaut, Droit commercial, Gualino, Paris, 2007.

MAZEAUD L., Cours de droit commercial, Licence 3^e année, Montchrestien, Paris, 1966- 1967.

MAYER Pierre, HEUZE Vincent, REMY Benjamin, Droit international privé, LGDJ, 12^e éd., Paris, 2019.

MERLE Philippe, FAUCHON Anne, Droit commercial : Sociétés commerciales, Dalloz, 23^e éd., Paris, 2017.

MESTRE Jacques, PANCRAZI Marie-Eve, ARNAUD-GROSSI Isabelle, MERLAND Laure, TAGLIARINO-VIGNAL Nancy, Droit commercial, droit interne et aspects de droit international, T. 1, LGDJ, 30^e éd., Paris, 2016.

MOUSSERON Jean-Marc, RAYNARD Jacques, FABRE Régis, PIERRE Jean-Luc, Droit du commerce international, LexisNexis, 4^e éd., Paris, 2012.

MORAND-DEVILLER Jacqueline, BOURDON Pierre, POULET Florian, Droit administratif, LGDJ, 15^e éd., Issy-Les-Moulineaux, 2017.

N :

NEME J. et NEME C., Organisations économiques internationales, PUF, Thémis, Paris, 1972.

NIBOYET Marie-Laure, De GEOUFFRE De LA PRADELLE Géraud, Droit international privé, LGDJ, 5^e éd., Issy-les-Moulineaux, 2015.

NICINSKI Sophie, Droit public des affaires, LGDJ, 8^e éd., Paris, 2021.

NOUGUIER L., Traité des actes de commerce des commerçants et de leur patente, T. I, 2^e éd., Paris, 1884.

O :

OURILAC P., De MALAFOSSE J., Histoire du droit privé : les obligations, PUF, 2^e éd., Paris, 1969.

P :

PARDESSUS J.-M., Le cours de droit commercial, T. I, Paris, 1814.

PEDAMON Michel, KENFACK Hugues, Droit commercial, 4^e éd. Dalloz, 2015.

PELLET Alain, DAILLIER Patrick, FORTEAU Mathias, Droit international public, LGDJ, 9^e éd., Paris, 2021.

PERROT Roger, Institutions judiciaires, LGDJ, 18^e éd., Paris 2020.

PETIT Jacques, FRIER Pierre-Laurent, Droit administratif, LGDJ, 15^e éd., Paris, 2021.

PICOD Yves, PICOD Nathalie, Droit de la consommation, SIREY, 5^e éd., Paris, 2020.

PIEDELIEVRE Stéphane, Droit commercial, Dalloz, 12^e éd., Paris, 2015.

PLANQUE Jean-Claude, Contrats spéciaux, Bréal, Paris, 2003.

PLESSIX Benoit, Droit administratif général, LexisNexis, Paris, 2016.

PORCHY-SIMON Stéphanie, Droit civil : Les obligations, Dalloz, Paris, 2021.

POTHIER R. J., Traité des obligations, T. 1, publié par M. SIFFREIN, Paris, 1822.

PUIG Pascal, Contrats spéciaux, Dalloz, 8^e éd., Paris, 2019.

R :

RACINE Jean-Baptiste, SIIRIAINEN Fabrice, Droit du commerce international, Dalloz, 3^e éd., Paris, 2018.

RAULT J., ESCARRA J., Principes de droit commercial, T. 1, Librairie du recueil SIREY, Paris, 1934.

RAYNARD Jacques, SEUBE Jean-Baptiste, Droit civil, Contrats Spéciaux, LexisNexis, 8^e éd., Paris, 2015.

REINHARD Yves, CHAZAL Jean-Pascal, Droit Commercial, Lexisnexus, 8^e éd., Paris, 2012.

RENAULT L., Traité de droit commercial, T. I, 2^e éd., Paris, 1889.

RENE David, JAUFFRET-SPINOSI Camille, GORE Marie, Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, 11^e éd., Paris, 2016.

ROCHFELD Judith, Les grandes notions du droit privé, PUF, 2^e éd., Thémis, 2013.

RODIERE René, Droit commercial ; contrats commerciaux, faillites, SIREY, 1972.

S :

SALOMON Renaud, Précis de droit commercial, PUF, Paris, 2005.

SERLOOTEN Patrick, DEBAT Olivier, Droit fiscal des affaires, Dalloz, Paris, 2020.

SEVE René, Philosophie et théorie du droit, Dalloz, 2^e éd., Paris, 2016.

SERAGLINI Christophe, ORTSCHIEDI Jérôme, Droit de l'arbitrage interne et international, Lextenso, 2^e éd., Paris, 2019.

SERLOOTEN Patrick, DEBAT Olivier, Droit fiscal des affaires, Dalloz, 20^e éd., Paris, 2021.

SZRAMKIEWICZ Romuald, Histoire du droit des affaires et des institutions commerciales, les cours de droit, Paris, 1985.

T :

TERCIER Pierre, BIERI Laurent, CARRON Blaise, Les contrats spéciaux, Schulthess, 5^e éd., Genève, 2016.

TERRÉ François, MOLFESSIS Nicolas, Introduction générale au droit, Dalloz, 12^e éd., Paris, 2020.

TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, CHENEDE François, Droit civil : Les obligations, Dalloz, 12^e éd., Paris, 2018.

TESTU François Xavier, Contrats d'affaires, Dalloz, Paris, 2010.

THALLER E.E., Traité de droit commercial, 4 éd., Paris, 1910.

TROPER Michel, La philosophie du droit, PUF, 3^e éd., Que sais-je ?, 2003, Paris.

TRUCHET Didier, Droit administratif, PUF, 2^e éd., Thémis, Paris, 2009.

V :

VIALA Alexandre, Philosophie du droit, Ellipses, 2^e éd., Paris, 2019.

VILLEY Michel, Philosophie du droit : Définitions et fins du droit, les moyens du droit, Dalloz, Paris, 2001.

VOGEL Louis, VOGEL Joseph, Traité de droit économique : Droit de la consommation, T. I, Bruylant, Paris, 2021, 21^e éd.

W :

WEILL A., TERRE François., Droit civil : Les obligations, Dalloz, 3^e éd., Paris, 1980.

Z :

ZOLLER Elisabeth, Introduction au droit public, Dalloz, 2^e éd., Paris, 2013.

§2) Dictionnaires :

ALLAND Denis, RIALS Stéphane, Dictionnaire de la culture Juridique, PUF, Paris, 2003.

ARNAUD André-Jean Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 1993.

Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Terminologie contractuelle commune, 2008.

BATIFFOL H., Encyclopédie Dalloz Droit international.

Benson Bruce L., ARBITRATION, Encyclopedia of Law & Economics, 1999, p. 164-165.

MAZURE Adolphe, Dictionnaire Etymologique de la langue Française, Librairie Eugène Belin, Paris, 1863.

SEBIRE F., CARTERET, Encyclopédie du droit ou Répertoire raisonné de législation et de jurisprudence en matière civile, administrative, criminelle et commerciale, T. IV, 1838,

Le Grand Larousse illustré, Larousse, Paris, 2021.

Le petit Larousse illustré, Larousse, Paris, 2010.

Les ouvrages spécialisés :

§1) Monographie

A :

AMILHAT Mathias, La notion de contrat administratif : L'influence du droit de l'Union Européenne, Bruylant, Bruxelles, 2014.

ARNAUD André-Jean, Les origines doctrinales du Code civil français, Paris, LGDJ, 1969.

ARTHAUD Claude, De la bonne foi et ses effets en matière civile, A. Parent, Paris, 1874.

AUDIT Bernard, L'arbitrage transnational et les contrats d'État : Bilan et perspectives, La Haye, Nijhoff, 1987.

B :

BARRAUD Boris, La recherche juridique – Sciences et pensées du droit, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, Paris, 2016.

BARBAUD Marc-Olivier, La notion de contrat unilatéral : analyse fonctionnelle, LGDJ, Paris, 2014.

BEDJAOUI M., Pour un nouvel ordre économique international, Unesco, Paris, 1979.

BERMEJO Romualdo, Vers un nouvel ordre économique international, étude centrée sur les aspects juridiques, Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1982.

BESLAY François, Extrait de la revue du droit commercial, mars 1864.

BESLAY François, Des Actes de commerce, commentaire théorique et pratique des articles 632 et 633 du Code de commerce [de 1807], Paris, 1865.

BESSONNET Anne, LAMY Philippe-Eduard, Contrats d'affaires internationaux, Village Mondial, Paris, 2005.

BETTEMS Denis, Les contrats entre États et entreprises étrangères, Métra, Paris, 1989.

BOUCHER P.B., Les principes du droit civil proprement dit et du droit commercial ; comparés, Paris, 1804.

BOUINEAU Jacques, SZRAMKIEWICZ Romuald, Histoire des institutions 1750-1914 : Droit et société en France de la fin de l'Ancien Régime à la Première Guerre mondiale, Litec, 4^e éd., Paris, 1996.

C :

Corso di diritto internazionale, Vol. I, Introduzione e teorie generali, Roma,

Athenaeum, 3^e éd., 1928, trad. G. Gidel, Cours de droit international, Vol. I, Introduction, Théories générales, Sirey, 1929, réédition éd. Panthéon-Assas, 1999.

CADRES E., Code de procédure commerciale, Mis en rapport avec la doctrine et la jurisprudence, suivi des lois organiques et des dispositions réglementaires concernant les tribunaux de commerce, Paris, 1844.

CANTILLON Richard, L'Essai sur la nature du commerce en général, 1755.

CAPITANT Henri, De la cause des obligations (contrat, Engagements unilatéraux, Legs), Librairie Dalloz, 3^e éd. Paris, 1927.

CARBONNIER J., Sociologie juridique, PUF, 2^e éd., 2004, Paris.

CHAGNY Muriel, Droit de la concurrence et droit commun des obligations, Dalloz, Paris, 2004.

CHAUNU Pierre, La Civilisation de l'Europe des Lumières, Paris, Arthaud, 1971.

CHEVREAU Emmanuelle, MAUSEN Yves, BOUGLE Claire, Histoire du droit des obligations, LexisNexis, Paris, 2011.

COHET Frédérique, Le contrat, Presses universitaires de Grenoble, 2020.

COLFAVRU Jean-Claude, Le droit commercial comparé de la France et de l'Angleterre suivant l'ordre du code de commerce français, Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence Cosse et Marchal, Paris, 1863.

COIPEL Michel, Eléments de théorie générale des contrats, Collection "à la rencontre du droit", Story-Scientia, 1999.

COUARD Julien, L'entreprise congréganiste en droit des affaires, Lextenso, Defrénois, Paris, 2009
Du MARAIS Bertrand, Des indicateurs pour mesurer le droit ?, La Documentation Française, Paris, 2006.

CÔTÉ Pierre-André, Interprétation des lois, 4^e éd., Montréal, Thémis, 2009.

D :

DAILLANT Marie-Anne, Le retard dans l'exécution des contrats (XII^e-XIX^e siècle) : contribution historique à l'étude de la responsabilité contractuelle, Institut Universitaire

Varenne, Paris, 2017.

DAUFRESNE Eugène-Paul, De la cause en droit romain et en droit français, Paris, 1854.

DEFFAINS Bruno, LANGLAIS Éric, Analyse économique du droit ; Principes, méthodes, résultats, De Boeck, Bruxelles, 2009.

DELMAS-MARTY Mireille, Critique de l'intégration normative. L'apport du droit comparé à l'harmonisation des droits, Presses Universitaires de France, 2004.

DELMAS-MARTY Mireille, Le travail à l'heure de la mondialisation, Bayard, Montrouge, 2013.

De ROMILLY Jacqueline, La loi dans la pensée grecque : Des origines à Aristote, Les Belles Lettres, 2^e éd., Paris, 2002.

DILOY Christel, Le contrat d'agence commerciale en droit international, LGDJ, Paris, 2000.

Domat Jean, Œuvres complètes de Jean Domat : Loi civile, Imprimerie de Firmin Didot, Paris, 1828.

DUVAL Claud, LE LEUCH Honoré, PERTUZIO André, International Petroleum exploration and exploitation agreements : legal, economic and policy aspects, Keith, Barrows Company Inc, New York, 2nd ed. 2009.

DUVAL-JOUBE Joseph, Traité de logique, ou Essai sur la théorie de la science, Ladrance, 2^e éd., Paris, 1855.

E :

EISEMANN Pierre Michel, Le nouvel ordre économique international en tant que concept juridique, Annuaire du Tiers Monde, 1976.

F :

FAGET Jacques, Sociologie de la délinquance et de la justice pénale. ERES, 2009.

FEREY Samuel, Une histoire de l'analyse économique du droit ; calcul rationnel et

interprétation du droit, Bruylant, Bruxelles, 2008

FEREY Samuel, DEFFAINS Bruno, Analyse économique du droit et théorie du droit : perspectives méthodologiques, UNIVERSITE NANCY, Nancy, 2010.

FIN-LANGER Laurence, Equilibre contractuel, LGDJ, Paris, 2002.

FITZGERALD Patrick W., Understanding and negotiation the oil & gaz farmout agreement, American Association of" Professional Landmen, Texas, 2012.

FUNCK-BRENTANO Théophile, Les sophistes grecs et les sophistes contemporains, Paris, 1879.

