



HAL
open science

Les clauses relatives à l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat

Dan Scemama

► **To cite this version:**

Dan Scemama. Les clauses relatives à l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat. Droit. Université Paris-Saclay, 2023. Français. NNT : 2023UPASH008 . tel-04242178

HAL Id: tel-04242178

<https://theses.hal.science/tel-04242178>

Submitted on 14 Oct 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.

Les clauses relatives à l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat

*Clauses relating to the arrangement of sanctions for non-performance of the
contract*

Thèse de doctorat de l'université Paris-Saclay

École doctorale n° 630 Droit, économie,
management (DEM)

Spécialité de doctorat : droit privé et sciences
criminelles

GraduateSchool : Droit. Référent : Faculté de droit,
économie et gestion

Thèse préparée dans l'unité de recherche Université Paris-Saclay, Institut droit éthique
patrimoine, 92330, Sceaux, France, sous la direction de David BAKOUCHE

Thèse soutenue à Paris-Saclay, le 14 septembre 2023, par

Dan SCÉMAMA

Composition du Jury

Xavier BOUCOBZA Professeur agrégé, Université de Paris-Saclay	Président
Yves-Marie SERINET Professeur agrégé, Université de Paris-Saclay	Examineur
Jérémy ANTIPPAS Professeur agrégé, Université de Bretagne-Sud	Rapporteur &examineur
Antoine TOUZAIN Professeur agrégé, Université de Rouen Normandie	Rapporteur & examineur
Samuel FRANCOIS Professeur, Université de Rennes	Examineur

Titre : Les clauses relatives à l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat

Mots clés : aménagement, inexécution, sanction, clauses contractuelles, contrat

Résumé : La présente étude s'attellera à examiner les clauses relatives à l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat (la résolution, l'exécution forcée etc.). En effet, le pouvoir pour les contractants d'aménager ces sanctions contractuelles fait l'objet de nombreuses interrogations et difficultés. Ces dernières perdurent et sont ravivées depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016. Cette ordonnance est venue apporter des changements au sein du Code civil concernant les règles juridiques applicables aux sanctions contractuelles en cas d'inexécution, lesquels prolongent et étendent les travaux menés par la doctrine et la jurisprudence.

L'enjeu de cette étude est alors de déterminer la marge de manœuvre dont disposent les parties en cas de stipulation de telles clauses, ce qui implique de déterminer leur validité et efficacité.

Title : Clauses relating to the arrangement of sanctions for non-performance of the contract

Keywords : breach, clauses, non-performance, sanction, contract

Abstract : This study will examine clauses relating to the adjustment of sanctions for non-performance of the contract (termination, specific performance, etc.). Indeed, the power of contracting parties to arrange these contractual sanctions is the subject of many questions and difficulties. The latter have persisted and been revived since the ordinance of February 10, 2016 came into force. This ordinance introduced changes to the Civil Code concerning the legal rules applicable to contractual sanctions in the event of non-performance, which prolong and extend the work carried out by doctrine and case law.

The aim of this study is to determine the room for maneuver available to the parties when stipulating such clauses, which requires determining their validity and effectiveness.

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

REMERCIEMENTS

Je remercie tout d'abord Monsieur le Professeur David BAKOUCHE pour sa grande disponibilité et ses précieux conseils. Qu'il veuille trouver dans ce travail l'expression de ma plus respectueuse reconnaissance.

Je tiens ensuite à remercier ma famille :

mes grands-parents qui d'en haut veillent sur moi et dont le souvenir guide mes pas, ils auraient j'en suis sûr été très heureux d'être présents à ma soutenance de thèse ;

mon père qui fût d'un soutien indéfectible dans tous mes projets et qui, tout au long de mon parcours, eu égard à l'immense admiration que je lui porte, fût une source intarissable d'inspiration, il a en grande partie contribué à la personne que je suis devenu ;

ma mère qui n'a jamais cessé de m'encourager, de croire en moi et de me gratifier de tout son amour, lequel m'a sans aucun doute fourni la motivation d'achever ce travail ;

mon frère qui m'a vu grandir et a eu le privilège de me supporter durant toutes ces années, je lui exprime toute ma gratitude pour ses mots rassurants, son soutien sans faille et sa bienveillance qui m'ont donné la force d'aboutir dans ce travail ;

ma sœur qui a également eu l'honneur de me supporter durant toutes ces années, je lui exprime toute ma reconnaissance pour ses paroles réconfortantes et sa joie communicative qui égaya toutes ces journées et soirées de travail ;

à ma femme qui fût la plus belle rencontre de ma vie et sans la présence de laquelle rien n'aurait été possible. Je la remercie pour toute la tendresse, l'amour et les joies qu'elle a pu m'apporter, pour son soutien ainsi que ses encouragements répétés, inlassablement ; ses mots furent les seuls à même de me rasséréner dans ce chemin semé d'embûches.

Je tiens enfin à remercier mon ami d'enfance qui fût présent durant toutes les péripéties de ce travail et m'apporta un soutien constant ; qu'il soit assuré de ma profonde et sincère amitié.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Al.	Alinéa
AJCA	Actualité juridique contrats d'affaires
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJDI	Actualité juridique de droit international
Art.	Article
Ass.	Assemblée
Bull. civ./com./soc.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Chambre civile, commerciale sociale
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. conso	Code de la consommation
C. assur.	Code des assurances
C. pén.	Code pénal
C. proc. civ.	Code de procédure civile
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
Ass. plén.	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
Ch. Mixte	Arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. civ. 1 ^{ère} , 2 ^{ème} , 3 ^{ème}	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
Cass. req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
CCA	Commission des clauses abusives
Chron.	Chronique
CJCE	Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
com.	Commentaire
CCC	Contrats, concurrence, consommation
CEPC	Commission d'examen des pratiques commerciales
Cons. Const.	Décision du Conseil constitutionnel
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Convention EDH	Convention européenne des droits de l'Homme
D.	Recueil Dalloz
D.P	Recueil Dalloz périodique
Defrénois	Répertoire général du notariat Defrénois
Doctr.	Doctrine
D.H	Recueil Dalloz hebdomadaire
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
éd.	Edition
ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	Ouvrage cité ci-dessus
Infra	Ci-dessous
JCP	Juris-classeur périodique (La semaine juridique)

JCP E.	Juris-classeur périodique, édition entreprise
JCP G.	Juris-classeur périodique, édition générale
JCP N. et Im.	Juris-classeur notariat et immobilier
JORF	Journal officiel de la République française
LPA	Les petites affiches
N°	Numéro
not.	Notamment
op. cit.	Ouvrage cité
obs.	Observations
p.	Page
préc.	Précité
PUF	Presse universitaire de France
RTD civ.	Revue trimestrielle du droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle du droit commercial
RDC	Revue des contrats
Req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rép. civ. / com.	Répertoire civil ou commercial, Dalloz revue
RJDA	Revue de jurisprudence du droit des affaires
s.	Suivant
spéc.	Spécialement
Supra	Ci-dessus
t.	Tome
T. com.	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
TI.	Tribunal d'instance
V.	Voyez
Vol.	Volume

SOMMAIRE¹

INTRODUCTION	3
PREMIERE PARTIE : LA VALIDITE DES CLAUSES D'AMENAGEMENT DES SANCTIONS DE L'INEXECUTION DU CONTRAT	10
TITRE I : L'exigence de licéité de l'objet des clauses d'aménagement relatives aux sanctions contractuelles	11
TITRE II : L'exigence d'équilibre du contenu des clauses d'aménagement relatives aux sanctions contractuelles	141
SECONDE PARTIE : L'EFFICACITE DES CLAUSES D'AMENAGEMENT DES SANCTIONS DE L'INEXECUTION DU CONTRAT	334
TITRE I : le respect du principe général de bonne foi contractuelle applicable à l'objet des clauses d'aménagement	335
TITRE II : le respect des exigences spécifiques au régime juridique applicable au contenu des clauses d'aménagement relatives à l'action résolutoire et en dommages-intérêts	443
CONCLUSION GENERALE	495
INDEX ALPHABETIQUE	517

¹ Figure à la fin de l'ouvrage une table des matières plus détaillée.

INTRODUCTION

« Du principe (...) « que l'obligation des promesses doit être mesurée par l'attente que le prometteur excite, le sachant et le voulant de quelque manière » résulte une règle, qui dirige l'interprétation de tous les contrats, et qui peut, par sa simplicité, s'appliquer avec la facilité, et la certitude la plus grande. C'est que tout ce qui est attendu par une partie, et reconnu par l'autre, pour être ainsi attendu, doit être regardé comme une condition du contrat »².

Importance des clauses aménageant les sanctions de l'inexécution du contrat. Le contrat et les clauses qu'il contient sont une attente, une attente souhaitée et voulue par une partie envers une autre qui la brandit et l'enhardit. Cette attente est au fondement de la vie en société, de « l'organisation de la vie en masse » selon la formule du philosophe Nicolas Berdiaev ; elle vise en quelque sorte, au moyen du contrat, à résoudre « l'insociable sociabilité des hommes »³ car chacun sait ce qu'il est en droit d'espérer et de recevoir. En effet, le contrat est un instrument incontournable dans l'organisation des relations sociales, économiques et juridiques entre les individus ; qui plus est, les contractants en se mettant en rapport l'un avec l'autre en vue de contracter font eux-mêmes société, comme le dirait un auteur, ils « forment une sorte de microcosme (...) une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale »⁴. Cet acte juridique qu'est le contrat a une importance capitale aussi bien dans la vie des affaires que dans la vie quotidienne des individus ; il contribue à la production et commercialisation de biens⁵.

Le contrat s'inscrit pleinement dans la philosophie libérale du XVIII^{ème} siècle comme l'instrument du libre-échange économique entre des partenaires placés sur un pied d'égalité bien qu'il soit progressivement devenu l'instrument de politiques sociales et économiques⁶. Bien souvent, le contrat comporte « toute une série de clauses »⁷ ou « un ensemble de clauses articulées les unes aux autres. »⁸. Ces clauses revêtent une importance particulière en ce qu'elles constituent une kyrielle de parties du contrat assemblées et articulées entre elles en vue de restituer la substance de l'accord de volonté des parties, elles régissent donc le *negotium* du contrat.

Ces clauses sont même pour certains plus qu'une simple division syntaxique du contrat, le contrat met certes ces dernières en corrélation, en masse, mais elles peuvent vivre sans lui⁹. Ces clauses deviennent ainsi « les capteurs les plus sensibles des mouvements qui innervent »¹⁰ le droit des contrats. Alors que d'autres considèrent que si ces clauses peuvent revêtir une certaine autonomie et avoir le même objet qu'une convention autonome, leur nature n'est pour autant pas identique à cette dernière¹¹.