G :

GATSI Jean, Le contrat-cadre, LGDJ, Paris, 1996.

GAUDEMET Jean, CHEVREAU Emmanuelle, Droit privé romain, Montchristien, 3^e éd., Paris, 2009.

GAVAIN-MILLAN Elodie, Essai d'une Théorie générale des contrats spéciaux de la proposition immobilière, LGDJ, Paris, 2003.

GENEVOIS Erneste, Histoire critique de la juridiction consulaire, Recueil de SIREY, Paris, 1866.

GHERARI Habib, SZUREK Sandra, l'émergence de la société civile internationale, vers la privatisation du droit international, CEDIN Paris X, Pedone, 2003.

GIFFARD A.E., Villers Robert, Droit romain et Ancien droit français ; les obligations, Dalloz, 4^e éd., Paris, 1976.

GORPHE François, Le principe de la bonne foi, Paris, Dalloz, 1928.

GUYADER Josseline, Existait-il une doctrine commercialiste dans l'Ancienne France ? L'exemple des sociétés : titre IV de l'ordonnance sur le commerce de terre du 23 mars 1673 », PUF, La doctrine juridique, Paris, 1993.

H :

HAENDEL J. H., Des contrats commerciaux ; leurs préparations, leurs formules, ce qu'ils doivent prévoir, Bibliothèque pratique de l'Homme d'affaires, 1913.

HILAIRE jean, Le droit, Les affaires et l'Histoire, Paris, 1995.

HEMARD Jean, L'économie dirigée et les contrats commerciaux ; études offerts à Georges Ripert, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1950.

HOTTOIS Gilbert, *Penser la logique*. Une introduction technique et théorique à la philosophie de la logique et du langage, De Boeck Supérieur, 2^e éd., « Méthodes en sciences humaines », Bruxelles, 2002.

J :

JACQUET Jean-Michel, La loi de l'État contractant, Mél. L. Boyer : Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996.

JAUBERT Joseph, Des effets civils de la bonne foi, Pédone, Paris, 1899.

JESTAZ Philippe, Les sources du droit, Dalloz, 2^e éd., Coll. Connaissance du droit, Paris, 2005.

K :

KASSIS Antoine, Le nouveau droit européen des contrats internationaux, LGDJ, Paris, 1993.

KASSIS Antoine, Théorie générale des usages du commerce, LGDJ, Paris, 1984.

KERHUEL Anne-Julie, L'efficacité stratégique du contrat d'affaires ; Un champ d'action de la liberté contractuelle, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2010, p. 19.

KIRAT Thierry, Economie du droit, La Découverte, Paris, 2012.

KIRAT Thierry, Le pragmatisme de Richard Posner : un regard critique, 2005, Texte de la communication à la journée d'étude Les philosophes pragmatistes et les économistes : quelles proximités ?, IDHE-ENS de Cachan, 11 avril 2005.

KOEHL Jean-Luc, Droit de l'entreprise ; structures juridiques et contrats

commerciaux, Ellipses, Paris, 1992.

L :

LAGARD Paul, Le droit des relations économiques internationales, études offertes à Berthold Goldman, Litec, Paris, 1982.

LAITHIER Yves-Marie, Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, LGDJ, Paris, 2004.

LANKARANI EL-ZEIN Leila, Les contrats d'État à l'épreuve du droit international, Coll. Droit international, Bruylant, Bruxelles, 2001.

LAURENT François, Droit civil international, T. 1, Bruylant-Christophe & Cie, Bruxelles, 1880.

LEMENNICIER Bertrand, Economie du droit, Cujas, Paris, 1991.

LEMAIRE Sophie, Les contrats internationaux de l'administration, LGDJ, Paris, 2005.

LHUILIER Gilles, Le droit transnational, Dalloz, Paris, 2016.

LOCRE Jean-Guillaume, Esprit du Code Napoléon, tiré de la discussion ou Conférence historique, analytique et raisonnée du Projet de Code civil, des Observations des Tribunaux, des Procès-verbaux du Conseil d'état, des Observations du Tribunat, des Exposés de motifs des Rapports et Discours et etc., introduction, l'esprit du code civil, 1805.

LYON-CAEN C., Tableau des lois commerciales en vigueur dans les principaux États de l'Europe et de l'Amérique, COTILLON A. & Cie, 2^e éd., Paris, 1881.

M :

MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane, Analyse économique de droit, Dalloz, 3^e éd., Paris, 2021.

MAINGUY Daniel, Le nouveau droit français des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, UMR-CNRS 5815 « Dynamiques du droit », Montpellier, 2016.

MALAURIE Philippe, L'ordre public et le contrat : Etude de droit civil comparé. France, Angleterre, U.R.S.S., Matot-Braine, Paris, 1953.

MARCHELARD Eugène, Des obligations naturelles en droit romain, Librairie August Durand, Paris, 1861.

MARIAGE Henri, Évolution historique de la législation commerciale de l'ordonnance de Colbert à nos jours, 1673-1949, Pedone, Paris, 1951.

MATHIEU Marie-Laure, Logique et raisonnement juridique, PUF, Paris, 2015.

MARTY Frédéric, KIRAT Thierry, Economie du Droit et de la Réglementation, Gualino, Paris, 2007.

MERLOZ Georges, La CNUCED : droit international et développement, Bruylant, Bruxelles, 1980.

MESTRE Jacques, RODA Jean-Christophe, Les principales clauses des contrats d'affaires, LGDJ, 2^e éd., Paris, 2018.

MILLET Jules-Joseph-Edmond, De l'erreur et de la bonne foi en droit romain et en droit français, Lahure, Paris, 1871.

MORABITO Marcel, Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, LGDJ, 16^e éd., Paris, 2020.

MORTIER Renaud, Les incidences de la réforme du droit des contrats sur les contrats d'affaires, Dalloz, Paris, 2018.

N :

NEMO Philippe, La Société de droit selon F. A. Hayek, PUF, Paris, 1988.

O :

OSMAN Filali, Les principes généraux de la *lex mercatoria*. Contribution à l'étude d'un ordre juridique national, LGDJ, Paris, 1992.

OVERSTAKE Jean François, Essai de classification des contrats spéciaux, Paris, LGDJ, 1969.

P :

PARDESSUS J.-M., Bibliothèque de droit commercial, précédée d'un discours sur l'origine et les progrès de ce droit, Paris, Imprimerie d'A. Ergon, 1821.

PARDESSUS J.-M., Discours sur l'origine et les progrès de la législation et de la jurisprudence commerciale, prononcé à la Faculté de droit de Paris, le 18 novembre 1820, l'imprimerie d'Adroien Egron, Paris. 1821,

PEGUERA-POCH Marta, Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVIe-XVIIIe siècles), Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2009.

PERRARD Jean Ferréol, Logique classique d'après les principes de philosophie De Laromiguière, Troisième édition revue et augmentée par l'auteur et par son fils, L.-S. Athanase Perrard, Typographie de Henri Plom, imprimeur de l'empereur, Paris, 1860.

PETERSON Clayton, Pensée rationnelle et argumentation, Les presses de l'Université de Montréal, Québec, 2013.

PICOD Yves, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, LGDJ, Paris, 1989.

PLANIOL M., Classification synthétique des contrats, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1904.

POUDRET Jean-François, VALAZZA TRICARICO Marie-Ange, Coutumes et coutumiers: histoire comparative des droits des pays romands du XIIIe à la fin du XVIe siècle, Staempfli, Berne, 2002.

POUTHIER Tristan, Au fondement des droits Droit naturel et droits individuels en France au XIX^e siècle, Classiques Garnier, Paris, 2019.

R :

ROBAYE René, Droit romain, Academia, 5^e éd., Condé-sur-Noireau, 2018.

RZEPECKI Nathalie, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2002.

S :

SABOURIN L., Organismes économiques internationaux, La documentation française, Paris, 1994.

STEFANI G., « Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal », Etudes de droit criminel, Publications de l'Institut de criminologie de la Faculté de droit de l'Université de Paris, Dalloz, Paris, 1956.

T :

THALLER Edmond-Eugène, De la place du commerce dans l'histoire générale et du droit commercial dans l'ensemble des sciences, Paris, 1892.

TZITZIS Stamatios, Kelsen et le droit : de la rétribution naturelle à l'imputation, In. Introduction à la philosophie du droit, Vuibert, Paris, 2011.

V :

VELLAS Pierre, Aspects du droit international économique, Pedone, Paris, 1990.

VOLANSKY Alexandre, Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1929.

VON IHERING R., L'esprit du droit romain, T. 4, Paris, Marescq, Ainé, 1889.

VOUIN Robert, La bonne foi : notion et rôle actuels en droit privé français, Paris, LGDJ, 1939.

W :

WEIL Prosper, Problèmes relatifs aux contrats passés entre un État et un particulier, 1969.

WERY Patrick, Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du code civil, Centre de droit des obligations, Louvain-la-Neuve, Belgique, 2004.

§2) Ouvrage collectif

Analyse comparée du droit français réformé des contrats et des règles matérielles du commerce international, LexisNexis, Clotilde Jourdain-Fortier, Marc Mignot (dir.), Travaux du Credimi, vol. 47, LexisNexis, 2016.

Autour du droit des contrats ; contributions de droit romain en l'honneur de Felix Wubbe, Bruylant, PICHONNAZ Pascal (dir.), Bruxelles, 2009.

Contrats publics, en l'honneur de professeur Michel Guibal, Vol. I., Presses de la faculté de droit de Montpellier, Montpellier, 2006.

Contrats publics et arbitrage international, AUDIT Mathias (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2011.

Doctrines juridique et philosophie politique et morale (dir.) J.-Y. Chérot Jean-Yves, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2018.

Droit et économie ; Des divergences aux convergences, Dalloz, 2019, Paris.

Droit international et contrat d'État, Mélanges offerts à P. Reuter, Pedone, Paris, 1981.

Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive, Editions Helbing & Lichtenhahn, 1993.

Fonction publique : vers une privatisation ?, AUBERT Gabriel (dir.), Schulthess, Zurich, 2000.

La communauté internationale : mélanges offerts à Charles Rousseau Alphonse du titre, Pedone, Paris, 1974.

La discontinuité en droit, SIMONIAN-GINESTE Hélène (dir.), Actes de colloques de l'IFR, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, Toulouse, 2014.

La doctrine en droit administratif, Actes du colloque organisé par l'Association française pour la recherche en droit administratif, Litec, Paris, 2010.

La gratuité un concept aux frontières de l'économie et du droit, MARTIAL-BRAZ Nathalie, ZOLYNSKI Célia (dir.), LGDJ, Paris, 2013.

La mondialisation du droit dans un nouvel espace de justice universel, Colloque international de Tunis du 9 mai 2003, Paris, 2004.

La mondialisation du droit, LOQUIN Éric, KESSEDJIAN Catherine (dir.), Litec, Paris, 2000.

La nouvelle crise du contrat, (dir.) JAMIN Christophe, MAZEAUD Denis, LGDJ, Paris, 2012.

La peine de mort. Esquisse historique et juridique, (dir.) de Savey-Casard Paul, Librairie Droz, Paris, 1968.

La privatisation de l'État, ROUVILLOIS Frédéric, DEGOFF Michel (dir.), CNRS édition, Paris, 2012.

La recherche juridique vue par ses propres acteurs, Bertrand SERGUES (dir.), Actes de colloques de l'IFR, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, Toulouse, 2016.

Le contrat-cadre : la distribution, SAYAG Alain (dir.), Litec, Paris, 1995.

Le contrat dans tous ses états, LE GALLOU Cécile et MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST Anne (dir.), Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Toulouse, 2019.

Le droit des relations économiques internationales - Etudes offertes à Berthold Goldman, Paris, Litec, 1982.

Le droit international : unité et diversité, Mélanges offerts à Paul Reuter, Pedone, Paris, 1981.

Le juriste et la coutume du Moyen Âge au Code civil : actes du colloque international organisé à Nancy, les 1er et 2 juillet 2010 / [organisé par le Centre lorrain d'histoire du droit et le Réseau des historiens du droit du Grand-Est] ; d'Antoine ASTAING, Virginie LEMONNIER-LESAGE (dir.) Éditions universitaires de Lorraine, Nancy, 2015.

Les contrats spéciaux et la réforme du droit des obligations, ANDREU Lionel, MIGNOT Marc (dir.), Institut Universitaire Varenne, 2017.

Les grands principes de la fiscalité des entreprises, Maurice COZIAN (dir.), Litec, 4^e éd., Paris, 1999.

Les échanges entre les droits, L'expérience communautaire ; une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit, ROBIN-OLIVIER Sophie, FASSQUELLE Daniel (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2008.

Les objectifs dans le droit, Faure Bertrand (dir), Dalloz, Paris, 2010.

Les Mélanges en hommage à Daniel Tricot (Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires), Dalloz-Sirey/Litec, Paris, 2011.

L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, DEFFAINS Bruno (dir.), CUJAS, Paris, 2002.

L'arbitrage transnational et les contrats d'État, Académie de droit international, Centre d'étude et de recherche de droit international et de relations internationales, Dordrecht, Nijhoff, 1987.

L'efficacité économique en droit, BOLLEE Sylvain, LAITHIER Yves-Marie, PERES Cécile (dir.), Economica, Paris, 2010.

L'évaluation de la recherche en droit: enjeux et méthodes, FLÜCKIGER Alexandre, TANQUEREL Thierry (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2015.

L'interprétation en droit : Approche pluridisciplinaire, VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 1978.

Mesurer l'efficacité économique du droit, Canivet Guy, Frison-Roche Marie-Anne et Klein Michael (dir.), LGDJ, Coll. « Droit et économie », Paris, 2005.

Mélanges en l'honneur de Pierre TERCIER, Schulthess, Zurich, 2008.

Mémoires de la Société pour l'Histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romand, volume 65, Dijon, actes des journées internationales de la société d'histoire du droit, le droit, les affaires et l'argent célébration du bicentenaire du code de commerce, texte réunis par Anne Girollet, 2008.

Pour une réforme du droit des contrats, F. TERRE (dir.), Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2009.

Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ?, AZZI Tristan, BOSKOVIC Olivera (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2015.

Qu'en est-il du code de commerce 200 ans après ?, SAINT-ALARY-HOUIN Corinne (dir.), LGDJ, Paris, 2009.

Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Férédiqre Audren et Ségolène Barbou des Places (dir.), Coll. Contextes, LGDJ, Paris, 2018.

Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle : à propos de 30 ans de recherche du CREDIMI : mélanges en l'honneur de Philippe Kahn, Leben Charles, Loquin Éric, Salem Mahmoud (dir.), Litec, Paris, 2000.

§3) Thèses :

AJJOUB Muhannad, La notion de liberté contractuelle en droit administratif français, Thèse, L'Université de Paris II, 2016.

AUVERNY-BENNETOT Jean, La théorie de l'imprévision : droit privé, droit administratif, droit ouvrier, Thèse, L'Université de Paris, Sirey, 1938.

BARRY Mohamed, La théorie des nullités dans la doctrine après le Code civil, Thèse, L'Université de Lyon III, 2013.

BARTHEZ Anne-Sophie, La transmission universelle des obligations, Thèse, L'université de Paris I, 2000.

BAUDRILLART Paul, L'autonomie du droit commercial, Thèse, L'Université de Paris, 1966.

BELLOIR Arnaud, Théorie générale des contrats spéciaux, Thèse, L'Université de Paris, 2002.

BILYACHENKO Alexey, La circulation internationale des situations juridiques, Thèse droit, L'Université de La Rochelle, 2016.

BOUSSOFARA Anissa, Le principe d'interprétation autonome dans la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Thèse, L'Université de Côte d'Azur, 2019.

CAMPOS Julien, La réception de l'analyse économique du droit par la doctrine française : la dogmatique juridique française face au réalisme juridique américain, Thèse, L'Université d'Aix-Marseille, 2006.

CLOLUS-FROMENT Émile, Du Jeu, du pari et des jeux de Bourse, Thèse de doctorat, L'Université de Toulouse, 1859.

DESGORCES Richard, La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives, Thèse, L'Université de Paris II, 1992.

DUHAUT Henry, De la forme, de ses caractères et de ses règles en droit romain ; De

la règle *locus regit actum* en droit français, Thèse, L'Université de Nancy, 1882

FAUSTINE Jacomino, Le contrôle objectif de l'équilibre contractuel. Entre droit commun des contrats et droit des pratiques restrictives de concurrence, Thèse, L'Université de Côte d'Azur, 2018.

GOUBINAT Marine, Les principes directeurs du droit des contrats, Thèse, L'Université de Grenoble Alpes, 2016

GOUNOT Emmanuel, Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Thèse, L'Université de Dijon, 1912

HENRY Xavier, La technique des qualifications contractuelles, Thèse, L'Université de Nancy II, 1992.

JEAUNEAU Adeline, L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation. Thèse, L'Université de Paris I, 2015.

JEAMMAUD A., Des oppositions de normes en droit privé interne, Thèse, L'Université de Lyon III, 1975.

Le FICHANT Françoise, L'obligation de négocier en droit privé, Thèse, L'Université de Rennes, 1992.

LOUVEAU André, Théorie de l'imprévision en droit civil et en droit administratif, Thèse, L'Université de Rennes, 1920.

MICHEL Olivia, L'autonomie du droit pénal des mineurs, Thèse de doctorat, L'Université d'Aix-Marseille, 1999.

MORON-PUECH Benjamin, Contrat ou acte juridique ? étude à partir de la relation médicale, Thèse, L'Université de Paris II, Paris, 2016.

PASCHEL Philippe, La portée de la codification dans l'histoire du droit commercial français, Thèse, L'Université de Paris II, 1993.

PEQUIGNOT Georges, Contribution à la théorie générale du contrat administratif, Thèse, L'Université de Montpellier, 1944.

SPIES, François, De l'Observation des simples conventions en droit canonique: étude suivie de quelques recherches concernant l'influence du principe canonique de l'observation

des simples conventions sur le droit coutumier français, Thèse, L'Université de Nancy, 1928.

TABOURNEL Jean-Simon, Nouvel ordre économique international et pouvoir, Thèse, l'Université de Paris II, 1986.

VINDARD Virginie, La qualification en droit fiscal, Thèse, L'Université de Renne, 2014.

WAGNER Albert, De la Nullité de la cause illicite, Thèse de doctorat, L'Université de Paris, 1900.

WANG Juanrong, Le droit de mettre fin à la relation contractuelle de distribution, Thèse, L'Université de Lille, 2018.

§4) Reuceilles

Code du commerce, servant de supplément au procès-verbal des séances du corps législatif, rapports et discours sur le code du commerce, rapport fait par M. JARD-PANVILLIER, orateur de la section de l'Intérieur du Tribunal, sur les sept premiers Titres du Livre I^{er} du Projet de Code du Commerce. Séance du 11 septembre. 1807, HACQUART, imprimeur du corps Législatif et Tribunal, Paris, 1807.

ELIAN George, « Le principe de la souveraineté sur les ressources nationales et ses incidences juridiques sur le commerce international », RCADI, 1976, p. 47.

FENET Pierre-Antoine, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, imprimerie d'Hippolyte Tilliard, paris, 1856, Tome 13.

LALIVE Jean-Flavien, « développements récents » suscités par la pratique des « contrats entre États ou entreprises étatiques et personnes privées », RCADI, 1983, Vol. 302.

LEHBEN Charles, « La théorie du contrat d'État et l'évolution du droit international des investissements », RCADI, 2008, Vol. 302.

LOQUIN Éric, Les règles matérielles internationales, RCADI, 2006, T. 322.

MEIJERS Eduard Maurits, L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen âge, spécialement dans l'Europe occidentale, RCADI, Sirey, Paris, 1934, T. 49.

TRIAS DE BES I GIRO Josep Maria, Les grandes écoles universalistes in « règles générales des conflits de lois », RCADI, 1937, T. 62.

Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény. Tome I, Aspects historiques et philosophiques, Paris : E. Duchemin, 1977.

Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény. Tome III, Les sources des diverses branches du droit, Librairie du recueil Sirey, 1934.

Jurisprudences :

Cass. civ. 28 juin de 1825.

Cass. 13 février 1834, arrêt Caquelard. H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, GAJC, T. 1, Dalloz, 12e éd., 2007, n° 65.

Cass. Civ. 06/03/1876, arrêt canal de Craponne ; civ. 15/11/1993, Verreries de carmaux, Gaz. Pal, 1934. 1. 58 ; Cass. Com. 18/01/1950 Civ. 22 juin 1943, DC 1944. J. 83 ; Poitiers, 8 janv. 1981, Gaz. Pal. 1981. 1. 387, note J. Rozier, RTD com., 1981, p. 521, obs. J.-C. Dubarry ; Aix-en-Provence, 25 sept. 2008, n° 08/06196, Malika X... épouse Y... c/ SARL Espaces conseils, Service Documentation C. cass. [www.legifrance] ; Bordeaux, 19 juin 2006, JCP 2007. IV. 1394.

Cass. civ. 6 mai 1930, D.H., 1930, p. 363.

Cass. civ. 22 juin 1943, DC 1944. J. 83 ; Paris, 15 oct. 1962, RTD com. 1963. 551, obs. M. Boitard ; Paris, 5 oct. 1964, D. 1965. Somm. 30.

Cass. com. 20 juill. 1965, D. 1965. 581 ; Paris, 24 nov. 1988, Juris-Data n° 026392.

Cass. com. 16 mars 1954, D. 1954, p. 474.

Cass. 1^{re} civ. 19 oct. 1959, Bull. civ. I, n° 15, D. 1960. 37, 1^{re} esp., note G. Holleaux, Rev. crit. DIP 1960. 215, 1^{re} esp., note Y. L.

Cass. com. 2 juillet 1962.

Civ. 1 re , 30 oct. 1962, Rev. crit. 1963. 387, note P. Francescakis ; D. 1963. 109, note Holleaux ; Grands arrêts, 5 e éd., 2005, Dalloz, n° 37.

Civ. 1^{re}, 2 mai 1966, Galakis, Bull. civ. I, n° 256; D. 1966. 575, note J. Robert ; JCP 1966. II. 14798, note P. Ligneau ; JDI, 1966, p. 563, note D. G ; Rev. crit. DIP 1967. 533, note B. Goldman.

Cass. 1^{re} civ. 9 janvier 1968, JDI, 1968, p. 717, note M. SIMONDEPITRE; JCP 1968, II, n° 15451, note G. LYON-CAEN.

Cass. com. 19 juin 1972, 71-12.845, CALAIS-AULOY Jean, note sous Cass. com., 19 juin 1972, JCP, 1973, II, n° 17356.

Cass. com. 29 octobre 1979, n° 78-14.226, Gaz. Pal., 1980, p. 1, note J. Dupichot.

Cass. 1^{re} civ. 7 octobre 1980, n° 79-13.990, JCP 1980, II, n° 19480, concl. GULPHE ; Rev. crit. DIP 1981, p. 313, note J. MESTRE.

Cass. com. 28 oct. 1980, n° 93-21.866.

Cass. com. 17 mars 1981, n° 79-14.117.

Cass. 1^{re} civ. 7 janvier 1982, n° 80-16.530.

Cass. com. 12 décembre 1984, n° 82-16.712.

Cass. soc. 8 juillet 1985, n° 84-61.022, Rev. crit. DIP 1986, p. 113, note H. GAUDEMET-TALLON ; Rev. crit. DIP 1986, p. 501, note LAGARDE P.

Cass. 1^{re} civ. 9 oct. 1984, n° 83-11.355, note P. Kahn, JDI, 1985, p. 679 ; note Goldman B., Rev. arb., 1985, p. 431; note J. Robert, Rec. Dalloz, 1985, p. 101.

Cass. com. 6 mars 1990, n° 88-12.477.

Cass. com. 5 mars 1991, n° 89-19.940.

Cass. 1^{re} civ. 22 oct. 1991, n° 89-21.528, note B. Oppetit, Rev. crit. DIP 1992, p. 113; note Goldman B., JDI, 1992, p. 177; note P. Lagarde, Rev. arb., 1992, p. 466. Cass. com. 7 janvier 1992, Bull. civ. IV, n° 3, p. 3 ; D. 1992, p. 278, obs. L. Aynès ; J.C.P. 1992. I. 3591, n° 17, obs. Ch. Jamin, R.T.D. Civ. 1991, octobre-décembre p. 762, note J. Mestre.

Cass. com. 31 mars 1992, n° 91-14.867.

Cass. com. 31 mars 1992, n° 90-12.801.

Cass. 3^{re} civ. 3 mars 1993, n° 91-15.613.

Cass. com. 4 avril 1995, n° 93-20.029.

Cass. com. 3 mai 1995 n° 93-20.007.

Cass. com. 15 octobre 1996, n° 94-16296.

Cass. com. 24 oct. 1995, n° 94-10.661.

Cass. Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 93-13.688.

Cass. Ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-15.578.

Cass. plén., 1^{er} déc. 1995, n° 91-19.653, Bull. civ., concl., JEOL Michel, 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 ; note, Aynès Laurent, D., 1996, p. 13 ; Chron., Brunet Andrée, Ghazi Alain, D. , 1998, p. 1 ; obs., MESTRE Jacques, RTD civ., 1996, p. 153 ; obs., Bouloc Bernard, RTD com., 1996, p. 316.

Cass. com. 15 octobre, 1996, n° 94-18.903.

Cass. com. 22 avr. 1997, n° 94-18.953.

Cass. com. 6 mai 1997, Bull. civ. IV, n° 117 ; D. 1997, p. 588, note M. Billiau et Ch. Jamin ; D. 1998, jur., p. 136, note H. Le Nabasque ; Defrénois 1997, art. n° 36633, p. 977, note D. Mazeaud ; Cont. Conc. Cons. 1997, n° 146, obs. L. Leveneur.

Cass. com. 13 mai 1997, n° 95-17.221.

Cass. com. 27 mai 1997, n° 95-18.439.

Cass. 1^{re} civ. 1^{er} juillet 1997, n° 95-15.642.

Cass. com. 31 mars 1998, n° 96-12.897.

Cass. 1^{re} civ. 6 janv. 1998, n° 95-19.199.

Cass. com. 7 avr. 1998, n° 95-20.361.

Civ. 3^e, 3 juill. 1999, Defrénois 1999, p.1000, obs. Delebecque, obs. Mestre J., RTD civ., 1999, p. 834.

Cass. com. 25 février 2000, n° 99-13.429.

Cass. 1^{re} civ. 14 juin 2000, n° 98-17.494.