²W. PALEY, « Principes de philosophie morale et politique », t. 1, éd. Chez Treuttel et Wurtz, 1817, p. 141

³E. KANT, « Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique » (1784), 4^{ème} proposition, in La Philosophie de l'histoire (Opuscules), trad. Stéphane Piobetta, Aubier, Paris 1947, p. 64-66.

⁴R. DEMOGUE, « Traité des obligations en général », t. 6, éd. 1923-1933, p. 9.

⁵Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, « Droit des obligations », 15^{ème} éd., 2019, Lexisnexis, n° 71.

⁶J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « Jurisprudence française - Droit des contrats », Litec 1989, n°1.

⁷A. BENABENT, « Droit des obligations », L.G.D.J préc. domat droit privé, 18^{ème} éd., 2019, n° 15.

⁸M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle » (1^{ère} partie), RDC 2006, p. 1051.

⁹M.-A. FRISON-ROCHE, « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », RTD civ. 1998. 43, n° 16 ; V. aussi le Professeur MEKKI qui démontrait l'autonomie prise par ces clauses, en particulier, à l'aune de leurs fonctions « complémentives » et « normatives » (M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle » (1^{ère} partie), RDC 2006, p. 1051).

¹⁰M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle » (1^{ère} partie), RDC 2006, p. 1051.

¹¹G. HELLERINGER, « Les clauses du contrat », Thèse, 2010, n° 12.

Au-delà de régir le *negotium* du contrat, ces clauses régissent également son *instrumentum*. C'est ainsi à cet égard que les clauses du contrat trouvent une particulière utilité et importance en tirant parti des vertus de cet instrument contractuel. Ainsi, ces clauses participent et partagent les qualités que revêt cet « acte de prévision »¹² qu'est le contrat, par ce biais, « *Les hommes sentent ainsi le besoin d'embrasser l'avenir dans un acte de prévision et d'obtenir contre des services actuels des avantages futurs ou contre les avantages futurs des services actuels* »¹³. Elles permettent de garantir la prévisibilité de la situation juridique à venir des parties en anticipant, de manière conventionnelle, les circonstances ou événements qui seraient de nature à l'affecter et cette anticipation est une caractéristique essentielle du contrat¹⁴. Le contrat étant « *un pari sur l'avenir. (...) la clause contractuelle qui y figure, (elle) doit s'efforcer d'être compatible avec la prévision des parties (...) en protégeant la stabilité du lien contractuel ou en permettant d'atteindre le but économique poursuivi par les parties.* »¹⁵.

Cette exigence de prévisibilité rejoint également celle de sécurité juridique des actes juridiques¹⁶. Ces besoins de prévisibilité et de sécurité juridique sont particulièrement prégnants en matière de clauses d'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat. On comprend tout l'intérêt qu'il y a à organiser par avance les règles applicables à ces sanctions en ce que ce sont ces dernières qui permettront de sceller le sort du lien contractuel et de la situation du débiteur défaillant en cas d'inexécution¹⁷. Il est donc très utile, voire essentiel, d'organiser et de prévoir par avance l'application des règles relatives aux sanctions de l'inexécution du contrat.

Définition des clauses aménageant les sanctions de l'inexécution du contrat. L'objet de la présente étude étant exclusivement axé sur les clauses ayant pour objet l'aménagement de l'inexécution du contrat, il revient de définir ce que recouvrent ces clauses. Clause vient du latin médiéval « *clausa* » tiré de « *clausus* », le participe passé de « *claudere* », qui signifie « clore »¹⁸. Ainsi, les clauses d'un acte font les conventions et constituent les dispositions ou conditions renfermées dans cet acte, celui-ci peut renfermer plus ou moins de clauses suivant que la matière y est disposée et ce que les parties ont jugé à propos de mettre dans l'acte¹⁹. La clause est « *une partie d'un contrat, d'un testament ou de quelque autre acte, soit public ou*

¹² M. HAURIOU, « *Principes de droit public* », Librairie de la société du recueil Sirey : L. Ténin, Paris, 2^{ème} éd., 1916, p.201 : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k553439/f4.image>

¹³ E. GOUNOT, « *Le principe de l'autonomie en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique* », thèse, 1912, n° 57.

¹⁴ En effet, « *Anticiper l'avenir est tâche ardue mais n'est-ce pas cela, avant toute autre chose, un contrat ?* » (P. GAIARDO, « *Les théories objective et subjective du contrat. Étude critique et comparative (droits français et américain)* », LGDJ, thèse 2020, p. 359).

¹⁵ M. MEKKI, « *Le nouvel essor du concept de clause contractuelle : l'efficacité des clauses contractuelles* » (2^{ème} partie), RDC 2007, n°2, p. 239.

¹⁶ Discours préliminaire prononcé par Cambacérès au conseil des cinq cents, A. FENET, t. I, p. 174 : « *On remarquera que dans le cours de notre travail, nous avons eu toujours le soin de concilier l'intérêt privé avec l'intérêt général, et que rien n'a été négligé afin de s'assurer que la stabilité des conventions ne serait légèrement compromise. Dans l'ordre civil, comme dans l'ordre politique, l'incertitude est un fléau* ».

¹⁷ En effet, c'est le Professeur GROSSER qui, après avoir étudié en détail les différentes sanctions contractuelles de l'inexécution du contrat, traçait une ligne de partage essentielle entre les sanctions (ce dernier parle plutôt de « remède ») ayant pour fonction de régler le sort du lien contractuel et celles ayant pour objet de régler celui du contractant défaillant (P. GROSSER, « *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification* », Thèse, Tome II, 2000, n° 469).

¹⁸ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « clause », p. 179.

¹⁹ D. DIDEROT, J. le R. D'ALEMBERT, « *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, par une société de gens de lettre* », éd. Paris chez Briasson, t. 3, 1753, p. 514.

privé, qui contient quelque disposition particulière »²⁰, c'est « *une disposition qui fait partie d'une autre (c.à.d. y est renfermée).* »²¹

De nos jours, la clause est définie comme « *une disposition particulière d'un acte juridique (convention, traité, testament ou même loi) ayant pour objet soit d'en préciser les éléments ou les modalités (prix, date et lieu d'exécution, etc.), (...)* »²² Il en résulte que les clauses ont pour objet de préciser ce que renferme le contrat. Ces clauses peuvent aussi bien venir préciser les règles légales applicables aux sanctions contractuelles (prévues par les articles 1219 à 1231-7 de la Section 5 « *L'inexécution du contrat* ») ou y déroger en écartant « *la règle normalement applicable* »²³.

Ainsi, les clauses aménageant les sanctions de l'inexécution du contrat remplissent un double objectif : d'une part, mettre en œuvre les modalités d'exécution d'un droit ou d'une obligation et, d'autre part, modifier une disposition générale afin de l'adapter à des circonstances particulières²⁴. Toutefois, ces clauses peuvent venir modifier le jeu de l'application de la règle de droit sous réserve de la disponibilité de la matière visée par l'aménagement ; que ces clauses portent sur une règle de droit impérative ou supplétive, elles conservent leur qualité de clause²⁵, seulement, comme nous le verrons dans nos futurs développements, leur validité s'en trouvera affectée. Cette faculté d'aménager les sanctions de l'inexécution du contrat n'est pas sans nourrir un contentieux riche et abondant à l'instar de la clause résolutoire, de la clause pénale ou de la clause limitative ou évasive de responsabilité.

Périmètre et typologies de clauses aménageant les sanctions de l'inexécution du contrat retenus. Fort de cette double vocation des clauses d'aménagement (préciser ou modifier la règle de droit applicable), certaines typologies de clauses d'aménagement seront retenues dans le cadre de la présente étude. De manière générale, nous distinguerons les clauses ayant pour objet *d'aménager le choix de la sanction contractuelle* et celles ayant pour objet *d'aménager les modalités d'application de sanctions contractuelles*.

Les premières influent sur la disponibilité des sanctions contractuelles laissées à la main des parties. Elles comportent des clauses de *renonciation* dont l'objet est de renoncer par avance à une sanction contractuelle légalement prévue et d'empêcher les parties de pouvoir l'invoquer et la mettre en œuvre (par exemple, la stipulation d'une clause de renonciation anticipée à l'exécution forcée en nature ou à la résolution du contrat). Plus précisément, il pourra s'agir de clauses de *renonciation individuelle*, c'est-à-dire la renonciation conventionnelle à une sanction contractuelle, ou de clauses de *renonciation collective*, c'est-à-dire la renonciation à au moins deux sanctions contractuelles.

S'agissant de la seconde catégorie de clauses, celles-ci ont pour objet de renforcer la prévisibilité de la mise en œuvre d'une sanction contractuelle. Ces clauses sont de deux ordres : de *freinage* et de *facilitation*.

²⁰ D. DIDEROT, J. le R. D'ALEMBERT, « *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, par une société de gens de lettre* », éd. Paris chez Briasson, t. 3, 1753, p. 514.

²¹ C. BERRIAT-SAINT-PRIX, « *Notes élémentaires sur le code civil* », t. 2, 1845, p. 462, n° 4577.

²² G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *clause* », p. 179.

²³ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *dérogatoire* », p. 336.

²⁴ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Aménagement* », p. 61.

²⁵ G. HELLERINGER, « *Les clauses du contrat* », Thèse, 2010, n° 14 à 16.

La **clause de freinage** consiste à rendre, par voie de stipulation contractuelle, plus difficile l'accès aux sanctions contractuelles pour un ou plusieurs contractant(s) donné(s). Cette clause « *freine* » la possibilité pour le contractant, qui y a intérêt, à se prévaloir de la mise en œuvre d'une sanction contractuelle. Cette clause prévoit l'ajout de modalités supplémentaires d'exercice de sanctions contractuelles par voie conventionnelle. Il peut s'agir tant des modalités de fond que de forme. Concrètement, l'objet de cette clause pourra donc être d'ajouter une modalité contractuelle supplémentaire (non prévue par le droit commun) concernant la mise en œuvre d'une sanction contractuelle. L'exemple topique de cette typologie de clause concerne l'aménagement des dommages-intérêts en cas de stipulation de clauses limitatives de responsabilité, car ces dernières canalisent la possibilité de se prévaloir de la réparation du préjudice subi qui doit en principe être équivalent au montant du préjudice prévisible lors de la conclusion du contrat. Toutefois, ces clauses de « *freinage* » peuvent également concerner d'autres sanctions contractuelles telles que l'exécution forcée en nature ou l'action en résolution. Concrètement, une telle clause pourrait exiger qu'un contractant ne puisse se prévaloir de l'exécution forcée en nature qu'en cas d'inexécution « *suffisamment grave* » ou de l'exception d'inexécution moyennant une mise en demeure préalable. Ces clauses permettent de dissuader les contractants de recourir à une sanction contractuelle donnée en alourdissant ses modalités de mise en œuvre.

A l'inverse, la **clause de facilitation** (qui, dans notre étude, n'a aucun lien avec ce qui parfois a pu être désigné par ce terme²⁶) de la sanction contractuelle vise à alléger les modalités de mise en œuvre de la sanction contractuelle. Le recours à cette sanction sera ainsi favorisé ou plus aisé dans la mesure où le contractant bénéficie d'un assouplissement de ses modalités de mise en œuvre (par exemple, la stipulation d'une clause résolutoire, d'une clause pénale ou d'une clause écartant la « *disproportion manifeste* » en cas d'exécution forcée en nature du contrat).

Néanmoins, cette clause de facilitation doit être distinguée des clauses d'allègement des obligations²⁷ « *par lesquelles les parties contractantes s'accordent pour fixer l'étendue de leurs obligations, généralement dans une mesure plus faible que celle que postule l'organisation du contrat qu'elles passent* »²⁸ ou de certaines clauses de non-responsabilité (« *Il existe en réalité deux sortes de clauses de non-responsabilité. Il en est qui déchargent le débiteur de telle ou telle obligation déterminée qu'il devait normalement supporter, selon la loi, en vertu du contrat qu'il a conclu* »²⁹). Ces dernières se distinguent des clauses portant strictement sur les sanctions contractuelles qui nous intéresseront dans la présente étude. En ce sens, le Professeur DELEBECQUE affirme que « *les conditions d'existence de la responsabilité, dont les obligations, et la responsabilité elle-même, formeraient deux entités autonomes* »³⁰. Autrement dit, les faits générateurs de la responsabilité, les conditions qui, si elles sont rassemblées, permettent de l'engager, constituent un sujet distinct de celui relatif à

²⁶ Le Professeur TOURNEAU dénommait pour sa part les clauses de facilitation comment étant celles « *confiant à un tiers le soin de trouver un accord sur un point où les positions des parties ne se sont pas rapprochées (qui n'est ni une médiation ni un arbitrage, car il n'y a pas de litige)* » (Ph. le TOURNEAU, « *Contrats préparatoires* », Dalloz référence contrats du numérique, chap. 114, 2022/23, n°114.11 ; Ph. le TOURNEAU, « *Ingénierie et transferts de maîtrise industrielle* » *Conception, JCI – Distribution* », fasc. 1820, 24 juin 2021, n° 29), ce qui n'est ici sans aucun lien avec notre sujet.

²⁷ V. en particulier sur cette distinction : P.-J. DURAND, « *Des conventions d'irresponsabilité* », thèse, 1931, n°4 ; Ph. DELEBECQUE, « *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats* », thèse, 1981, n°1.

²⁸ Ph. DELEBECQUE, Fasc. 110 : clauses d'allègement des obligations, JCI. Contrats – Distribution, 5 avr. 2012, n°9.

²⁹ J.-L. AUBERT, J. FLOUR, E. SAVAUX, « *Droit civil : les obligations – le rapport d'obligation* », t. III, Sirey, 9^{ème} éd. 2015, n° 225.

³⁰ Ph. DELEBECQUE, « *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats* », thèse, 1981, n°17.

la responsabilité en elle-même qui se matérialise par le versement de dommages-intérêts. Ainsi, la clause de facilitation a pour strict objet d'aménager les sanctions de l'inexécution du contrat, ce qui inclut notamment l'aménagement des dommages-intérêts mais exclut l'aménagement des obligations contractuelles en elles-mêmes ; en d'autres termes, elle ne porte que sur « *l'effet de l'obligation convenue* »³¹ et non sur l'obligation en elle-même.

Il nous faut à présent retracer l'historique et rendre compte des principaux changements qu'a induit l'importante réforme du droit des contrats (l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 et la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance) ; celle-ci ravive les interrogations et problématiques relatives aux clauses aménageant les sanctions de l'inexécution du contrat qui existaient déjà avant cette réforme.

Les longues vicissitudes du projet de réforme du droit des contrats jusqu'à la réforme, l'ordonnance du 10 février 2016. La réforme du droit des contrats intervenue le 10 février 2016 est le résultat d'une longue évolution visant à réformer et moderniser le droit français des contrats. Un long périple qui fut commencé par une difficulté certaine, pour les premiers commentateurs du Code civil, à s'éloigner un tant soit peu de la lettre du code. La méthode exégétique et un certain culte du Code civil prédominaient à cette époque. Progressivement, la doctrine prendra de plus en plus de liberté avec la lettre du Code civil sous l'impulsion de notamment Raymond-Théodore TROPLONG, Charles AUBRY et Charles RAU³². Le développement d'une interprétation plus libre du Code civil conduit, corrélativement, à la nécessité de le réformer pour l'adapter aux évolutions de la société.

C'est à l'occasion du centenaire du Code civil, en 1904, que le garde des Sceaux avait désigné une commission chargée de l'étude des réformes à apporter au Code civil, notamment en matière contractuelle. Celle-ci était composée d'un nombre important de membres, presque une centaine, lesquels n'étaient pas nécessairement des juristes (on trouvait, par exemple, des écrivains ou parlementaires en son sein). Cette commission ne parviendra pas à élaborer un projet complet de réforme du Code civil. Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, d'éminentes voix s'élevèrent pour conduire derechef une telle réforme du Code civil ; il s'agit notamment de Jacques CHARPENTIER, ancien bâtonnier de Paris, président de l'Association Henri Capitant, de Jean-Paulin NIBOYET, professeur à la faculté de droit de Paris, de Léon JULLIOT DE LA MORANDIERE ainsi que des Gardes des Sceaux Français de MENTHON et Pierre-Henri TEITGEN.

Une nouvelle commission de réforme du Code civil est ainsi créée par le décret n° 45-1194 du 7 juin 1945 dont le but est de préparer une révision générale du Code civil. Sa composition est prévue par un arrêté rendu le même jour et sa présidence est assurée par Léon JULLIOT DE LA MORANDIERE. A la différence de sa prédécesseure, cette commission aboutira à l'élaboration d'un avant-projet de réforme du Code civil ainsi qu'à 9 volumes publiés entre 1946 et 1955. En particulier, un livre, le livre V (1949-1950) intitulé « *des obligations* » traite des sources, de la formation, de l'exécution, de l'inexécution, de l'extinction et de la transmission des obligations. Mais comme pour la précédente, aucune réforme du Code civil n'interviendra pour autant.

En parallèle, à l'échelle internationale et européenne, des initiatives se présentent visant à impulser une réforme du droit des contrats au niveau national. L'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), organisme indépendant, est créé en 1926. Son objectif

³¹ M. POUMAREDE, « *Clause allégeant les obligations* », Dalloz action, Droit de la responsabilité et des contrats, Chap. 3222.11.

³² D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 5^{ème} éd., 2021, éd. Bruylant, collection paradigme, n° 44.

est d'élaborer des instruments de droit uniformes pour, notamment, moderniser et harmoniser le droit privé, en particulier, le droit commercial. En 1994, les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international sont publiés (ils seront modifiés en 2004, 2010 et 2016). Des règles sont prévues, en particulier, sur l'inexécution du contrat notamment concernant le droit à l'exécution, à la résolution ou aux dommages-intérêts. Si ces principes n'ont pas de valeur normative *per se*, ils pourront servir de modèle et de source d'inspiration aux États faisant partie d'Unidroit (dont la France) pour moderniser et harmoniser leur législation notamment en droit des contrats.

Plusieurs initiatives européennes ont également été lancées, parmi les plus notables, on peut citer les principes Lando (du nom du Professeur danois Ole LANDO), également dénommés les Principes du droit européen des contrats (PDEC). Ces PDEC ont été publiés en trois temps en 1995, en 1999 et en 2003. Ils comprennent un chapitre entier réservé aux divers moyens en cas d'inexécution : droit à l'exécution, exception d'inexécution, résolution du contrat etc. On peut également citer l'élaboration, dans le cadre de l'académie des privatistes européens, d'un projet de code européen des contrats sous la direction du professeur italien Giuseppe GANDOLFI publié en 2001, le projet de cadre commun de référence (connu, en anglais, sous le nom de « *Draft Common Frame of Reference* » - DCFR), remis au Parlement européen, le 21 janvier 2008, ou encore la publication, en février 2008, d'un cadre commun de référence, les principes contractuels communs (PCC) par l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. L'influence de ces diverses initiatives d'harmonisation du droit des contrats au niveau international et européen sur l'ordonnance du 10 février 2016 est reconnue par le législateur. Ce dernier mentionne ces initiatives notamment dans les travaux préparatoires³³ et le rapport accompagnant ladite ordonnance remis au président de la République³⁴.

C'est à nouveau à l'occasion du bicentenaire du Code civil, en 2004, que l'idée d'une réforme du droit français des contrats est relancée. Plusieurs propositions de réforme seront préparées. Un avant-projet de réforme du droit des obligations est rédigé sous la direction de Pierre CATALA et remis au garde des Sceaux, le 22 septembre 2005. Des propositions de réforme du droit des contrats sont préparées sous la direction de François TERRE et publiées en 2009 et des avant-projets de réforme sont également élaborés par la Chancellerie. L'évènement qui marqua le véritable lancement de la réforme du droit des contrats est l'entrée en vigueur de l'article 8 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures. Cet article habilite le Gouvernement 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 et, en particulier, pour « *Regrouper les règles applicables à l'inexécution du contrat et introduire la possibilité d'une résolution unilatérale par notification* ». Un projet d'ordonnance sera publié, le 25 février 2015, et soumis à consultation publique jusqu'au 30 avril 2015 par le ministère de la justice.

L'incidence de la réforme du droit des contrats sur les clauses relatives à l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat. C'est finalement l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations qui, conformément aux souhaits du législateur, viendra moderniser, simplifier, améliorer la

³³ Cf. S. HOULIE, rapport parlementaire, n° 429 (loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations).

³⁴ 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.

lisibilité et renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016 et a fait l'objet d'une loi de ratification du 20 avril 2018, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2018. Cette réforme va induire des modifications substantielles des règles relatives aux sanctions de l'inexécution du contrat. Elle va entièrement refondre³⁵ et fortifier³⁶ les règles relatives aux sanctions de l'inexécution du contrat. De nouvelles sanctions vont être codifiées au sein du Code civil à l'instar de la résolution unilatérale ou extra-judiciaire du contrat (art. 1226, C. civ.), de la réduction du prix (art. 1223 C. civ.) ou encore de l'exception pour risque d'inexécution (art. 1220, C. civ.). Il apparaît que l'une des innovations majeures de cette réforme est « *l'admission de pouvoirs unilatéraux du contractant* »³⁷ hors le juge³⁸. Les clauses relatives à l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat auront ainsi un nouvel objet, lequel consiste à aménager ces nouvelles sanctions, tant dans leur principe que dans leurs modalités de mise en œuvre. De même, cette réforme a une incidence sur les standards juridiques de contrôle de ces clauses. Elle codifie un standard juridique déjà existant visant à contrôler ces clauses, celui relatif au contrôle de la clause privant de sa substance l'une des obligations essentielles du contrat (art. 1170 C. civ.). Elle va même créer un nouveau standard juridique en droit commun permettant de contrôler ces clauses : le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties prévu à l'article 1171 du Code civil. Il s'agit de l'une des véritables innovations³⁹ de la réforme.