Cass. com. 11 juill. 2000, n° 97-18.275.

Cass. com. 2 juillet 2002, n° 99-21.440.

Cass. com. 29 oct. 2002, n° 99-18.796, RJDA, 2003, n° 132.

Cass. 2^{re} civ. 17 février 2005, n° 03-16.590.

Cass. com. 14 février 2006, n° 05-13.453.

Cass. 1^{re} civ. 24 octobre 2006, n° 05-16.517.

Cass. com. 10 juillet 2007, Bull. civ. IV, n° 188, n° 06-14.768.

Cass. 3^{er} civ, 9 décembre 2009, Bull. civ. III, n° 275, n° 04-19.923.

Cass. com. 4 mai 2010, n° 09-13.118, Note Denis Mazeaud, RDC, 2010, n° 4, p.

Cass. com. 15 mars 2011, n° 10-16.422, cf. Genicon Thomas, note sous Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-16422, RDC, n° 3, 2011, p. 795.

Cass. Ass. plén., 22 avr. 2011, n° 09-16.008, LATINA Mathias note, LEDC juin 2011, n° 06, p. 3.

Cass. com. 3 mai 2012, n° 11-14.959.

Cass. 2^{re} civ. 20 janvier 2012, n° 10-27.127.

Cass. com., 8 mars 2011, n° 10- 13.988 ; D., 2011, p. 919, note Le Corre ; *ibid.* Pan., p. 2069, obs. F.- X. Lucas ; *ibid.* Actu., p. 743, obs. Lienhard ; RTD com. 2011, p. 420, obs. Vallens ; JCP E, 2011, p.1215, note Couret et Dondero ; *ibid.* 1263, n° 1, obs. Pétel ; Gaz. Pal. 1^{er}- 2 avr. 2011, p. 7, note Reille ; LEDEN, 4/2011, p. 1, obs. Gorrias et Thévenot ; APC, 2011, n° 106, obs. Saintourens ; RJDA, 2011, n° 437 (aff. « Coeur Défense ») ; RLDA, mai2011, p. 20, obs. Cavet; Dr. Sociétés, 2011, n° 160, note Legros; Dr. et patr. 9/2011, p. 73, obs. Saint-Alary-Houin (aff. «Cœur Défense»); Rapp. Rémercy, RJDA, mai 2011, p. 359 ; Grelon, Rev. sociétés, 2011, p. 404 ; Menjuq, RPC, mars- avr. 2011 ; Gibirila, Journ. Sociétés, 6/2011, p. 73.

Cass. 1^{re} civ. 31 octobre 2012, n° 11-15.529.

Cass. 3^{re} civ. 31 octobre 2012, n° 11-16.304.

Cass. com. 17 février 2015, n° 13-27.080, DAUCHEZ Corine, note sous Cass. com. 17 février 2015, n° 13-27.080, Gage commercial : la Cour de cassation défie le législateur !, p. 787-791.

Cass. 1^{re} civ. 20 mars 2014, n° 12-26.518.

Cass. com. 9 décembre 2014, n° 13-22.481.

Cass. com., 22 mars 2016, n° 14-14.218.

Cass. com. 24 mai 2016, n° 14-25921 ; n° 14-28111.

Cass. com. 11 janvier 2017, n° 15-13.025.

Cass. com. 24 mai 2017, n° 15-18.484 ; BUY Frédéric, Obs. sous cet arrêt, *Revue des droits de la Concurrences*, n° 3, 2017, p. 94.

Cass. soc. 21 septembre 2017, n° 16-20.103 et n° 16-20.104.

Cass. com., 28 nov. 2018, n° 15-17.578.

Cass. 1^{re} civ. 30 janv. 2019, n° 18-10796, note LAITHIER Yves-Marie, « En cas d'ambiguïté, les juges du fond ont l'obligation de rechercher la commune intention des parties pour interpréter le contrat », *RDC*, 2019, n° 2, p. 14 ; SIMLER Philippe, « À la recherche des frontières de l'interprétation », *RDC*, 2015, n° 1, p. 146.

Cass. com. 23 oct. 2019, n° 18-11.425.

Cass. 3^{re} civ. 17 octobre 2019, n° 18-18.469.

Cass. 3^{re} civ. 4 février 2016, pourvoi n° 14-29.347.

Cass. 1^{re} civ. 27 novembre 2019, n° 18-18.402, Inédit.

Cass. com. 12 février 2020, n° 18-10.790 ; 18-10.842.

Cass. soc. 23 juin 2021, n° 20-17.554.

Cass. 2^{re} civ. 27 juin 2019, n° 18-19.466.

Tribunal de conflit :

T. Confl., 21 Mars 1983, n° 02256, Arrêt Union des assurances de paris ; Dans cet arrêt, le tribunal instaure le critère organique afin de déterminer la nature d'un contrat.

T. Confl. 17 décembre 1962, n° 1.780.

T. Conf., 24 juin 1968, n° 1915, Ursot, publié au recueil Lebon, p.798.

T. Confl., 15 novembre 1999, n° 03144, Commune de Bourisp / Commune de Saint-Lary-Soulan,

T. Confl. 17 mai 2010, *INSERM c/ Fondation Saugstad*, *Rec.*, p. 580 ; *RFDA*, 2010, concl. GUYOMAR, p. 959 et note P. DELVOLVÉ, p. 971 ; note LAAZOUZI, *RCDIP*, 2010, p. 653 ; *AJDA*, 2010, p. 1047 et p. 1564, étude P. CASSIA et p. 2337, tribune P. CASSIA ; *D.*

2010, p. 2633, obs. X. DELPECH, note S. LEMAIRE, p. 2323, obs. L. d'AVOUT et S. BOLLÉE, p. 2933, obs. Th. CLAY ; *RDI*, 2010, p. 551, obs. S. BRACONNIER ; *RTD com.*, 2010, p. 525, obs. E. LOQUIN ; *Gaz. Pal.*, 27 mai 2010, n° 147, p. 27, note M. GUYOMAR ; *JCPG*, 2010, n° 552, p. 1045, note Th. CLAY, p. 1096, obs. E. GAILLARD, chron., 644, comm., 12, J. ORTSCHIEDT ; *Rev. arb.*, 2010, p. 275, concl. M. GUYOMAR ; M. AUDIT, « Le nouveau régime de l'arbitrage des contrats administratif internationaux », *Rev. arb.*, 2010, p. 253 ; *D.A.*, 2010, comm., 122, F. BRENET et F. MELLERAY ; *Les cahiers de l'arbitrage, Gaz. Pal.*, 2010, p. 717, étude D. FOUSSARD.

Conseil d'Etat

CE, 13 décembre 1889, n° 66145 Cadot, rec. p. 1148, conclusions JAGERSCHMIDT, S. 1892-3-17, Note HAURIOU, GAJA 2015, n° 5.

CE, 4 mars 1910, n° 29373, publié au recueil Lebon ; PICHAT Georges, conclusions sous CE, 4 mars 1910, Théron, S. 1911.III.17, La jurisprudence administrative, T. 3, p. 679-689.

CE, 31 Juillet 1912, n° 30701, Société des granits porphyroïdes des Vosges.

CE, 26 janvier 1923, De Robert Lafrégeyre, cf. Guettier Christophe, droit des contrats administratifs, PUF, Paris 2004, 3^e éd. p. 104-105.

CE, 13 octobre 1961, Etablissements Campanon-Rey, n° 44689, cette jurisprudence a été approuvée et généralisée par le

CE, 3 mars 1989, Sté AREA, Rec., p. 69, concl. E. Guillaume ; Obs Y. Gaudemet, *Rev. arb.*, *Rev. arb.*, 1989.215 et *Rev. / arb.*, 1992.279, obs. Y. Gaudemet ; *AJDA*, 1989, II, 361, note J. Dufau ; *RFDA*, 1989.620, note B. PACTEAU ; *JCP*, 1989, II, 21323, note P. LEVEL. V. ég. D. FOUSSARD, « Le juge administratif et l'arbitrage (Remarques à propos de l'arrêt ARE A du 3 mars 1989) », *Rev. arb.*, 1989.167. Pour une présentation complète : P. DELVOLVE, « L'arbitrage en droit public français », in *L'arbitrage en droit I public*, sous la dir. de D. RENDERS, P. DELVOLVE et Th. TANQUEREL, Bruylant, 2010, p. 189-226.

CE, 23 déc. 2015, n° 376018, Société Broadband Pacifique ;

Cour d'appel :

CA Paris, 13 juin 1996, *Sté Kuwait Foreign Trading Contracting and Investment c. Sté Icori Estero Spa/Sté Lombardini Estero Spa* ; note E. GAILLARD, *Rev. arb.*, 1997, p. 251; note E. LOQUIN, *JDI (Clunet)*, 1997, p. 151.

CA Orléans, 27 décembre 2001, *RJDA*, 12/2002, n° 1342.

Articles :

A :

ALPA Guido, « Le Code de commerce et l'Italie : Quelques réflexions sur l'histoire et les perspectives du droit commercial », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 59, n° 2, 2000, p. 239-240.

ALPA Guido, « Table ronde : Quelle politique juridique pour le Cadre commun de référence ? », *RDC*, 01/04/2009, n° 2, p. 826. AMSELEK Paul, « Brèves réflexions sur la notion de "sources du droit" », *APD*, T. 27, 1982, p. 251-258.

ANSELME-MARTIN Olivier, « Etude critique du devoir d'exécuter les conventions de bonne foi », *Les Petites affiches*, 22/01/1997, n° 10, p. 17.

ARMAND-PRÉVOST Michel, *Fonctionnement et enjeux des tribunaux de commerce au cours des XIXe et XXe siècles*, « *Histoire de la justice* », 2007, n° 17, p. 129-144.

ARCHAMBAULT Laurent, « Le juge judiciaire, troisième partie au contrat ? », *Gaz. Pal.* 9 mai 2017, n° 293q9, p. 18

AUBERT DE VINCELLES Carole, « Nouvelle directive sur la conformité dans la vente entre professionnel et consommateur - À propos de la directive 2019/771/UE du 20 mai 2019 », *La Semaine Juridique*, n° 28, 2019, p. 1338-1342.

AUDIT Mathias, « L'arbitrabilité des litiges impliquant une personne publique française dans le nouveau contexte des affaires INSERM et Ryanair (SMAC) », *CAPJIA*, n° 2, 2015, p. 235.

AYNES Laurent, « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », *RDC*, 2016, n° 112z2, p. 14.

AYNES Laurent, « La cause, inutile et dangereuse », *Dr. et patr.*, n° 240, oct. 2014.

AYNES Laurent, « l'imprévision en droit privé », Revue de jurisprudence commerciale, septembre- octobre 2005, n° 5, p. 1.

B :

BARBIER Hugo, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », RTD civ., 2016, p. 247.

BARRAUD Boris, « Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit », RRJ., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2017, p. 1499-1535.

BARRAUD Boris, « La science du droit parmi les sciences sociales : la tradition de l'autonomie et la tentation de l'ouverture », RRJ., Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 27.

BARRAUD Boris, « Recherche macro-juridique et recherche micro-juridique », RRJ, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2017.

BARTHELEMY Jacques, CETTE Gilbert, « Réforme du droit social et efficacité économique », Revue française d'économie, Vol. 23, n° 2, 2008, p. 57-88.

BEHAR-TOUCHAIS Martine, « La nouvelle rupture brutale des relations commerciales établies », RDC, 2019, n° 04, p. 45.

BENCHENEB Ali, COURDIER-CUISINIER Anne-Sylvie, JACOTOT David, JOURDAIN-FORTIER Clotilde, LOQUIN Éric et MANCIAUX Sébastien, « Ecole de Nice / école de Dijon - Contribution du CREDIMI », Revue internationale de droit économique, De Boeck Supérieur, 2013/4, p. 459-473.

BERGMANS Bernhard, « Essai de systématisation nouvelle des contrats de droit privé. Contribution à une théorie générale des contrats », RRJ., 1990.

BERNARD Alain, « La réforme des tribunaux de commerce : remises en ordre », D., 1999, Chron., p. 403-407.

BEZERT Adrien, « L'analyse économique du droit au secours du droit des sûretés et du droit des procédures collectives », D, 2014, p. 289.

BIENVENU Jean-Jacques, « actes juridiques et classification », Revue Droits, 1998.

BIZARD Agnès, DE KERSAUSON Quirec, « Le Conseil d'État bâtit sa jurisprudence en matière d'arbitrage », *Lextenso*, CAPJIA, 2016, n° 2, p. 429.

BONFILS Philippe, *L'autonomie du droit pénal des mineurs français.*, L'Université de Chuo, Tokyo (Japon), Jul 2016, Tokyo, Japon. {hal-01467522}.

BORGHETTI Jean-Sébastien, « Fixation et révision du prix », *RDC*, 2018, n° 115g8.

BOUDON Julien, « Les projets de code civil “ de Cambacérès ” et le thème de l'imitation de la nature (1793-1804) », *Droits*, 2004/1, n° 39, p. 91-106.

BOUTHINON-DUMAS Hugues, « Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision », *RID éco.* 2001/3, p. 339-373.

BOWDEN J. J., « Federal income tax consequences under typical farm-out agreements », *Natural resources journal*, 1964, Vol. 3, p. 471.