Or, le pouvoir pour les contractants d'aménager les sanctions contractuelles de l'inexécution du contrat fait l'objet de nombreuses interrogations et difficultés non seulement, en cas d'aménagement de leurs modalités (par la stipulation de *clauses de facilitation* ou de *freinage*), mais aussi, en cas d'aménagement de la possibilité de s'en prévaloir sur le principe (par la stipulation de *clauses de renonciation individuelle ou collective*). Avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, ces dernières sont ravivées et perdurent. Cette ordonnance est venue apporter des changements au sein du Code civil qui prolongent et étendent les travaux déjà menés par la doctrine et la jurisprudence en lien avec ces clauses aménageant les sanctions contractuelles. Comme on le verra par la suite, tout l'enjeu sera d'examiner la validité et l'efficacité de ces clauses et ainsi de déterminer la marge de manœuvre dont disposent les parties en la matière.

Partant, dans la présente étude, il reviendra de déterminer la validité (**PREMIERE PARTIE**) et l'efficacité (**SECONDE PARTIE**) des clauses d'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat.

³⁵ Y.-M. LAITHIER, « *Les sanctions de l'inexécution du contrat, in Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?* », RDC hors-série, avr. 2016, p. 39.

³⁶ H. BARBIER, « *L'exécution et la sortie du contrat* », RDC 2018, hors-série, p. 40.

³⁷ CA Montpellier, 2^e ch., 10 nov. 2022, n° 22/01068, SAS LC Burger c/ Société Dexa ; GPL 10 janv. 2023, n° 1, p. 6, note D. HOUTCIEFF.

³⁸ M. BOURASSIN, « *L'emprise inéluctable des juges sur le nouveau droit des contrats* », LPA 30 déc. 2016, n° 261, p. 9.

³⁹ F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, J. GEST, « *Aux sources de la réforme du droit des contrats* », Dalloz, janv. 2017, n°25.91.

PREMIERE PARTIE : LA VALIDITE DES CLAUSES D'AMENAGEMENT DES SANCTIONS DE L'INEXECUTION DU CONTRAT

Le terme validité vient du latin *validitas* qui signifie force, vigueur⁴⁰. Les conditions de validité que nous examinerons sont celles fixées par la « *Section 2 : la validité du contrat (article 1128 à 1171)* » du chapitre II du sous-titre I^{er} du titre III du livre III du Code civil. Seulement, celles-ci sont relatives au contrat et non aux seules clauses qu'il contient. Ces dernières sont soumises à certaines exigences prévues par la sous-section 3 de cette section 2 relative au contenu du contrat.

Il s'agit de l'article 1162 du Code civil prévoyant 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.* » Les stipulations du contrat sont bien « *la(les) clause(s) d'un contrat* »⁴¹, elles ne doivent donc pas déroger à l'ordre public.

De même, ces clauses doivent également ne pas priver de sa substance l'obligation essentielle du contrat (art. 1170, C. civ.) et ne pas créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat (art. 1171 C. civ.). Nous verrons que la validité des clauses d'aménagement devra être analysée au travers de la licéité de l'objet de ces clauses (**TITRE I**) et de l'équilibre du contenu de ces clauses (**TITRE II**).

⁴⁰ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Validité* », p. 1064.

⁴¹ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Stipulation* », p. 991.

TITRE I : L'exigence de licéité de l'objet des clauses d'aménagement relatives aux sanctions contractuelles

La notion d'ordre public en droit des contrats. L'ordre public a fait l'objet de plusieurs tentatives de définitions en doctrine. Selon le Professeur MALAURIE « *l'ordre public, c'est le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité* »⁴². La jurisprudence n'a pas hésité par le passé à reconnaître l'illicéité de certaines clauses portant atteinte à l'ordre public et n'a eu de cesse de développer le contenu cette notion⁴³. La notion d'ordre public ne fait pas en elle-même l'objet d'une définition légale que ce soit avant ou après l'ordonnance du 10 février 2016. La sanction généralement mise en œuvre est celle de la nullité (absolue ou relative), il existe également une multiplicité d'autres sanctions, mais cette dernière reste la sanction de référence en la matière⁴⁴. La question de la violation l'ordre public se pose aujourd'hui avec, au moins, tout autant d'acuité depuis l'ordonnance du 10 février 2016. S'il est vrai que cette réforme a supprimée l'ancien article 1128 du Code civil formulant, de manière sibylline, qu'« *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* », elle maintient dans ses nouvelles dispositions la référence à l'ordre public. En effet, parmi les nouvelles dispositions, plusieurs évoquent le contrôle au moyen de l'ordre public ; l'article 1102 du Code civil prévoit que « *la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.* » et l'article 1162 du Code civil 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.* ». Au surplus, l'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas supprimée l'ancien article 6 du Code civil selon lequel « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Cette notion d'ordre public intéresse nos futurs développements puisque pour pouvoir stipuler des clauses aménageant les sanctions relatives à l'inexécution du contrat (à savoir, l'exception d'inexécution, l'exécution forcée en nature, la résolution, la réduction du prix et les dommages-intérêts), encore faut-il que celles-ci soient licites, il faudra donc déterminer si les sanctions prévues en cas d'inexécution du contrat sont d'ordre public ou non.

Distinction entre ordre public de protection et de direction. Étant donné que la notion d'ordre public peut difficilement faire l'objet d'une définition générale et complète, il a été proposé de procéder à une classification de typologies d'ordre public selon une dichotomie désormais communément admise. Ainsi, le Professeur CORNU⁴⁵ identifiait deux acceptions de l'ordre public ou des règles impératives ou prohibitives :

- celles visant à « *assurer le maintien de l'ordre public, c'est-à-dire de l'ordre nécessaire à l'organisation sociale, et le respect de la morale en interdisant tous les actes qui sont de nature à troubler l'économie, l'harmonie de la société et à porter atteinte aux bonnes mœurs* », et
- celles ayant pour but de « *protéger les personnes que leur âge, leur sexe, leurs infirmités rendent incapables de défendre elles-mêmes leurs intérêts et qui pourraient*

⁴² Ph. MALAURIE, « *L'ordre public et le contrat* », Thèse, 1953.

⁴³ 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.

⁴⁴ J. HAUSER, J.-J. LEMOULAND, « *Ordre public et bonnes mœurs* » : Rép. civ. Dalloz, janvier 2015, n°184 et s.

⁴⁵ G. CORNU, « *Introduction à l'étude du droit civil : notions générales* », Paris : A. Pédone, 5^{ème} éd., 1929, p. 57-58.

être victimes de leur faiblesse ou de leur inexpérience ; d'une façon plus générale, protéger tout individu contre de préjudice qu'un acte pouvait, dans certaines circonstances, lui causer. ».

Classiquement, la première acception de l'ordre public est un ordre public de direction⁴⁶, c'est-à-dire que la règle de droit protège l'intérêt général, et la seconde acception est un ordre public de protection, c'est-à-dire que la règle de droit protège un intérêt particulier ou privé ; à la différence de l'ordre public de direction, les dispositions constituant un ordre public de protection « n'ont pour objet que la sauvegarde de l'intérêt de la partie supposée ne pas être en mesure de résister à la pression que son cocontractant a le moyen d'exercer sur elle »⁴⁷. Le Professeur MERCADAL⁴⁸ a donné des lignes directrices permettant de savoir si l'on est en présence d'un ordre public de direction ou de protection lorsque « la lettre de la loi n'apporte pas de solution ». Selon lui, les parties au contrat doivent se poser les questions suivantes : « cette disposition protège-t-elle l'intérêt général de la collectivité ? Si la règle protège un intérêt qui transcende celui des particuliers, elle doit être qualifiée d'ordre public de direction, auquel notamment les parties ne peuvent pas renoncer. Cette disposition a-t-elle pour objet de défendre l'intérêt individuel d'un particulier qui, laissé libre de décider par lui-même, risquerait, en raison de sa position de faiblesse par rapport à son cocontractant, d'accepter une solution très préjudiciable pour lui, traduisant un déséquilibre excessif des prestations contractuelles ? En cas de réponse positive, l'ordre public est dit de protection ; les parties peuvent alors y renoncer, mais jamais au moment de la conclusion du contrat par une clause ad hoc ; elles ne le peuvent que le jour où l'intérêt de soulever l'exception d'ordre public leur est apparu. ». Il faut donc distinguer un ordre public de direction (lorsque la règle protège l'intérêt général) et un ordre public de protection (lorsque la règle protège un intérêt particulier). Les sanctions contractuelles ou leurs modalités de mise en œuvre (selon qu'il s'agisse d'une clause de renonciation ou d'une clause de facilitation) pourraient répondre à un objectif de protection de l'intérêt privé des contractants. Cela semble se dégager d'une vieille jurisprudence selon laquelle « un contrat ne peut légalement exister s'il ne renferme les obligations qui sont de son essence, et s'il n'en résulte un lien de droit pour contraindre les contractants à les exécuter »⁴⁹. Ainsi, le fait de pouvoir contraindre l'autre contractant à exécuter ses obligations contractuelles est l'essence même du contrat et les sanctions contractuelles qui poursuivent cet objectif défendraient l'intérêt privé des parties. Les « remèdes » de l'inexécution du contrat ont d'ailleurs pour fonction soit de régler le sort du lien contractuel entre les parties soit de régler le sort du contractant défaillant⁵⁰ ; il s'agirait alors d'un ordre public de protection. Dans un cas particulier, on pourrait considérer que l'existence de sanctions contractuelles poursuit également un objectif de protection de l'intérêt général. C'est l'hypothèse où seraient conventionnellement écartées toutes les sanctions du contrat, il est dans l'intérêt de l'ensemble des contractants (donc la grande majorité, sinon la totalité de la population) que tout contrat auquel ils sont parties puisse faire l'objet d'une sanction en cas

⁴⁶ V. notamment : P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « Droit des obligations », L.G.D.J., 8^{ème} éd., 2016, n° 650 ; P. MALINVAUD, « Droit des obligations », Lexisnexis Litec, 10^{ème} éd., 2007, n°259 ; A. BENABENT, « Droit des obligations », L.G.D.J préc. domat droit privé, 16^{ème} éd., 2017, n°177 ; B. MERCADAL, Revue Francis Lefebvre, « Le Bulletin Rapide de Droit des Affaires », 21. L'ordre public dans la réforme du droit des contrats, 6/18,15 Mars 2018.

⁴⁷ B. MERCADAL, Revue Francis Lefebvre, « Le Bulletin Rapide de Droit des Affaires », 21. L'ordre public dans la réforme du droit des contrats, 6/18,15 Mars 2018.