BÖCKSTIEGEL Karl-Heinz, *Les règles de droit applicables aux arbitrages commerciaux internationaux concernant des États ou des entreprises contrôlées par l'État*, in *Arbitrage international, 60 ans après : regard sur l'avenir*, Publication CCI, Paris 1984, p. 127-190, spéc. p. 178.

BRETON André, « Des effets civils de la bonne foi », [1926] *Revue critique* 86;

BROUSSEAU Éric, FARES M'hand, « Règles de droit et inexécution du contrat. L'apport de la théorie économique des contrats au droit comparé », *Revue d'économie politique*, Vol. 112, n° 6, 2002, p. 823-844.

BROUSSEAU Eric, GLACHANT Jean-Michel, « Introduction : Économie des contrats et renouvellements de l'analyse économique », *Revue d'économie industrielle*, Vol. 92, 2^e et 3^e trimestres 2000., p. 23-50.

C :

CABRILLAC Rémy, « Le projet de réforme du droit des contrat- Premières impressions I », *JCP G*, 2008, n° 40.

CALAIS-AULOY Jean, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.*, 1994, p. 239.

CAMILLE Chaserant « Les fondements incomplets de l'incomplétude. Une revue critique de la théorie des contrats incomplets », *Actualité Economique*, Ecole des Hautes Etudes Commerciales, 2007, 83 (2), p. 227-253.

CARTIER-MARRAUD et AKYUREK, « Crise économique et révision des contrats. Une approche pratique des règles applicables », *Gaz. Pal.*, 16 juin 2009, p. 2.

CARTWRIGHT John, « Un regard anglais sur les forces et faiblesses du droit français des contrats », *RDC*, 01/09/2015, n° 03, p. 691.

CASTETS-RENARD Céline, HATANO Hiroki, « L'influence des PDEC sur les projets de réforme des droits français et japonais des contrats », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 62, n° 3, 2010, p. 713-738.

CATALA P., « Au-delà du bicentenaire », *RDC* 2004, n° 4, p. 1145.

CAVALIÉ Bruno, « Le projet de réforme du droit des contrats face à la crise. Quel avenir pour la théorie de l'imprévision ? », *RLDC*, 2009/62, p. 53.

CHANTEPIE Gaël, « La rupture des contrats d'affaires (2) : la gestion contractuelle de la rupture », *AJ Contrat*, Dalloz, 2016, p. 130.

CHAPPE Nathalie, « L'analyse économique d'un mode de résolution des litiges : l'arbitrage », *Revue française d'économie*, Vol. 15, n° 4, 2001. p. 187-208.

CHAPUT Yves, « Rapport de synthèse et de propositions, in les tribunaux de commerce, quelles réformes? », *Colloque du 22 octobre 1998*, *RJ com.*, décembre 1998, p. 51.

CHARPENTIER Élise, « Le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, n° 26, 1996, p. 307-308.

CHATAIN Antoine, LATASTE Stéphane, « Le rôle du juge dans la réforme du droit des contrats », *Gaz. Pal.*, 2016, n° 41, p. 12.

CHAZAL Pascal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2003, p. 280.

CHEVALLIER Jacques, « L'obligation en droit public », *APD*, Dalloz, 2000, T. 44, p. 179-194.

COHET-CORDEY Frédérique, MAURIN Agnès, « Crédit-bail et imprévision », AJDI, 2004, p.127.

D :

DABIN Jean, « La notion du droit naturel et la pensée juridique contemporaine », Revue néo-scholastique de philosophie, 30^e année, Deuxième série, n° 20, 1928, p. 418-461.

DEFFAINS Bruno, FERREY Samuel, « Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats », RTD Civ., 2010, p.719.

DENIS Philippe, « Renégociation du contrat en cas de changement de circonstances dans la vente internationale », RDC, 01/07/2011, n° 3, p. 963.

DEPREZ Jean, « La lésion dans les contrats aléatoires », RTD civ., 1955, p. 1, n° 3.

DESHAYES Olivier, « Les directives d'interprétation du Code civil : la cohérence des textes », RDC 2015, n° 1, p. 159.

DEUMIER Pascale, « La *lex mercatoria* entre ordre et désordre », Écrits rédigés en l'honneur de J. Foyer, Economica, 2008, p. 305.

De SAINTE MARIE Anne Etienney, « L'interprétation créatrice : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », RDC, 2015, n° 1, p. 166.

DOUET Frédéric, « L'autonomie du droit fiscal ou les qualifications fiscales perfides, la revue du notariat », Defrénois, 2005, n° 19, p. 1479.

DOUTEAUD Stéphanie, « Le contenu législatif de l'ordre public contractuel », RDC, 2020, n° 116, T.5, p. 144.

DREUILLE Jean-François, « La justice pénale des mineurs : vers quelle autonomie ? La justice des mineurs en Europe : une question de spécialité », Oct. 2009, Lyon, France. (hal-01661100).

DUPICHOT Philippe, « Les principes directeurs du droit français des contrats 1 », RDC, 01/01/2013, n° 1.

DUPICHOT Philippe, « L'efficacité économique du droit des sûretés personnelles, LPA, Lextenso, 2010, n° 74, p. 3.

DURAND Philippe, « Autonomie et contradictions du droit fiscal, La Revue administrative », 1994, 47^e Année, n° 279, p. 252-255.

DUVERGER Maurice, « Essai sur l'autonomie du droit professionnel », Dr. soc., 1944, p. 276.

D'URSEL Laurent, « L'analyse économique du droit des contrats, Revue interdisciplinaire d'études juridiques », L'Université Saint-Louis, Bruxelles, 1985, Vol. 14, p. 45-88.

E :

EID Isabelle, « Les enjeux de la réforme du code civil et ses innovations », Dalloz IP/IT, 2016, p. 245.

EISENMANN Charles, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications », APD, La logique et le droit, 1996, p. 36.

ESPINAS Georges, « La Société d'Ancien Régime : la situation corporative », in: Mélanges d'histoire sociale, n° 5, 1944, p. 94-99.

ETIENNEY DE SAINTE MARIE Anne, « Les principes, les directives et les clauses relatives à l'interprétation », RDC ,2016, n° 1, p. 384.

ETIENNEY DE SAINTE MARIE Anne, « L'interprétation créatrice : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », RDC, 31/03/2015, n° 01, p.166.

F :

FABRE-MAGNAN Muriel, « Avantages ou inconvénients des principes directeurs ? », RDC, 01/10/2012, n° 4.

FAGES Bertrand, « L'évident principe de bonne foi dans les relations précontractuelles », RTD civ., 2013 p. 109.

FRANESKAKIS Phocion, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et sur leurs rapports avec les règles des conflits de lois », RCD IP, 1966, p. 1-18.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Le changement de circonstances », RDC, -

01/01/2004, n° 1, p. 67.

Fauvarque-Cosson Bénédicte, « Les nouvelles règles du Code civil relatives à l'interprétation des contrats : perspective comparatiste et internationale », RDC, 01/06/2017, n° 02, p. 363.

Fauvarque-Cosson Bénédicte, « L'interprétation du contrat : observations comparatives », RDC, 01/04/2007, n° 2, p. 481.

Fauvarque-Cosson Bénédicte, Mazeaud Denis, « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel, LPA, 24/07/2006, n° 146, p. 3.

Fauvarque-Cosson Bénédicte, « Renégociation et révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances : l'interprétation audacieuse de la CVIM par la Cour de cassation belge », RDC, 01/10/2010, n° 4, p. 1405.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, BEHAR-TOUCHAIS Martine, JACQUEMIN Zoé, « Droit commun européen de la vente : l'unité sans l'uniformisation », RDC, 01/01/2012, n° 1, p. 191.

FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Clauses limitatives de réparation entre professionnels : étude de droit comparé », RDC, 2013, n° 2, p. 67.

FEREY Samuel, DEFFAINS Bruno, « Théorie économique de l'imprévision », RTD civ., 2010, p. 719.

FORT François-Xavier, « Les aspects administratifs de la liberté contractuelle », Rev. Droit public, Vol. 1, p. 30.

FOURGOUX Jean-Louis, « La rupture des contrats d'affaires : résiliation et résolution du contrat », AJCA, 2016, p. 127.

FOURGOUX Jean-Louis, « La clause de révision de prix dans les contrats d'affaires », AJCA, 2014, p. 24.

FRETEL Anne, « Éditorial. La réforme du droit du travail : le nouvel impératif économique », Revue Française de Socio-Économie, Vol. 16, n° 1, 2016, p. 5-18.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse

économique du droit », in *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, Chaire Régulation / Cour de cassation, numéro spécial des Petites Affiches, 19 mai 2005, p. 15-22.

G :

GABUTHY Yannick, « Analyse économique du droit : présentation générale, La Documentation française », *Economie & prévision*, 2013/1, n° 202-203, p. I-VIII.

GAILLARD Emmanuel, « Trente ans de *lex mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *JDI*, 1995, p. 5.

GERMAIN Michel, « Les tribunaux de commerce entre passé et avenir », *Dr. et patr.*, octobre 1997, p. 38.

GARNIER Florent, « De la coutume et des usages dans la doctrine commerciale française à la fin XIXe siècle et au début XXe siècle », *Quaderni Fiorentini*, XLI, 2012, p. 299-327.

GHESTIN, « Observations sur le projet de réforme du droit des contrats », *LPA*, 12 février 2009, p. 30.

GRIGERA NAON Horacio A., « Les Contrats d'État : Quelques Réflexions », in *Les États dans le Contentieux Economique International*, Paris, 24 janvier 2003 ; *Revue de l'arbitrage*, 2003, n° 3, p. 667-690.

Grimaldi Cyril, « La valeur normative des directives d'interprétation », *Revue des contrats*, 31/03/2015, n° 01, p. 154.

Grimaldi Cyril, « Paradoxes autour de l'interprétation des contrats », *Revue des contrats*, 01/04/2008, n° 2, p. 207.

GRIMALDI Cyril, « La fixation du prix », *RDC*, 2017, n° 114q4, p. 558.

GOLDMAN B., « Frontières du droit et *lex mercatoria* », *Archives de Philosophie du Droit (APD)*, T. IX, 1964, p. 177-192.

Goldman B., « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalités et perspectives », *JDI*, 1979, p. 475.

Goldman B., « Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria* », in *Études de droit*

international en l'honneur de Pierre Lalive, Editions Helbing & Lichtenhahn, 1993, p. 241.

GOLDMANN Lucien, « La pensée des Lumières », *Annales. Economies, sociétés, civilisations*, 22^e année, n° 4, 1967, p. 752-779.

Gordon Smith, Brayden G. King, *Contracts as Organizations*, 51 *ARIZ. L. REV.* 1 (2009) (published with commentary by Robert P. Bartlett, III and Anna Gelpern), p. 15-19.

GOUBINAT Marine, « L'édiction des principes généraux, quel intérêt? », *LPA*, 24/12/2013, n° 256, p. 23

GROS Frédéric. « L'exigence de justice, ou la loi comme fondement ? », *Cah. just.*, Dalloz, 2013, Vol. 3, n° 3, p. 111-115.

GROß Dominik, KLEINSCHMIDT Jens, « La réforme du droit des contrats : perspective allemande sur la balance délicate entre liberté contractuelle et pouvoirs du juge », *RDC*, 01/09/2015, n° 03, p. 674.

GUIGOU Élisabeth et STRAUSS-KAHN Dominique, « La réforme de la justice commerciale », *JCP*, 1998, *Actu.*, p. 1893.

GUILLEMARD Sylvette, « Qualification juridique de la négociation d'un contrat et nature de l'obligation de bonne foi », *Revue générale de droit*, 1993, V° 25, n° 1, p. 49–82.

GUTZWILLER Max, « Le développement historique du droit international privé », *RCADI*, 1929, p. 296-297.

H :

HATEM Fabrice, « Attractivité : de quoi parlons-nous ? », *Revue Pouvoirs locaux*, 2004, 2^e trimestre, n° 61.

HAUSER Jean, « Le juge et la loi », *Revue Pouvoirs (revue française d'études constitutionnelles et politiques)*, 2005, n° 114, p. 139-153.

HEINICH Julia, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », *RDC*, 2018. 521, *Rev. soc.*, 2018.

HEUZE Vincent, « La notion de contrat en droit international privé », in *Droit international privé : travaux du Comité français de droit international privé*, 13^e année, 1995-1998, p. 319-344.

HOUSSARD Eugène, « L'économie du contrat », *Revue juridique de l'Ouest*, 2002, p. 7-65.

HYLTON Keith, DRAHOZAL Christopher, « The Economics of Litigation and Arbitration: An Application to Franchise Contracts », Boston Univ. School of Law, Working Paper n° 01-03.

J :

JACQUET Jean-Michel, « Contrat d'État ; Des contrats d'État aux contrats d'investissement : continuité et discontinuités », *JDI*, Janvier 2020, n° 1.

JAEGER Laurent, Les conséquences de la jurisprudence INSERM/SMAC sur la pratique de l'arbitrage, *CAPJIA*, n° 2, 2015, p. 253.

JAMIN Christophe, « Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du code civil », *Dr. et patr.*, 1998, n° 58, p. 46.

JUHARD Jean Luc, « Le contrat bouleversé par la crise : vers un droit à la renégociation », *RLDC*, 2009/58, p. 4.

JUTRAS Daniel, « La bonne foi, l'imprévision, et le rapport entre le général et le particulier », *RTD Civ.* 2017, p.138.

K :

KAHN, Philippe, « L'interprétation des contrats internationaux », *Journal de droit international (Clunet)*, 1981, p. 5.

KAMTO Maurice, « La notion de contrat d'État : Une contribution au débat », *Rev. arb.*, n° 3, 2003, p. 719-751.

KELSEN Hans, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? » (1953), *Droit et société* 1992, p. 567-568.

KENDOR P. Jones, « something old, something new: the evolving farmout agreement », *Washburn Law Journal*, January 2014, p. 5.

Kocher Violaine, « L'intervention du juge dans le contrat », *RDC*, 01/01/2013, n° 1, p.

235.

KOLEVA Kalina, MONNIER Jean-Marie, « La représentation de l'impôt dans l'analyse économique de l'impôt et dans l'économie des dispositifs fiscaux », *Revue économique*, Vol. 60, n° 1, 2009, p. 33-57.

L :

LAAZOUZI Malik, « Le contentieux étatique et arbitral des contrats administratifs internationaux : quelles interactions ? », *CAPJIA*, n° 2, 2015, p. 217.

LADRIERE J., « Le rôle de l'interprétation en sciences, en philosophie et en théologie », *Science, philosophie, foi, Archives de l'institut international de sciences théoriques*, n° 19, Bruxelles, 1974, p. 213-243.

LAGARDE Xavier, « Propos pragmatiques sur la dispersion du contentieux économique », *D.*, 2005, p. 82.

LAGARDE Xavier, « Le droit français à l'épreuve de la mondialisation », *Revue Sociétal (institut de l'entreprise)*, n° 35, 1^{er} trimestre, 2002, p. 88-92.

LAGARDE Xavier, « Brèves réflexions sur l'attractivité économique du droit français des contrats », *D.*, 2005, p. 2745.

LAITHIER Yves-Marie, « A propos de la réception du contrat relationnel en droit français », *D.*, 2006, p.1003.

LAITHIER Yves-Marie, « Les principes directeurs du droit des contrats en droit comparé », *RDC*, 01/01/2013, n° 1, p. 410.

LANDO Ole, « La contribution française au droit européen du contrat », *RDC*, 01/04/2009, n° 2, p. 729.

LAURIN Yves, « L'enjeu européen d'un bicentenaire », *D.*, 2004, n° 1, p. 883.

LEBEN Charles, « L'évolution de la notion de contrat d'État », *Rev. arb.*, 2003, p. 629-686.

LEFEBVRE Brigitte, « La bonne foi : notion protéiforme », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, n° 26, 1996, p. 323-324.

LEFEBVRE Guy, « Bonne Foi dans la Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises », Revue Juridique Thémis 27, 1993, n° 2, p. 561-580.

LEHOT Mireille, « Propositions pour une rénovation de la théorie générale des sources du droit », RRJ, 2003, p. 2354.

LEMAIRE Hugues, « Droit français et principes du droit européen du contrat », LPA, 07/05/2004, n° 92, p. 38.

LEQUETTE Yves, « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », RDC, 01/09/2015, n° 03, p. 616.

LEROY Yann, « La notion d'effectivité du droit », Rev. Droit et société, 2011/3, n° 79, p. 715-732.

LE GAC-PECH Sophie, « Principes généraux et droit prospectif », LPA, 24/06/2011, n° 125, p. 4.

Le Bot Olivier, La procédure devant le juge administratif en matière d'arbitrage : quel contrôle ? quelle procédure ? », CAPJIA, 2015, n° 2, p. 243.

LOQUIN Éric, « Où en est la *lex mercatoria*? », in Mélanges Ph. Kahn, L'Université de Bourgogne, CNRS, Litec, 2001, p. 23.

LOQUIN Éric, « Les rapports avec la *lex mercatoria* », in « La Commission des Nations unies pour le droit commercial international, À propos de 35 ans d'activité, LPA n° 252, 18 déc. 2003, p. 63.

LOMBARD Frédéric, « Arbitrage et droit administratif : une incompatibilité de principe ? », CAPJIA, 2015, n° 2, p. 209.

LYON-CAEN Gérard, « De l'évolution de la notion de bonne foi », Rev. trim. dr. civ., 1946, p. 75.

LYONNET Bernard, « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », Gaz. Pal., 2000, n° 340, p.15.

M :

MAGENDIE Jean-Claude, « Pour une justice commerciale rénovée et réhabilitée »,

JCP, 2014, n° 6, p. 292.

MALLET-BRICOUT Blandine, « 2016 ou l'année de la réforme du droit des contrats », RTD civ., 2016, p. 463.

MARCHADIER Fabien, « Interprétation du contrat, liberté contractuelle et renonciation à certains aspects du droit au juge », RDC, 01/03/2017, n° 01, p.147.

MARKESINIS Basil S., « La notion de *consideration* dans la *Common Law*. Vieux problèmes : nouvelles théories », RIDC, 1983, n° 4, p. 735-766.

MARTIAL-BRAZ Nathalie, « L'objectivation des méthodes d'interprétation : la référence à la personne raisonnable et l'interprétation *in favorem* », RDC, 2015, n° 1, p. 193.

MAZEAUD Denis, « La révision du contrat », RDC, 30/06/2005, n° 129, p. 4.

Mazeaud Denis, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », RDC, 31/03/2015, n° 01, p. 187.

Mazeaud Denis, « Principe de cohérence », RDC, 01/07/2009, n° 3, p. 999.

MAZEAUD Denis, « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet », D., 2008, p. 2675.

MAZEAUD Denis, Pour que survive la cause, en dépit de la réforme, Dr. et patr., n° 240, oct. 2014.

MATTER Michel, « Le Code Théodosien, de Constantin à Théodose II (312-450) », Revue d'histoire et de philosophie religieuses, 91^e année n° 2, Avril-Juin, 2011, p. 199-224.

MEKKI Mustapha, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », D., 2015, p. 816.

MEKKI Mustapha, « Les doctrines sur l'efficacité du contrat en période de crise », RDC, 01/01/2010, n° 1, p. 383.

MESTRE Jacques, « Une bonne foi franchement conquérante ... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat ! », RTD civ., 1993 p. 124.

MESTRE Jacques, « Le bonheur contractuel ! », AJCA, 2016, p. 105.

MÉMETEAU G., « La guerre de sécession n'aura pas lieu ou la question des frontières et de l'autonomie du droit médical, ou, plus simplement, introduction à un cours de droit

médical », RRJ, 1995, p. 743.

MILLEVILLE Sébastien, « L'interprétation des contrats dans la proposition de règlement relative au droit commun européen de la vente », LPA, 24/12/2013, n° 256, p. 35.

MONEGER Joël, « De l'ordonnance de Colbert de 1673 sur le commerce au code de commerce français de Septembre 2000 : Réflexion sur l'aptitude du droit économique et commercial à la codification », Revue internationale de droit économique, T. XVIII, 2, n° 2, 2004, p. 171-196.

MONEGER Joël, « Au croisement des droits : droit des contrats et de la preuve et droit des baux commerciaux : l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, les articles L. 145-1 s. du code de commerce et le bail commercial », RTD com., 2016, p. 427.

MOREAU-DAVID Jacqueline, « La coutume et l'usage en France de la rédaction officielle des coutumes au Code civil : les avatars de la norme coutumière », R.H.F.D., n° 18, 1997, p. 125-157.

MOURALIS Denis, Rapport de synthèse (l'arbitrage et le droit administratif), CAPJIA, n° 2, 2015, p. 277.

MOURY Jacques, « La détermination du prix dans le “ nouveau ” droit commun des contrats », D., 2016, p. 1013.

MOURY Jacques, « Retour sur le prix : le champ de l'article 1163, alinéa 2, du code civil », D., 2017, p. 1209.

MOUSSERON Jean-Marc, « *Lex mercatoria*, bonne mauvaise idée ou mauvaise bonne idée? », in Mélanges L. Boyer, Toulouse, PU sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 469.

N :

NOBLOT Cyril, « L'industrie législative : réflexions sur la marchandisation du droit contemporain », LPA, 16 janv. 2019, n° 141p6, p. 3.

O :

OUTIN-ADAM Anne, « Réforme du droit des contrats : entre nouvelle vague et dérive... des courants contraires », AJCA, 2015, p. 241.

P :

PAMBOUKIS Ch., « La *lex mercatoria* reconsidérée », in Mélanges P. Lagarde, Paris, Dalloz, 2005, p. 635.

PAULSSON Jan, « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage CCI », Rev. arb. 1990, p. 55.

PEDAMON M., « Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ? », RTD com., 1959, p. 335.

PELLIER Jean-Denis, « Réflexions sur l'imprévision dans le projet de réforme du droit des contrats (observations sur l'article 1196 du Projet de réforme) », LPA, 16 nov. 2015, n° PA201522805, p. 8.

PELLIER Jean-Denis, « Le droit de la consommation à l'ère du numérique », RDC déc. 2019, n° 116m5, p. 86.

PERELMAN Ch., « L'interprétation juridique », APD, T. XVII, 1972, p. 37.

PIEDELIEVRE Stéphane, « Vers un nouveau droit européen de la vente », Gaz. Pal., 2012, n° 12, p. 7.

PIMONT Sébastien, L'économie du contrat, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

RENOUX-ZAGAME Marie-France, « Domat : du jugement de dieu à l'esprit des lois », Rev. Le Débat, Gallimard, 1993/2, n° 74, p. 49-62.

R :

RENET Thierry, « L'uniformisation de l'interprétation : contrats types et contrats d'adhésion », RDC, 2015, n° 1, p. 199.

ROBINEAU Matthieu, « Le Code civil, l'aléa, le contrat d'assurance. Libres propos sur l'abrogation de l'article 1964 du Code civil », Bulletin Juridique Des Assurances, PJ Ventures, 2017.

ROBIN Guy, "Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux », *International Business Law Journal* 2005, n° 6, p. 695-728.

RODA Jean-Christophe, « Réflexions sur les objectifs du droit français de la concurrence », *D.*, 2018, p. 1504-1510.

ROME Félix, « Le droit des contrats à l'Assemblée nationale : du grand n'importe quoi ! », *D.*, 2011, p.1961.

RONTCHEVSKY Nicolas, « Les objectifs de la réforme : accessibilité et attractivité du droit français des contrats », *AJCA*, 2016, p. 112.

ROSCH Wolfgang, « La bonne foi est un principe général du commerce international que les parties ne peuvent ni exclure ni modifier », *D.*, 2000, p. 448.

ROUVIERE Frédéric, « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », *RDC*, 2016, n° 03, p. 600.

S :

SAVAUX Éric, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision—Rapport français », *RDC*, 01/07/2010, n° 3, p. 1057.

SELIC Jean-Pierre, « Ce que commerce veut dire », in *Communication et langages*, n° 138, 4^e trimestre 2003, Dossier : Sciences, médias et société.

STRICKLER Yves, *La protection de la partie faible en droit civil*, *LPA*, 2004, n° 213, p. 6.

STOFFEL-MUNCK, Philippe, « L'autonomie du droit contractuel de la consommation : d'une logique civiliste à une logique de régulation », *RTD civ.*, 2012, p. 705.

STOFFEL-MUNCK Philippe, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *Revue des contrats*, 01/04/2016, n° Hors-série, p. 30.

STROWEL Alain, « À la recherche de l'intérêt en économie. De l'utilitarisme à la science économique néo-classique », *Droit et intérêt*, Presses de l'Université Saint-Louis, Bruxelles, 1990, Vol. 1, p. 37-87.

STROWEL Alain, « Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit

Autour de Bentham et de Posner », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, L'Université Saint-Louis, Bruxelles, 1987, Vol. 18, p. 35.

SUEUR, Jean-Jacques. « Pour une autre analyse économique du droit », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, Vol. 68, n° 1, 2012, p. 107-144.

SUPIOT Alain, « État social et mondialisation : analyse juridique des solidarités », Leçon inaugurale au Collège de France, 29 nov. 2012.

SZRAMKIEWICZ R., « Les tribunaux de commerce. Une longue histoire de la justice économique », Revue Justices, n° 1, 1995, p. 7.

T :

TALLON Denis, « Les principes pour le droit européen du contrat : quelles perspectives pour la pratique ? », Revue du notariat, Defrénois, 15/06/2000, n° 11, p. 683.

TANGI Noël, « La notion de commerçant d'après les procédures de faillite devant les tribunaux de commerce de Bretagne au XIX^e siècle », Rev. Histoire de la justice, Vol. 17, 2007, n° 1.

TENENBAUM Aline, « La portée de l'harmonisation des directives en droit de la consommation – La proposition de statut de la fondation européenne », RDC, 01/07/2012, n° 3, p., 966.

TERRE François, OUTIN-ADAM Anne, « L'année d'un bicentenaire », D., 2004, n° 1, p. 12.

THIBIERGE Louis, « La réforme de la réforme du droit des obligations : (I) le contrat », Revue Dalloz, AJ Contrat, Juin 2018.

TOURNAFOND Olivier, « Les mauvais penchants de la réforme du droit des contrats », Dr. et patr., 2015, n° 247, p. 50.

TRICOT Daniel, « Le juge : le contrôle de dénaturation et la liberté de l'interprétation des conventions », RDC, 2015, n° 1, p. 149.