⁴⁸ B. MERCADAL, Revue Francis Lefebvre, « Le Bulletin Rapide de Droit des Affaires », 21. L'ordre public dans la réforme du droit des contrats, 6/18,15 Mars 2018.

⁴⁹ Cass. req., 19 Janv. 1863 : S. 1863, 1, p. 185.

⁵⁰ P. GROSSER, « Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification », Thèse, Tome II, 2000, n° 469.

d'inexécution ; se combinent alors un ordre public de protection et un ordre public de direction.

Distinction entre ordre public textuel et ordre public « virtuel » ou non textuel. La source dont émane l'ordre public peut être liée à une intervention textuelle (au moyen de la loi ou du règlement), mais aussi, à une intervention judiciaire, en dehors même de tout texte. L'ordre public peut donc être révélé de deux manières : soit de manière textuelle et expresse, soit de manière « virtuelle » ou non textuelle. En effet, il est admis depuis longtemps par la jurisprudence⁵¹ et la doctrine⁵² qu'il existe une *summa divisio* entre, d'une part, l'ordre public textuel et, d'autre part, l'ordre public « virtuel ». Ainsi, selon certains auteurs une disposition peut être « *illicite quand l'acte ou la stipulation est contraire à l'ordre public sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait contravention à une disposition expresse de la loi* »⁵³ et « *nul ne songerait contester l'existence d'un ordre public virtuel à côté de l'ordre public textuel* »⁵⁴ puisqu'il est majoritairement admis⁵⁵ que « *la jurisprudence est gardienne de l'ordre public et peut donc déclarer illicite une convention ou une clause figurant dans cette convention, qui lui apparaîtrait contraire à l'ordre public* »⁵⁶. De ce fait, rien n'empêche les juges de reconnaître une valeur d'ordre public à une disposition du Code civil alors que le législateur ne s'est pas prononcé expressément dessus. Néanmoins, il faut apporter une précision sur la source de l'ordre public « virtuel », ou devrait-on dire, judiciaire. Ce dernier est un ordre public judiciaire car il recouvre deux situations où le juge, de manière active ou passive, rend effective la nature d'ordre public d'un texte (et même en dehors de tout texte). En effet, soit l'ordre public est implicite, c'est-à-dire que le juge ne fait que le révéler mais celui-ci préexistait en germe, en sommeil dans le texte, soit l'ordre public reconnu est purement judiciaire en ce qu'il est établi en dehors tout texte ; on devrait dans ce cas parler d'ordre public « fictif »⁵⁷. Ainsi, cohabitent un ordre public légal ou réglementaire (ordre public textuel) et un ordre public judiciaire⁵⁸ (ordre public non textuel, « virtuel » ou « fictif »). Une jurisprudence est souvent citée pour valider cette notion d'ordre public judiciaire ou « fictif ».

⁵¹ Cass. Civ., 4 déc. 1929, Cass. Req., 29 déc. 1845, Cass. Civ., 15 mars 1876, TGI Paris, 8 nov. 1973

⁵² Notamment : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, « *Les obligations* », 1. L'acte juridique : A. Colin, 16^e éd., 2014, n° 275 s. ; Ph. SIMLER, JCl. Notarial Répertoire, Art. 1126 à 1131 anciens, fasc. 9-6, « *Contrats et obligations* », spéc. n° 6 et s.

⁵³ Ph. SIMLER, JCl. Notarial Répertoire, Art. 1162 à 1171, fasc. 20, « *Contrat. – Contenu du contrat : conformité à l'ordre public. – Cause illicite ou immorale* », spéc. n° 6 et s.

⁵⁴ G. LOISEAU, « *Contrats et obligations - Le respect des morts et l'ordre public virtuel : le jusnaturalisme de la Cour de cassation* », JCP G, n° 46-47, 10 Novembre 2014, 1170.

⁵⁵ V. en sens contraire : « *la nature de l'ordre public implicite ou virtuel ne dépend pas du juge qui la constate, mais de la loi qui l'énonce fusse par un silence éloquent.* »⁵⁵ (J. MONEGER, « *Actes du Colloque Lille 24 juin 2016 - Le statut des baux commerciaux est-il encore un ordre public de protection ?* », Loyers et Copropriété n° 10, oct. 2016, dossier 8, n°39). V. aussi des auteurs pour qui ce débat est insoluble : « *Selon que l'on reconnaît ce pouvoir au juge, ou qu'on ne lui reconnaît pas, on verra un vrai pouvoir de création de l'ordre public ou, au contraire, un simple pouvoir d'interprétation à partir d'un texte qui contenait déjà une dimension d'ordre public implicite. Comme toujours dans un tel débat, il est à peu près impossible d'arbitrer les deux analyses (...)* » (J. HAUSER, J.-J. LEMOULAND, « *Ordre public et bonnes mœurs* » : Rép. civ. Dalloz, Janv. 2015, n°24).

⁵⁶ A. BENABENT, « *Droit des obligations* », L.G.D.J préc. domat droit privé, 16^{ème} éd., 2017, n° 175.

⁵⁷ En effet, l'ordre public « virtuel » est un ordre public potentiel et préexistant, dans un texte, alors que l'ordre public « fictif » est établi en dehors de tout texte, il est déconnecté de toute intervention législative ou réglementaire.

⁵⁸ V. également sur la distinction entre ordre public judiciaire et ordre public légal : M. MEKKI, « *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* », thèse, LGDJ, n°359 ; J. CARBONNIER, « *Droit civil : Les biens, Les obligations* » : vol. 2, PUF, coll. Quadriège Manuels, 2004, n° 984 : ce dernier, met en évidence « *un ordre public détaché de tout support légal. Il appartiendra aux tribunaux de faire surgir cet ordre public en suspension dans le droit positif, de lui faire prendre chair à partir de principes généraux, de valeurs non écrites* ».

Il s'agit d'un arrêt rendu par la Cour de cassation en date du 4 décembre 1929⁵⁹ où la Cour a estimé qu'« *il résulte des termes de l'article 1133 du Code civil que la cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public, sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit prohibée par la loi* ». En l'absence de toute disposition légale violée en l'espèce (si ce n'est l'ancien article 1133 du Code civil sur la cause illicite), la Cour de cassation a reconnu que le contrat dont l'objet est de prévoir « *l'exploitation des malades au moyen d'une publicité intense et par l'emploi de qualificatifs destinés à impressionner le public* » est contraire à l'ordre public. Cette lecture modernisée de l'ordre public correspond d'ailleurs à la nouvelle rédaction de l'article 1102 du Code civil lequel dispose que l'on ne peut déroger « *aux règles qui intéressent l'ordre public.* » à la différence de l'article 6 du même Code faisant référence, de manière plus restrictive, « *aux lois qui intéressent l'ordre public* ». Ainsi, l'emploi du terme « *règles* » en lieu et place de « *lois* » nous semble valider cette distinction entre l'ordre public textuel et non textuel.

Les articles du Code civil relatifs aux sanctions de l'inexécution du contrat peuvent-ils être d'ordre public ? Globalement, l'ensemble des dispositions relatives aux sanctions contractuelles, soit les sanctions prévues aux articles 1219 à 1231-7 du Code civil ne se prononcent pas expressément sur leur éventuel caractère d'ordre public. Leur formulation laisserait même plutôt penser que l'ensemble de ces dispositions sont supplétives de volonté en raison de l'usage fréquent du verbe « *pouvoir* ». L'article 1217 du Code civil décrit l'ensemble des sanctions contractuelles que la partie dont « *l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement* » « *peut* » se prévaloir. Puis, la partie subissant une inexécution « *suffisamment grave* » « *peut* »⁶⁰ invoquer l'exception d'inexécution effective ou pour risque d'inexécution, de la même manière qu'elle « *peut* »⁶¹ poursuivre l'exécution forcée en nature directe ou indirecte, obtenir la réduction du prix ou encore qu'elle « *peut* »⁶² résoudre judiciairement ou unilatéralement le contrat. Ainsi, le rapport⁶³ joint à l'ordonnance du 10 février 2016 affirme qu'il n'y a pas lieu « *de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception.* ». Le Doyen CORNU en avait déjà posé le principe « *Par leur nature même, les lois civiles d'ordre public doivent être l'exception, puisque le Droit civil est destiné à régler les rapports des individus entre eux, c'est-à-dire des intérêts purement privés ; ces lois ne touchent à l'ordre public que dans la mesure où elles limitent la liberté des individus, afin d'empêcher que cette liberté ne devienne une cause de trouble, un danger pour l'ordre et la sécurité générale.* »⁶⁴. Si l'on suit donc les préconisations de ce rapport, en l'absence de précisions spécifiques dans la loi, sa vocation supplétive devrait être le principe. Toutefois, même si ledit rapport érige en principe la vocation supplétive des dispositions du Code civil, sa valeur est toute relative, celui-ci étant rédigé par la chancellerie et n'ayant pas de valeur impérative, il a simplement une vocation interprétative. Il ne peut donc pas être exclu que parmi ces dispositions légales certaines soient, en tout ou partie, d'ordre public. En ce sens, certains auteurs, prenant le contrepied dudit rapport, soutiennent cette position même si l'ordonnance du 10 février 2016 reste

⁵⁹ Cass. civ. 4 déc. 1929 *Croizé c/ Veaux* : « *Attendu qu'il résulte des termes de l'article 1133 du Code civil que la cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public, sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit prohibée par la loi* » ; V. aussi : Req. 29 déc. 1845, DP 1846. 1. 57. ; Cass. civ. 15 mars 1876, S. 1876. 1. 337.

⁶⁰ Art. 1219 et 1220 du Code civil.

⁶¹ Art. 1221, 1222 et 1223 du Code civil.

⁶² Art. 1226 et 1227 du Code civil.

⁶³ 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.

⁶⁴ G. CORNU, « *Introduction à l'étude du droit civil : notions générales* », Paris : A. Pédone, 5^{ème} éd., 1929, p. 61.

muette à ce sujet⁶⁵. Plus explicitement, le Professeur PERES affirme qu'« *il faut fortement nuancer l'idée que seuls les textes ouvertement qualifiés d'impératifs viendraient restreindre l'étendue de la liberté contractuelle* »⁶⁶. En effet, comme expliqué plus haut sur la distinction entre ordre public textuel et ordre public virtuel, rien n'empêche aux juges de reconnaître la valeur d'ordre public de certaines dispositions du Code civil en l'absence de dispositions explicites dans la loi. C'est ainsi que le Professeur MERCADAL⁶⁷ a pu défendre le caractère d'ordre public de certains articles du Code civil. Selon lui, seraient d'ordre public l'article 1219 du Code civil, l'exception d'inexécution étant admise par la jurisprudence pour des « *raisons impérieuses* », la « *disproportion manifeste* » visée à l'article 1221 du Code civil en raison de la réserve de l'abus de droit, la faculté de résolution unilatérale visée à l'article 1226 du Code civil, la jurisprudence antérieure l'ayant admise pour des « *raison impérieuses* », la faculté de demander la résolution judiciaire du contrat visée à l'article 1227 du Code civil au regard de la formulation catégorique de cet article : « *La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice.* ». Par conséquent, il existe bien un débat sur la vocation d'ordre public de certains articles relatifs aux sanctions de l'inexécution du contrat (art. 1219 à 1231-7 du Code civil).

Liberté de stipuler des clauses de facilitation et de renonciation aux dommages-intérêts. Contrairement à la responsabilité délictuelle⁶⁸, il est acquis que la responsabilité contractuelle est supplétive de volonté et peut donc faire l'objet d'aménagements contractuels. En principe, les trois fondements juridiques que sont les articles 1103⁶⁹, 1102⁷⁰ et 1231-3⁷¹ du Code civil permettent d'affirmer que les parties peuvent librement renoncer ou aménager les dommages-intérêts. Tout d'abord, l'article 1103 pose un principe cher au droit des contrats français celui de la force obligatoire du contrat à même de justifier que les parties puissent aménager l'étendue des dommages et intérêts. Puis, l'article 1102 érige en principe la liberté contractuelle et la possibilité pour les parties de « *déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.* », c'est-à-dire, d'alourdir (par exemple, au moyen d'une clause pénale) ou d'alléger⁷² (par exemple, au moyen d'une clause limitative de

⁶⁵ G. CHAMPENOIS, « *Notaire - Nouveau droit des contrats, nouvelles pratiques notariales, synthèse* », JCP N, n° 17, 28 avr. 2017, 1167 : « *Le rapport au président de la République affirme le principe du caractère supplétif des règles nouvelles, qui résulteraient des articles 6 et 1102 (principe de la liberté contractuelle) et 1103 (force obligatoire des contrats), « sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné ». Mais cette affirmation est inexacte, comme l'ont démontré François Chénéde et Cécile Peres. Il est clair que de nombreuses règles du nouveau Titre III du livre III du Code civil s'imposent aux parties, bien que l'ordonnance ne les ait pas expressément déclarées d'ordre public : conditions de validité du contrat, existence d'une contrepartie dans les contrats à titre onéreux, protection contre les clauses abusives dans les contrats d'adhésion, à titre d'exemples.* ».

⁶⁶ C. PERES, « *Contrats et obligations - Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats* », JCP G, n° 16, 18 avr. 2016, 454.

⁶⁷ Pour le Professeur MERCADAL « *Cette faculté a été admise par la jurisprudence antérieure pour des raisons impérieuses. Elle est donc (...) d'ordre public* » (B. MERCADAL, Revue Francis Lefebvre, « *Le Bulletin Rapide de Droit des Affaires* », 21. L'ordre public dans la réforme du droit des contrats, 6/18, 15 Mars 2018).

⁶⁸ Selon la jurisprudence, la responsabilité civile détient un caractère d'ordre public uniquement en matière de responsabilité pour faute (V. notamment : Cass. Civ. 2^{ème}, 17 Fév. 1955, n°55-02.810 : « *sont nulles les clauses d'exonération ou d'atténuation de responsabilité en matière délictuelle, les articles 1382 et 1383 du Code Civil étant d'ordre public* ») et non de responsabilité sans faute (Req. 31 Nov. 1931).

⁶⁹ « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.* »

⁷⁰ « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.* »

⁷¹ « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive.* »

⁷² Sur ce point, Delebecque affirme que « *La validité des clauses d'allègement des obligations repose sur le principe de la liberté contractuelle. Si ces clauses sont valables, c'est parce qu'elles "ne représentent que l'une des formes mineures de la liberté fondamentale de ne pas contracter"* » : P. DELEBECQUE, « *Clauses d'allègement des obligations* », JCP Contrats – Distribution, Fasc. 110, 5 Avr. 2012, n°52.

responsabilité) le montant des dommages et intérêts. Enfin et surtout, l'article 1231-3 énonce que la responsabilité contractuelle répare uniquement le préjudice « *prévisible* » ce qui a pour corollaire la liberté des parties de « *prévoir* » conventionnellement l'évaluation des dommages et intérêts « *le contrat étant avant tout un instrument de prévisibilité* »⁷³. En conséquence, si le juge dispose dans son office du pouvoir d'évaluer le montant et l'étendue des dommages et intérêts, c'est sous réserve que les parties n'aient pas procédé à cette même évaluation *ab initio* lors de la conclusion du contrat. Un grand nombre d'ouvrages doctrinaux⁷⁴ défendent la possibilité de régler conventionnellement l'évaluation des dommages et intérêts au moyen de clauses limitatives de responsabilité ou de clauses pénales. La licéité de la clause limitative de responsabilité tient précisément à l'absence de caractère d'ordre public des dommages-intérêts. *De lege lata*, la jurisprudence⁷⁵ a très tôt reconnu le pouvoir pour les parties de s'émanciper du pouvoir d'évaluation judiciaire au profit d'une évaluation conventionnelle entre elles en les autorisant à stipuler des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. *De lege ferenda*, cette reconnaissance de la validité de principe de ces clauses est d'ailleurs confirmée par le projet de réforme de la responsabilité civile⁷⁶ et les principes du droit européen des contrats⁷⁷. De même, les clauses pénales sont depuis fort longtemps consacrées par la loi⁷⁸ et autorisent les parties à stipuler que celui qui manquera d'exécuter le contrat paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts. Nous admettons donc ce caractère supplétif de la sanction consistant en l'octroi de dommages et intérêts. Partant, il ne sera donc pas nécessaire d'inclure les dommages-intérêts lorsque nous examinerons la licéité des clauses de *renonciation* et de *facilitation* plus loin.

Typologies de clauses d'aménagement relatives aux sanctions contractuelles portant atteinte à un droit. Nous retiendrons une définition stricte de la licéité, c'est ce qui est « *conforme à l'ordre public (exprès et licite)* »⁷⁹. Les typologies de clauses qu'il conviendra d'analyser dans le cadre de la licéité des clauses d'aménagement ne concernent que celles qui sont susceptibles de porter atteinte ou de déroger à des dispositions prévues par la loi. En l'absence d'une telle atteinte ou dérogation, la question de la licéité d'une clause d'aménagement ne se pose pas. C'est en ce sens que le Professeur MALAURIE affirmait en

⁷³ 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.

⁷⁴ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, « *Droit civil : les obligations* », préc. Dalloz, 11^{ème} éd., 2013, n° 609-628 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « *Droit des obligations* », L.G.D.J, 8^{ème} éd., 2016, n° 976-994 ; A. BENABENT, « *Droit des obligations* », L.G.D.J préc. domat droit privé, 16^{ème} éd., 2017, n°432-439 ; B. FAGES, « *Droit des obligations* », L.G.D.J, 7^{ème} éd., 2017, n°326-338 ; Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *Droit civil : les obligations* », Sirey, 16^{ème} éd., 2018, n°3032-3069.

⁷⁵ Pour les décisions reconnaissant la validité des clauses limitatives de responsabilité : Cass. civ., 15 mars 1869, DP 1869, I, p. 201 ; Cass. civ., 13 août 1884, DP 1885, I, p. 78. ; pour les décisions reconnaissant la validité des clauses exonératoires de responsabilité : Cass. Civ., 24 janv. 1874, DP 1876, I, p. 133 ; Cass. civ. 4 févr. 1874, DP 1874, I, p. 305 ; Cass. soc., 3 Août 1948, DP 1948, p. 536. ; pour une validation générale des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité : Cass. civ. 1^{ère}, 19 janv. 1982, n° 80-15.745 où la Cour de cassation affirme qu'« *Aucune disposition légale ne prohibe d'une façon générale l'insertion de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans les contrats d'adhésion, et qu'il n'est fait état d'aucune prohibition spéciale aux contrats de jeu* ».

⁷⁶ Projet de réforme de la responsabilité civile, Mars 2017, art. 1281 : « *Les clauses ayant pour objet ou pour effet d'exclure ou de limiter la responsabilité sont en principe valables, aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle.* »

⁷⁷ Les principes du droit européen des contrats, art. 8-109 : « *Les moyens accordés en cas d'inexécution peuvent être exclus ou limités à moins que ce ne soit contraire aux exigences de la bonne foi.* »

⁷⁸ Art. 1152 C. civ. (v. 1804) « *Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.* »

⁷⁹ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, p. 616.

pratique que « *l'ordre public n'apparaît que par les atteintes qui lui sont portées* »⁸⁰. Ainsi, ce sont les seules clauses de *renonciation* et de *facilitation* qui devront être examinées en raison de leur caractère dérogatoire et de l'atteinte susceptible d'être portée à des dispositions éventuellement d'ordre public. Nous verrons que la question de la licéité ne se posera pas en des termes identiques s'agissant des clauses de *facilitation* et de *renonciation*. L'intensité de l'atteinte potentielle à l'ordre public ne se fera pas de manière identique. Pour la clause de *renonciation*, l'atteinte à l'ordre public portera sur la possibilité de se prévaloir de la mise en œuvre d'une sanction contractuelle (par exemple, la faculté mettre en œuvre la résolution judiciaire ou l'exécution forcée du contrat) alors que, pour la clause de *facilitation*, l'atteinte portée à l'ordre public concernera davantage les seules modalités d'exercice des sanctions contractuelles et non la possibilité de s'en prévaloir. Il revient à présent de procéder à l'analyse de la licéité des clauses de *renonciation* (**Chapitre I**) et des clauses de *facilitation* (**Chapitre II**).

CHAPITRE I : la licéité des clauses de renonciation

Définition de l'acte de renonciation. Classiquement, la renonciation est définie dans le Vocabulaire juridique du Doyen CORNU comme l' « *Acte de disposition par lequel une personne – abandonnant volontairement un droit déjà né dans son patrimoine (droit substantiel ou action en justice) – éteint ce droit (renonciation à une créance, à un usufruit, à une servitude)* »⁸¹ ou l' « *Acte (...) par lequel une personne se prive par avance d'un avantage encore éventuel auquel elle pourrait normalement prétendre un jour.* »⁸². De manière plus large, « *La renonciation peut être définie comme l'acte juridique unilatéral par lequel le titulaire abdique une prérogative ou un ensemble de prérogatives.* »⁸³ L'acte de renonciation peut donc être opéré, soit de manière *a posteriori*, sur un droit déjà acquis, soit de manière *a priori*, sur un droit non déjà acquis et par avance.