TRICOT Daniel, « La Bonne Foi dans les Principes d'Unidroit », Uniform Law Review, Vol. 22, n° 1, 2017, p. 116-121.

TROTABAS L., « Les rapports du droit fiscal et du droit privé », D.H., 1926, Chron.

p. 29.

U :

USUNIER Laurence, « L'attractivité internationale du droit français au lendemain de la réforme du droit des contrats, ou le législateur français à la poursuite d'une chimère (Doing Business 2017, Égalité des chances pour tous, Rapport de la Banque mondiale, 14^e éd., 25 oct. 2016) », RTD civ., 2017, p. 343.

USUNIER Laurence, « Le droit anglais de l'interprétation des contrats, entre convergence et Résistance », RDC, 01/10/2012, n° 4, p. 1372.

UTZSCHNEIDER Yann, RIVOLLIÉ Mickael, « La rédaction des contrats d'affaires à l'épreuve du déséquilibre significatif : Quelles difficultés ? Quels conseils ? », AJCA, 2014, p. 113.

V :

VASSEUR Emilie, BOUYSSOU Jacques, « Les juridictions commerciales internationales : expériences comparées, revue trimestrielle de l'Observateur de Bruxelles, dossier spécial », n° 114, octobre 2018, p. 10.

VOGEL Louis, « Le nouveau droit des contrats : obsolète et contre-productif », AJCA, 2016, p. 309.

W :

WITZ Claude, « Effets, interprétation et qualification du contrat », RDC, 01/01/2009, n° 1, p. 318.

WITZ Claude, « L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats, D., 2015, p. 2020.

Site internet

ETNER François, « ESSAI SUR LA NATURE DU COMMERCE EN GÉNÉRAL, Richard Cantillon - Fiche de lecture », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 24 janvier 2020. URL : <http://www.universalis-edu.com/budistant.univ-nantes.fr/encyclopedie/essai-sur-la-nature-du-commerce-en-general/>

DAVID René, DUPUY René-Jean, « Arbitrage, Droit », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 07 août 2019. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/arbitrage-droit/>.

DEFFAINS Bruno, « DROIT - Économie du droit », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 15 avril 2019. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/droit-economie-du-droit/>.

LATINA Mathis, L'attractivité du droit des contrats : la fonction de modèle, Le blog Dalloz dédié à la réforme du droit des obligations, 2015, <http://reforme-obligations.Dalloz.fr/2015/09/17/lattractivite-du-droit-des-contrats-la-fonction-de-modele/>

MAITROT Jean-Claude, « Impôt - Droit fiscal », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 17 juin 2020. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/impot-droit-fiscal/>.

MEKKI Mustapha, « La bonne foi dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations » du 23 octobre 2013, en ligne <https://mustaphamekki.openum.ca/files/sites/37/2015/09/Bonne-foi-Mekki.pdf>

NEMO Philippe, « HAYEK FRIEDRICH AUGUST VON - (1899-1992) », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 22 septembre 2019. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/friedrich-august-von-hayek/>

PERDRIOLLE Sylvie, « L'approche économique de la décision de justice du juge Richard A. Posner ». Ce document a été établi d'après l'intervention de Samuel Ferey lors du séminaire l'acte de juger : débats contemporains, organisé par Institut des Hautes Etudes Juridiques sur la Justice (IHEJ), en ligne : <https://ihej.org/seminaires/acte-de-juger-2016/lapproche-economique-de-la-decision-de-justice-du-juge-richard-a-posner/>.

PICOTTE Jacques, Juridictionnaire, recueil des difficultés et des ressources du

français juridique, réalisé par le Centre de Traduction et de Terminologie Juridiques (CTTJ), actualisé au 15 octobre 2018, Faculté de droit, L'Université de Moncton. URL : <https://academie-des-sciences-commerciales.org/>.

RAMPELBERG, René-Marie. La bonne foi contractuelle: D'un passe glorieux a un avenir contraste?. *Fundamina (Pretoria)* [online]. 2014, vol.20, n.2 [cited 2021-09-13], pp.777-789. Available from: <http://www.scielo.org.za/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1021-545X2014000200027&lng=en&nrm=iso>. ISSN 2411-7870SHAVELL, Steven, Economic Analysis of Contract Law (February 2003). Harvard Law and Economics Discussion, n° 403, p. 16-20.

SNOW Gérard, Normalisation du vocabulaire du droit des contrats : dossier de *consideration*, Le Centre de traduction et de terminologie juridiques (CTTJ), en ligne :

http://www.cttj.ca/Documents/droit_contrats/consideration_9B.pdf

SUELVES Yoan, La sanction de l'inexécution des contrats entre *Common Law* et *Civil Law*, et les principes Unidroit et ceux de droit européen des contrats : en ligne Disponible à <https://ssrn.com/abstract=382040> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.382040>.

<https://blogs.parisnanterre.fr/content/la-sanction-de-1%E2%80%99inex%C3%A9cution-des-contrats-entre-common-law-et-civil-law-et-les-principes-uni>

La communication de Robert Jacques-Henri, directeur de l'Institut de criminologie de l'Université de Paris-II, devant l'académie des sciences morales et politique, est d'une remarquable valeur, se permettant d'établir le lien entre le droit pénal et la criminologie, <https://www.canalacademie.com/ida2623-Criminologie-et-droit-penal.html>

<https://www.italaw.com/cases/767>; Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11.

<https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/>.

Le document de travail de Sénat, Étude de législation comparée n° 44, Les juridictions commerciales, 01/10/1998 : adresse du document : <http://www.senat.fr/lc/lc44/lc440.html>.

<https://www.locutio.net/encyclopedie/summa-divisio>; Tosi Renzo, Eco Umberto, Lenoir Rebecca (Traducteur), Dictionnaire des sentences latines et grecques.

Textes légaux et institutionnels et rapport

Textes légaux internes :

Code de commerce

Code civil

Code de consommation

Code de procédure civile

Code de la propriété intellectuelle

Code de l'organisation judiciaire

Code de l'organisation judiciaire

Code de justice administrative ;

Code des marchés publics

Code de justice administrative

L'ordonnance du 17 juin 2004, pour les partenariats de l'État ou des établissements publics nationaux,

Code général des collectivités territoriales

La loi relative aux modalités d'application des privatisations, n° 86-912 du 6 août 1986 parue au JO du 7 août 1986 (abrogée) ;

La loi de privatisation, n° 93-923 du 19 juillet 1993 parue au JO n° 166 du 21 juillet 1993 (abrogée)

L'Ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique (en vigueur).

L'avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, remis à la Chancellerie, le 26 juin 2017 par l'Association Henri Capitant,

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

Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, art.1.

Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, art. 6 : Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution.

Loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire

L'ordonnance n° 58-1273 du 22 décembre 1958 relative à l'organisation judiciaire

La loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la Justice, promulguée le 23 mars 2019

Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, J.O., n° 113,16 mai 2001.

L'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 (art. 4) portant refonte de la partie législative du code de l'organisation judiciaire (JO 9 juin).

L'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, art. 16.

Textes légaux internationales :

Directive 1999/44/CE du parlement européen et du conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation,

Directive (UE) 2019/771 du parlement européen et du conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE.

Directive (UE) 2019/770 du parlement européen et du conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques.

Règlement (UE), n° 1215/2012, du parlement européen et du conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en

matière civile et commerciale.

L'annexe de la LUVI, intitulé, loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, dans son article 7 dispose : La présente loi régit les ventes sans égard au caractère commercial ou civil des parties et des contrats.

Commentaire sur les Conventions de La Haye du 1^{er} de Juillet 1964 sur la vente internationale de marchandises et la formation du contrat de vente par M. André TUNC.

Commentaire sur le projet de convention sur les contrats de vente internationale de marchandises, établi par le secrétariat document a/conf. 97/5, Conférence Des Nations-Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises Vienne, 10 mars-11 avril 1980, Documents Officiels, Documents de la Conférence et comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances des commissions principales, p. 16.

CNUDCI, Précis de jurisprudence concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Édition 2012.

Le commentaire du Secrétariat sur l'article 2 du projet de 1978, [projet de contrepartie de l'article 2 de la CVIM], <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-02.html>.

Communication de la commission au conseil et au parlement européen concernant le droit européen des contrats,

Bruxelles, le 11.07.2001-COM (2001) 398 final.

Bruxelles, le 11.07.2001- COM (2001).

Bruxelles, le 12.2.2003-COM (2003) 68 final.

Bruxelles, le 11.10.2004-COM (2004) 651 final.

Bruxelles, le 23.9.2005-COM (2005) 456 final.

Bruxelles, le 25.7.2007-COM (2007) 447 final.

Bruxelles, le 11.10.2011- COM (2011) 635 final.

Livre vert de la Commission relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises, Bruxelles, le 1.7.2010 COM (2010)348 final. Le 21 décembre 1952, l'Assemblée Générale des Nations Unies, dans la résolution A/626 (VII).

Dix ans plus tard, le 14 décembre 1962, l'Assemblée Générale des Nations-Unies, dans la résolution 1803 intitulée « *Souveraineté permanente sur les ressources naturelles* ».

La Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises.

Les Principes Unidroit

La convention de Genève dite C.M.R. (Convention relative au contrat de transport international de Marchandise par Route).

La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 2 décembre 2004 et signée par la France le 17 janvier 2007.

La Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens.

Annuaire de la commission du droit international, 1983, Vol. II,

Annuaire de la commission du droit international, Vol. I.,

Collection de la CNUCED sur les questions des accords internationaux d'investissement, Contrat d'État, 2004.

Rapports

Rapport n° 22 (2017-2018) de M. François PILLET, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 octobre 2017 concernant le projet de loi 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.

Rapport d'information, déposé le 31 mai 2001 au sénat par BRAUN Gérard, l'Etude comparative portant sur la réforme de l'État à l'étranger, fait au nom de la commission des finances.

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 d'enquête sur l'organisation et le fonctionnement des tribunaux de commerce, Par De FOUCAULD Jean-Baptiste, BOCCON-GIBOD Didier, TISSOT Nicolas et par l'Inspection générale des finances et l'Inspection générale des services judiciaires, Juillet

1998.

Discours 13 octobre 2009 par Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'État, L'arbitrage et les personnes morales de droit public, Colloque du 30 septembre 2009 organisé par la Chambre Nationale pour l'Arbitrage Privé et Public, Conseil d'État.

Rapport de la commission constituée par le garde des sceaux, ministre de la justice et par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, La mixité dans les juridictions commerciales, 2 Avril 1999.

Rapport au Président de la République du 18 septembre 2000 relatif à l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du code de commerce.

Rapport de l'Assemblée nationale n° 1038, XIe législature, Les tribunaux de commerce : une justice en faillite ?, au nom de la commission d'enquête sur l'activité et le fonctionnement des tribunaux de commerce par les députés François COLCOMBET et Arnaud MONTEBOURG, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale, 2 juill. 1998. –

Rapport d'enquête n° 98 M 019 01, sur l'organisation et le fonctionnement des tribunaux de commerce établi par des membres de l'Inspection générale des finances, ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, juill. 1998.

Rapport n° 2912 fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi n° 2545 portant réforme des tribunaux de commerce, par le député François COLCOMBET, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale, 1er févr. 2001.

Rapport n° 178, 2001-2002, fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale, portant réforme des tribunaux de commerce, par le sénateur Paul GIROD, annexé au procès-verbal de la séance du Sénat, 23 janv. 2002.

Rapport parlementaire d'information sur le rôle de la justice commerciale déposé à l'Assemblée nationale, 24 avr. 2013.

Rapport n° 257 (2000-2001) de M. Philippe MARINI, fait au nom de la commission des finances, déposé le 5 avril 2001, p. 143.

Rapport A.N. n° 1038, XIe législature, Les tribunaux de commerce : une justice en faillite ?, au nom de la commission d'enquête sur l'activité et le fonctionnement des tribunaux de commerce par les députés François COLCOMBET et Arnaud MONTEBOURG, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale, 2 juill. 1998.

Rapports de Doing business 2017-2020: Rapports préparés par la Direction de la Vice-Présidence de l'économie du développement (DEC), Groupe de la Banque mondiale

Rapport aux Consuls de la République par le ministre de l'Intérieur, le 13 frimaire an X, in projet de code de commerce présenté par la commission nommée par le gouvernement, Paris, imprimerie de la République, frimaire X, p.V et Lorcé, législation, tome XVII, p.4 (Paschel Philippe, la portée de la codification dans l'histoire du droit commercial français, Thèse, Paris II, 1993, p. 28).

Tables des matières

Introduction :	1
Première partie : La notion du contrat commercial	25
Titre I : La nécessité de l'autonomie du contrat commercial	27
Chapitre I : La présentation historique et juridique du concept de contrat commercial	29
Section 1 : L'origine de l'expression « contrat commercial »	30
§1) La terminologie du contrat commercial	30
A) Le sens du mot « commerce »	30
B) Le contrat commercial ou le contrat d'affaires	32
§2) La commercialité du contrat, un concept quasi délaissé	34
A) La subsidiarité du contrat commercial	35
B) La primauté du contrat commercial	36
a) Le contexte de rédaction du code civil et du code de commerce :	36
b) L'acte de commerce :	40
C) La difficulté liée à la codification des régimes des contrats commerciaux.	46
Section 2 : Le concept de contrat commercial en droit positif	47
§1) La définition légale de commercialité en matière contractuelle / L'étude de l'adjectif commercial dans certain contrat :	48
A) les contrats comportant manifestement l'adjectif commercial/ Les contrats explicitement commerciaux	48
B) les contrats de nature commercial sans l'adjectif « commercial » apparente/ les contrats de nature commercial non explicite	53
§2) Définition doctrinale et jurisprudentielle du contrat commercial	55
A) Le contrat commercial en droit interne	55

a) Définition doctrinale en droit commercial :	56
b) L'étude doctrinale des contrats spéciaux.....	62
B) Le contrat commercial en droit international	67
a) Le contrat commercial dans les instruments internationaux	67
b) La définition doctrinale et jurisprudentielle La terminologie présentée par les auteurs	69
Chapitre II : L'autonomie du contrat commercial	75
Section 1 : Les conséquences de l'absence de l'autonomie du contrat commercial	76
§1) Le contrat d'État.....	77
A) La définition du contrat d'État	78
a) L'activité commerciale de l'État déterminant le contrat d'État.....	81
b) Le développement économique, un critère qui singularise le contrat d'État	83
B) Le régime juridique du contrat d'État.....	84
a) Le régime juridique du contrat d'État, variant de la qualité du cocontractant.....	84
b) Le régime juridique d'État, une variante de la nature contractuelle	87
§2) Le caractère commercial en droit public	90
A) La raison historique de la naissance de contrat administratif	91
B) Les critères de qualification d'un contrat administratif.....	93
§ 3) La notion de commercialité en contrat d'arbitrage	98
A) En arbitrage interne	99
B) En arbitrage commercial international.....	101
Section 2 : Les différents aspects de l'autonomie du contrat commercial	108
§1) Le domaine de l'autonomie du contrat commercial.....	112
A) L'autonomie du contrat commercial et les sciences humaines.....	114

B) L'autonomie du contrat commercial par rapport aux branches juridiques	115
a) Du point de vue du droit commercial :	115
b) Du point de vue du droit civil :	117
§2) Les critères de l'autonomie du contrat commercial	118
A) Les critères substantiels de l'autonomie	119
B) Les critères formels de l'autonomie	129
Titre II : Les fondements de la définition du contrat commercial autonome	133
Chapitre I : Les fondements de la nécessité du contrat commercial autonome	135
Section 1 : Les fondement juridique du contrat commercial autonome : La constitution 1958...	137
Section 2 : Les fondements ultra-juridiques de la distinction du contrat civil du contrat commercial	142
§1) Un contexte historique et juridique favorable au contrat commercial autonome	142
A) L'évolution du contrat avant 1950 : le commerce international catalyseur du régime juridique de contrat	143
B) L'époque contemporaine et la genèse de l'expansion du phénomène contractuel	148
a) La liberté de commerce	149
b) La mondialisation du droit	150
c) Privatisation de l'économie	152
§2) Preuves rationnelles de la distinction de la distinction du contrat commercial du contrat civil	155
A) Le commerce international : prôné par des instruments macro-juridiques	155
B) L'incomplétude des instruments micro-juridiques favorable au commerce (international)	157
§3) L'analyse économique du droit favorable à un contrat commercial	

autonome/ La confirmation de la distinction du contrat civil du contrat commercial à l'épreuve de l'analyse économique du droit.....	159
A) Aperçu du contrat dans l'analyse économique du droit.....	162
B) Recommandations de l'analyse économique du droit en matière contractuelle.....	170
a) Promesses faisant l'objet d'une obligation	172
b) Remèdes à l'inexécution des obligations contractuelles	175
c) Révision du contrat commercial.....	177
d) Recours à l'arbitrage privé.....	179
C) L'acceptation des résultats de l'analyse économique de droit dans le droit français/ l'adaptation des enseignements de l'analyse économique de droit en droit français : la distinction du contrat commercial du contrat civil.....	181
Chapitre II : Le concept de contrat commercial autonome ; L'essai d'une définition autonome du contrat commercial.....	187
Section préliminaire : Comment définir un concept ?.....	189
§1) Les éléments pertinents d'une définition.....	190
A) Le concept.....	190
B) La propriété essentielle	190
C) L'extension	191
§2 : La classification et la distinction : les procédés de l'emplacement d'un concept parmi les autres	193
A) La classification.....	193
B) La distinction.....	195
Section 1 : La définition du contrat commercial autonome	196
§1) La définition du contrat	197
A) La convention	199
a) Avant la réforme :	200

b) Après la réforme :	203
B) L'obligation	206
a) L'obligation en droit romain	207
b) Le code Napoléon avant et après la réforme	209
§2) La définition de l'adjectif commercial : le but des contractants, la propriété essentielle définissant le contrat commercial	213
A) La cause (le but), élément constitutif du contrat commercial	214
a) La cause avant la réforme du droit des contrats	215
b) La cause après la réforme.....	220
B) La qualité commerciale des contractants, un indice révélateur du but des contractants.....	221
Section 2 : La définition du contrat commercial et la théorie générale du contrat.....	222
§1) Comment classifier ?.....	223
§2) L'articulation du contrat commercial autonome et la théorie générale des contrats	228
§3) L'articulation du contrat commercial autonome et la théorie générale des contrats spéciaux.....	231
Deuxième partie :.....	239
Les conséquences de la distinction entre contrat commercial et contrat civil	239
Titre I : les conséquences de la distinction en droit interne	241
Chapitre I : La reconnaissance d'un régime juridique autonome pour le contrat commercial	243
Section 1 : L'interprétation commercialiste des principes utilisés par les contractants	247
§1) La formation du contrat, multiples modalités pour la conclusion du contrat commercial	247
A) Les modalités de la conclusion du contrat	248
a) Les modalités de la manifestation de l'offre.....	249
b) Les modalités de la manifestation de l'acceptation	251
c) Les modalités de la manifestation du consentement	252

B) Le contenu du contrat	254
a) La possibilité d'un contenu du contrat incertain.....	254
b) Les clauses contractuelles et l'équilibre contractuel.....	257
c) La possibilité d'un prix indéterminé	260
C) La cause du contrat	264
§2) L'effet relatif du contrat.....	267
§ 3) Dommage et intérêt, une sanction favorite de l'inexécution du contrat commercial	274
A) La sanction de l'inexécution dans les instruments internationaux	276
B) La sanction en droit interne	279
§4) La rupture du contrat commercial	282
Section2 : L'interprétation commercialiste des principes appliqués par le juge.....	284
§ 1) La qualification d'un contrat commercial, une entrave à la liberté contractuelle	285
§ 2) l'intervention du juge, une entrave à l'autonomie de la volonté.....	290
A) L'intervention légale	291
B) L'intervention judiciaire.....	292
a) L'intervention du juge dans le contenu du contrat	294
b) L'intervention du juge à l'occasion de l'interprétation du contrat...	304
§ 3) La portée réduite du principe de bonne foi dans le contrat commercial .	311
A) L'articulation entre le principe de la bonne foi et le contrat	312
a) La notion imprécise de bonne foi	312
b) La fonction de la bonne foi	313
B) L'évolution du concept de la bonne foi.....	314
C) L'analyse des solutions	317

Chapitre II : La compétence exclusive du tribunal de commerce pour le contrat commercial autonome	325
Section 1 : La compétence matérielle des tribunaux de commerce	329
A) Les raisons de la confusion de la compétence des tribunaux de commerce en matière contractuelle	330
a) Les causes formelles entraînant la confusion de la compétence du tribunal de commerce en matière contractuelle	331
b) Les causes substantielles de la confusion des tribunaux de commerce en matière contractuelle : le changement du contexte	334
B : La réforme du code de l'organisation judiciaire, un remède à la confusion de la compétence des juridictions commerciales	343
Section 2 : L'organisation du tribunal de commerce en matière de contrat commercial	345
A) Le personnel.....	348
a) La langue.....	350
b) La nationalité.....	351
c) La spécialisation	352
B) Les règles procédurales.....	353
a) Les frais et les dépens	353
b) La confidentialité de l'instance	354
c) Le délai	355
d) La compétence territoriale	355
Titre II : Les conséquences en droit international.....	357
Chapitre I : L'attractivité et la prévisibilité du droit français	359
Section I : Une distinction anticipative de règles économiquement attractives	364
§1) Un droit des contrats économiquement inefficace.....	367
§2) Des règles efficaces	371
§ 3) La distinction entre contrat commercial et civil, potentielle source d'attractivité du droit français.....	372

Section 2 : La distinction favorisant l'attractivité du droit français à l'étranger.....	376
§ 1) Les instruments internationaux	379
A) Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne,1980)	379
B) Les Principes Unidroit	382
§2) Les instruments européens, l'échec de l'harmonisation du régime général des contrats	384
A) Les instruments à vocation consumériste	385
B) Les instruments ayant une vocation générale.....	388
a) Les principes du droit européen des contrats	388
b) Le cadre commun de référence	389
Chapitre II : Une nouvelle solution du règlement des différends liés aux contrats commerciaux internationaux, une synthèse des méthodes classiques.....	395
Section 1 : L'analyse détaillée des méthodes de règlement des différends	397
§1) L'apocalypse du système de conflit des lois pour les contrats commerciaux internationaux	401
A) La méthode conflictuelle comme outil politique, loin de son objectif original.....	402
B) La qualification, une entrave à l'autonomie de volonté des contractants	412
§2) L'insuffisance des règles matérielles dans les contrats du commerce international.....	415
§3) La lex mercatoria, une méthode efficace mais à contenu inaccessible	419
§4) Les contrats types : la traduction ponctuelle de la lex mercotaria	426
Section 2 : Le règlement des différends du contrat international d'affermage pétrolier : l'étude de la sentence arbitrale du CIRDI.....	428
§1) Les informations élémentaires concernant un contrat pétrolier	432
§2) L'approche classique de la détermination du régime juridique	436

A) La juridiction arbitral, le cas du CIRDI	436
B) La juridiction étatique, hypothèse de la France.....	438
§3) L'approche moderne de la détermination du régime juridique	446
A) Les raisons de la conclusion d'un tel contrat (le but)	446
B) La question de l'obtention de l'agrément du transfert des droits pétroliers	449
Conclusion générale.....	453
Bibliographie.....	467
Tables des matières.....	527

Titre : La distinction entre le contrat commercial et le contrat civil : la nécessité du contrat commercial autonome

Mots clés : contrat commercial autonome, contrat civil, régime juridique

Résumé : La distinction du contrat commercial du contrat civil ou autrement dit, la théorie du contrat commercial n'est pas sans précédent en droit français. Depuis la codification du code civil, l'idée d'un *corpus* de règles propres au contrat commercial a été envisagée. Cependant, en raison de l'hégémonie des juristes civilistes sur le droit commercial, le contrat commercial n'a jamais pu exister d'une manière autonome. En effet, c'est le concept du contrat commercial autonome qui est le sujet de notre recherche. Le contrat qui n'est forcément pas conclu entre les commerçants.

La difficulté liée à cette problématique réside dans la définition du contrat commercial d'un côté et dans le choix des règles propres à ce type de contrat de l'autre. Autrement dit, il est important en premier lieu d'identifier le concept de contrat commercial parmi les autres catégories de contrat et ensuite de

déterminer le régime juridique applicable à ce contrat. L'étude des conséquences de cette distinction est également un enjeu majeur de notre recherche. Ces conséquences sont à la fois internes et internationales. Sur le plan international, la distinction permet d'accroître l'attractivité du droit français des contrats et de mettre fin au système de conflit des lois en matière des contrats commerciaux. Sur le plan interne, la distinction permet d'envisager des règles adaptées pour un contrat commercial. Ces règles sont d'issues d'une interprétation commercialiste du droit commun des contrats. Ce qui crée un corpus de règles pour le contrat commercial en parallèle des règles du contrat de consommation. La distinction permet également d'attribuer une compétence exclusive au tribunal de commerce pour les contrats commerciaux autonomes.

Title : The distinction between commercial contract and civil contract: the necessity of the autonomous commercial contract

Keywords : autonomous commercial contract, civil contract, legal regime

Abstract : The distinction between commercial contract and civil contract or the theory of commercial contract has precedents in French law. Since the codification of the Civil Code, creating a body of rules for commercial law has been considered. However, due to the hegemony of civil law jurists over commercial ones, commercial contract could never exist independently. In fact, the concept of autonomous commercial is the main subject of this research. We have to emphasize "autonomous commercial contract" is not the contract agreed between two or more merchants.

The main difficulties linked to this subject reside partly in a) defining commercial law and b) choosing the appropriate rules that fit this law. Therefore, it is crucial to elucidate commercial contract compared with other types of contracts. Then, we will establish the appropriate legal

structure. Studying the consequences of this distinction is equally a matter of concern within this study. These consequences have at the same time international and domestic effects. On the international level, the distinction allows increasing the attractiveness of French contracts' law and simultaneously ending the system of conflicts of laws in the matter of commercial contracts. On the domestic level, the distinctions allow considering rules particularly honed for a commercial contract. These rules find their roots in a commercialist/business-centered interpretation of ordinary contracts' law, which creates a corpus of rules for commercial contracts parallel to consumer contracts' rules. The distinction also allows the assignment of exclusive jurisdiction commercial courts for any dispute related to autonomous commercial contracts.