Exclusion de la renonciation à des droits objectifs ou à un ensemble de dispositions relevant d'un droit spécial. Le Doyen Carbonnier⁸⁴ opérait une distinction entre deux types de renonciation, la renonciation à des droits objectifs, c'est-à-dire à un ensemble ou un « *bloc* » de règles juridiques, elle débouche sur « *une substitution d'un corps de règles à un autre* »⁸⁵, et à des droits subjectifs, c'est-à-dire à des droits spécifiques, des « *avantages* »⁸⁶ octroyés en faveur du contractant souhaitant y renoncer. La distinction entre ces deux types de renonciation peut paraître poreuse, dans la mesure où les droits objectifs se composent d'une multitude de droits subjectifs ; toutefois, toujours est-il que la renonciation à des droits objectifs consiste systématiquement en une « *opération globale* »⁸⁷, « *sans qu'il soit besoin de*

⁸⁰ Ph. MALAURIE, « *L'ordre public et le contrat* », Thèse, 1953, p. 105.

⁸¹ G. CORNU, Association Henri Capitant « *Vocabulaire juridique* », 2018, PUF, *Renonciation*.

⁸² *Ibid.*

⁸³ D. HOUTCIEFF, « *Renonciation* », déc. 2017 (actualisation : Mai 2018), n°5 ; G. GRAMMATIKAS, « *Théorie générale de la renonciation en droit civil* », 1971, LGDJ, n° 1.

⁸⁴ J. CARBONNIER, « *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé. Rapport général* », Paris, Dalloz, TAHC, 1963, t. XIII, p. 282 et s.

⁸⁵ D. HOUTCIEFF, « *Renonciation* », déc. 2017 (actualisation : Mai 2018), n°5 ; G. GRAMMATIKAS, « *Théorie générale de la renonciation en droit civil* », 1971, LGDJ, n° 39.

⁸⁶ S. SCHILLER, thèse, « *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés - les connexions radicales* », LGDJ, 2002, n°77.

⁸⁷ J. BENREDOUANE, thèse, « *La renonciation en droit de l'aide sociale : recherche sur l'effectivité des droits sociaux* », UBFC, 2018, p.86.

spécifier tous les droits subjectifs faisant l'objet de renonciations détaillées »⁸⁸, il est ainsi renoncé à une règle de droit ou à une multiplicité de règles de droit⁸⁹. Classiquement, la jurisprudence rejette la renonciation à un droit objectif, par exemple, concernant la renonciation aux règles juridiques relatives à la sécurité sociale au profit des règles de droit commun⁹⁰. Cette question de la possibilité de renoncer à des droits objectifs, soit à un ensemble de règles ou dispositions juridiques ne relèvera donc pas de notre sujet, car, d'une part, ce type de renonciation est juridiquement remis en cause et, d'autre part, notre sujet a une visée particulière pour le droit commun des contrats, la renonciation à des droits objectifs (donc le fait de renoncer à un bloc de dispositions spéciales au profit de dispositions plus générales) se trouve ici sans objet.

Éviction des clauses *a posteriori* de renonciation à une sanction contractuelle. Il convient d'écarter de cette étude les clauses permettant de renoncer de manière *a posteriori* à une des sanctions contractuelles, et ceci même en présence de dispositions d'ordre public. Il est de jurisprudence constante que « *s'il est interdit de renoncer, par avance, aux règles de protection établies par une loi d'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles* »⁹¹, soit à des droits acquis. La jurisprudence rendue en matière de renonciation *a posteriori* concerne principalement le droit du travail⁹², le droit des baux commerciaux⁹³ et le droit de la consommation⁹⁴. Un auteur⁹⁵ propose une distinction visant à déterminer à quel moment un droit est réputé « *acquis* », selon lui, les droits deviennent « *acquis* », soit par leur formation instantanée, soit par leur formation successive. Dans le premier cas, la renonciation peut avoir lieu immédiatement (le droit étant instantanément acquis), dans le second cas, la renonciation ne pourra être opérée que lorsque le droit aura produit ses effets (ce droit devenant acquis lors de sa totale formation). Par analogie, les clauses de renonciation devraient pouvoir être valablement stipulées à l'égard des sanctions contractuelles de l'inexécution du contrat, fût-elles pour certaines d'ordre public, dès lors qu'elles respectent trois conditions⁹⁶, la renonciation devra être faite en toute connaissance de cause, de manière certaine et être postérieure à la naissance du droit (puisqu'il s'agit d'un droit acquis) ou à la date d'inexécution. Toutefois, si la renonciation est possible pour des droits dont le renonçant a la libre disposition⁹⁷, celle-ci peut également avoir lieu à l'égard d'un droit relevant d'un ordre public de protection⁹⁸ (dès lors que ce dernier est acquis), en revanche, il devrait être impossible de pouvoir renoncer à un droit relevant de l'ordre public de direction⁹⁹. Ainsi, comme le résumait le Professeur CADIET « *il faudrait peut-être*

⁸⁸ J. CARBONNIER, « *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé. Rapport général* », Paris, Dalloz, TAHC, 1963, t. XIII, p. 292.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Cass. crim. 31 mai 1958, JCP 1958, II, 10867 et CA Paris, 1^{er} févr. 1960, D. 1960, 336.

⁹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 1998, n° 96-13.972 ; Cass. civ. 3^e, 27 oct. 1975, Bull. civ. III, n° 310 ; Cass. soc. 5 fév. 2002, n° 99-45.861 ; Cass. civ. 3^e, 30 mars 2017, n° 16-13.914.

⁹² Cass. soc. 5 févr. 2002, n° 99-45.861.

⁹³ Cass. civ. 3^e, 30 mars 2017, n° 16-13.914 ; Cass. 3^{ème} Civ. 20 oct. 2016 n°15-20.285.

⁹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 1998, n° 96-13.972.

⁹⁵ TGI Albi, 13 juill. 1973 ; note Ph. MALAURIE, D. 1954, 520 et D. 1974, 510.

⁹⁶ C. MUTELET J. PRIGENT E. POULIQUEN « *Le Lamy Baux commerciaux* » - Mai 2016, notamment Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 2017 n°16-10.550 ; Cass. civ. 3^{ème}, 20 oct. 2016 n°15-20.285 ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 1998, n° 96-13.972 ; Cass. civ. 3^e, 27 oct. 1975, Soc. 5 févr. 2002, n° 99-45.861 ; Cass. civ. 3^e, 30 mars 2017, n° 16-13.914. V. aussi : D. HOUTCIEFF, « *Renonciation* », Rép. civ. Dalloz, déc. 2017 n°39 et s.

⁹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 25 janv. 2005, n° 01-17.784 ; v. aussi : art. 408 C. pr. civ.

⁹⁸ C. DENIZOT « *Baux dérogatoires et renonciation au statut des baux commerciaux* », AJDI 2004, p. 552 ; J.-P. BLATTER, « *Baux commerciaux* » - Décret du 30 septembre 1953. - Congé. - Forme. - Acte extrajudiciaire, AJDI 1997. p. 759.

⁹⁹ Y. ROUQUET, « *Renonciation contractuelle à l'ordre public applicable aux baux commerciaux* », AJDI 2014. p. 91.

distinguer [...] entre l'ordre public de direction, qui échappe en effet à la volonté des parties, et l'ordre public de protection, au bénéfice duquel ces dernières peuvent toujours renoncer »¹⁰⁰. Selon que les sanctions contractuelles seront qualifiées de supplétives ou d'impératives, et dans ce cas comme poursuivant un ordre public de protection ou de direction, il pourra être déduit si la clause consistant à y renoncer est valable. Si ces conditions sont effectivement remplies, la renonciation est possible, sauf disposition législative contraire, de sorte qu' « il faut se demander non pas si la règle de droit dont le bénéficiaire est abdicqué intéresse l'ordre public, mais si la renonciation au bénéfice de cette règle heurte l'ordre public »¹⁰¹. Ici, les seules clauses de renonciation qui intéresseront le sujet de notre étude sont celles permettant de renoncer à un droit non encore acquis, c'est-à-dire celles conduisant à renoncer de manière anticipée (ou *a priori*) à une sanction relative à l'inexécution du contrat.

Exclusion de la possibilité de renoncer à des droits intéressant des tiers. Il n'est pas possible de renoncer à des droits octroyés dans l'intérêt de tiers que certains nomment les « droits-fonctions »¹⁰². En effet, suivant la logique posée à l'article 1199 Code civil, « La renonciation n'est envisageable que dans la mesure où elle ne pourra nuire qu'au renonçant, c'est-à-dire si elle porte sur un droit qui n'intéresse que lui »¹⁰³ ; ainsi les droits dont il est question ne traduisent « qu'un intérêt unique »¹⁰⁴ (celui du renonçant) et ne doivent pas impliquer « un devoir personnel envers autrui »¹⁰⁵. Dans une telle situation où une renonciation à un droit-fonction aurait lieu, certains estimaient que le consentement du tiers en question devrait être sollicité pour que cette dernière soit valable. Ainsi, « En admettant que la volonté unilatérale puisse détruire un droit, il faut quelque chose de plus, parce que souvent cette destruction touche aux droits d'un tiers, ce qui exige son consentement »¹⁰⁶.

Après avoir procédé à ces divers affinages du périmètre du sujet, nous démontrerons que si par principe les clauses de renonciation anticipée aux sanctions contractuelles sont licites *de lege lata* (SECTION I), une mise à l'épreuve de ces clauses pourrait se profiler de *lege ferenda* au regard de la progressive montée en puissance des droits fondamentaux en droit privé (SECTION II).

SECTION I : La licéité de principe des renonciations anticipées aux sanctions contractuelles de lege lata

Nous examinerons la licéité de la clause de renonciation individuelle à chaque sanction contractuelle (PARAGRAPHE I), ainsi que la clause de renonciation collective à plusieurs sanctions contractuelles (PARAGRAPHE II).

¹⁰⁰ L. CADIET, « La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale », rev. arb. 1996. 3, n° 32.

¹⁰¹ B. FAUVARQUE-COSSON, « Libre disponibilité des droits et conflits de lois », Thèse, L.G.D.J, 1996

¹⁰² S. SCHILLER, thèse, « Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés - les connexions radicales », LGDJ, 2002, n°80.

¹⁰³ S. SCHILLER, thèse, « Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés - les connexions radicales », LGDJ, 2002, n°80.

¹⁰⁴ J. MARTIN DE LA MOUTTE, « L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique en droit civil », préf. RAYNAUD, 1951, Sirey, n°s 108.

¹⁰⁵ J.D BREDIN, « Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français », in Travaux de l'association Capitant 1963, p. 374.

¹⁰⁶ S. LESSONA, « Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil », L. Larose et L. Tenin (Paris), 1912, p. 368.

Paragraphe I : la licéité de la clause de renonciation individuelle à chaque sanction contractuelle

Il nous faut à présent vérifier la licéité de ces clauses de renonciation individuelle s'agissant des sanctions provisoires que sont l'exception d'inexécution effective (art. 1219 C. civ.) et l'exception pour risque d'inexécution (1220 C. civ.) (I.) et des sanctions définitives que sont l'action en résolution (II.), à l'exécution forcée directe (III.) et indirecte (IV.) et la réduction du prix (V.).

I. La licéité des clauses de renonciation relatives à l'exception d'inexécution

Consécration jurisprudentielle et légale de l'*exceptio non adimpleti contractus*. Classiquement, l'exception d'inexécution est un moyen de défense contractuel d'origine prétorienne permettant à « l'une des parties de ne pas exécuter son obligation lorsque l'autre n'exécute pas la sienne »¹⁰⁷. La doctrine¹⁰⁸ définit traditionnellement cette exception d'inexécution de la manière suivante : « l'exception d'inexécution est une condition inhérente à tout rapport synallagmatique fondée sur l'(ancien)article 1184 du Code civil, permettant au contractant créancier d'une obligation exigible – l'excipiens – envers lequel son cocontractant n'a pas exécuté ou a manifesté un refus implicite non équivoque d'exécuter son propre engagement, de refuser d'exécuter son obligation ». Celle-ci était déjà consacrée par certains textes spéciaux¹⁰⁹ et, suite à un regain d'intérêt pour ce mécanisme en doctrine¹¹⁰, la jurisprudence a généralisé ce mécanisme en droit commun¹¹¹. Cette construction prétorienne a été validée par le législateur français qui, avec l'adoption de la réforme du droit des contrats en 2016¹¹², a consacré ce moyen de défense contractuel à l'article 1219 du Code civil. Pour rappel, l'exception d'inexécution ou « *exceptio non adimpleti contractus* » peut être invoquée à plusieurs conditions : elle ne joue que pour les obligations interdépendantes¹¹³ (c'est-à-dire s'il existe un rapport de connexité entre les obligations réciproques), en général, en matière de contrats synallagmatiques, l'inexécution de l'obligation suspendue doit être certaine¹¹⁴ et

¹⁰⁷ Cass. soc. 31 mai 1956 : Bull. civ. IV, n° 503.

¹⁰⁸ C. MALECKI, « *L'exception d'inexécution* », Thèse, LGDJ, 1999, n° 143.

¹⁰⁹ Il s'agit notamment de la vente (C. civ., art. 1612, 1613, 1651 et 1653) de l'échange (C. civ., art. 1704) et du dépôt onéreux (C. civ., art. 1948).

¹¹⁰ V. notamment : R. CASSIN, « *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution* », thèse, Paris : L. Tenin, 1914 ; R. SALEILLES, « *Les théories allemandes sur les droits qui, en cas de contrats synallagmatiques, appartiennent à la partie poursuivie en paiement lorsque son adversaire, de son côté n'exécute pas ses engagements* », annales de droit commercial, 1892, p. 287 et s.

¹¹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 5 mars 1974 n° 72-11.884 : le contractant « *poursuivi en exécution de ses obligations et estime que l'autre partie n'a pas exécuté les siennes a toujours le choix entre la contestation judiciaire et l'exercice à ses risques et périls de l'exception d'inexécution qui ne représente qu'un refus provisoire d'exécuter* ».

¹¹² Ord. n° 2016-13110 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹¹³ Req. 17 mai 1938, DH 1938. 419, Cass. Civ. 3^{ème}, 2 déc. 2014, n° 13-22.609.

¹¹⁴ Cass. Soc. 7 Juill. 1955: Bull. civ. IV, n° 595 : « *En aucun cas un preneur à bail rural ne peut, pour refuser le paiement des fermages échus, qui constituent une créance certaine, liquide et exigible, opposer au bailleur l'inexécution par lui de travaux qui représentent une créance incertaine* ».

exigible¹¹⁵, l'inexécution de l'obligation suspendue doit présenter un certain degré de gravité¹¹⁶ et l'exercice de cette riposte contractuelle doit être proportionnée¹¹⁷ par rapport à l'inexécution suspendue.

Le caractère d'ordre public de l'exception d'inexécution sur le fondement du caractère synallagmatique du contrat ? Avant l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats¹¹⁸, le caractère d'ordre public de l'exception d'inexécution faisait déjà l'objet d'âpres discussions en doctrine¹¹⁹. Certains auteurs y étaient hostiles¹²⁰, d'autres y étaient plutôt favorables¹²¹ estimant que celle-ci était inhérente à la nature synallagmatique du contrat. Parmi ceux qui y étaient hostiles, le principal argument invoqué était qu'« aucune disposition légale n'énonce l'impossibilité absolue de déroger à la règle de l'exécution trait pour trait », ainsi « on ne voit pas d'objection à ce qu'une clause librement et expressément acceptée par les parties écarte le jeu de l'exception »¹²². En substance, c'était donc l'absence de disposition légale expresse en ce sens qui justifiait que l'on devait se garder de qualifier l'exception d'inexécution comme revêtant un caractère d'ordre public. Pour les tenants du caractère d'ordre public de l'exception d'inexécution, le principal argument avancé était lié à la nature même du contrat synallagmatique. Ainsi, le Professeur BENABENT¹²³ soutenait qu'un lien étroit existait entre la nature synallagmatique du contrat et l'exception d'inexécution. Ce lien était d'ailleurs déjà mis en exergue dès le début du XX^{ème} siècle à une époque où la Cour de cassation ne reconnaissait pas encore, en dehors de textes spéciaux, l'existence de l'exception d'inexécution¹²⁴. Ainsi, Henry AZEMAR affirmait en ces temps-là que « Lorsque deux personnes font entre elles un contrat synallagmatique, il est à présumer, sauf clause contraire, qu'elles ont entendu que les deux obligations qui en naîtraient, à la charge de chacune d'elles, seraient exécutées sinon simultanément, ce qui n'est pas toujours possible, au moins à un court intervalle. (...) Si donc, l'un des contractants, sans effectuer la prestation qui lui incombe, réclame de l'autre la prestation qui lui est due, ce dernier a le droit de refuser d'exécuter tant que le poursuivant n'aura pas lui-même payé. »¹²⁵. La Cour de cassation Belge adoptera également un raisonnement identique « *l'exceptio non adimpleti contractus est de droit dans les contrats synallagmatiques ; qu'elle permet à chacune des parties de suspendre l'exécution de son obligation et de retenir ainsi ses propres prestations aussi longtemps que son cocontractant reste en défaut d'effectuer les siennes* »¹²⁶. Il apparaissait alors que l'exception d'inexécution était sous-entendue dans tout contrat synallagmatique et que, à moins que les parties aient manifestées leur intention contraire par voie conventionnelle, l'exécution des prestations et contreprestations réciproques des parties

¹¹⁵ Toutefois, la jurisprudence admet l'exception d'inexécution alors que l'obligation inexécutée et suspendue n'est ni liquide ni exigible : Cass. com. 2 fév. 1993: RTD civ. 1993. 819, obs. Mestre.

¹¹⁶ Cass. soc. 21 oct. 1954: Bull. civ. IV, n° 613; JCP 1955. II. 8563. : « *L'inexécution par l'une des parties de quelques uns de ses engagements n'affranchit pas nécessairement l'autre de toutes ses obligations; il appartient au juge de décider d'après les circonstances si cette inexécution est suffisamment grave pour entraîner pareil résultat.* ».

¹¹⁷ La jurisprudence fait une référence nette quant à la nécessité d'une riposte proportionnée par rapport à l'obligation inexécutée. V. : Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2016, n° 15-20.834.

¹¹⁸ Ord. n° 2016-13110 fév. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹¹⁹ F. LABARTHE, « *L'exception d'inexécution est-elle d'ordre public ?* », JCP E, n° 29, 20 juill. 2000, p. 1190

¹²⁰ Par exemple : C. MALECKI, « *L'exception d'inexécution* », Thèse, LGDJ, 1999 ; O. DESHAYES « *Exception d'inexécution* » Rép. civ. Dalloz, janvier 2011, n°31 à 35.

¹²¹ Par exemple : A. BENABENT, « *Les obligations* », Montchrestien, 7^e éd., 1999, n° 385.

¹²² C. MALECKI, « *L'exception d'inexécution* », Thèse, LGDJ, 1999, n°278.

¹²³ A. BENABENT, « *Les obligations* », Montchrestien, 7^e éd., 1999, n° 385.

¹²⁴ Cass. 1^{ère} déc. 1897, D. P. 98-1-289.

¹²⁵ H. AZEMAR, « *Du contrat synallagmatique* », thèse, Montpellier : Imprimerie centrale du midi (Hamelin Frère), 1900, p. 92.

¹²⁶ Cass. 1^{ère}, 24 avr. 1947, *Pasicrisie* 1947, I, 174.

devaient se faire de manière simultanée ou dans un court intervalle. S'il est classiquement enseigné que l'exception d'inexécution résulte du caractère synallagmatique du contrat¹²⁷, cela ne signifie pas pour autant que l'exception d'inexécution revêt un caractère d'ordre public et ne peut faire l'objet de clause de renonciation. D'ailleurs, comme évoqué plus haut, Henry AZEMAR affirmait que « *Lorsque deux personnes font entre elles un contrat synallagmatique, il est à présumer, sauf clause contraire, qu'elles ont entendu que les deux obligations qui en naîtraient, à la charge de chacune d'elles, seraient exécutées sinon simultanément, ce qui n'est pas toujours possible, au moins à un court intervalle. (...)* »¹²⁸. Cet auteur conçoit donc parfaitement que la possibilité de se prévaloir de l'exception d'inexécution, sous-tendue par la nature synallagmatique du contrat, puisse faire l'objet de « *clause contraire* ». Partant, l'argument du lien consubstantiel entre l'exception d'inexécution et le contrat synallagmatique n'est pas pertinent dans la mesure où ce lien n'empêche pas de considérer l'exception d'inexécution comme étant supplétive de volonté. Si certains plaideurs ont tenté de se saisir de cet argument¹²⁹, la jurisprudence n'a à notre connaissance jamais établi expressément le caractère d'ordre public de l'exception d'inexécution en raison du caractère synallagmatique du contrat.

Le caractère d'ordre public de l'exception d'inexécution sur le fondement de la bonne foi contractuelle ? Historiquement, en droit romain, un lien étroit était établi entre *l'exceptio non adimpleti contractus* et l'obligation de bonne foi des parties « *La partie qui voudrait imposer l'exécution à son co-contractant sans accomplir elle-même la prestation dont elle est tenue manquerait évidemment à la bonne foi. Aussi pourrait-elle être repoussée dans sa demande par l'exceptio non adimpleti contractus.* »¹³⁰. En effet, la bonne foi par l'entremise du caractère synallagmatique du contrat a un lien avec l'exception d'inexécution puisque « *De ce caractère synallagmatique on peut faire découler une conséquence : c'est que ces contrats sont des contrats de bonne foi et donnent lieu à des actions bonae fidei* »¹³¹. Ainsi, le droit romain faisait application de l'adage *non servanti fidem non est fides servanda* (à celui qui ne garde pas la foi, foi n'est plus due). Dans sa célèbre thèse, le Professeur CASSIN définissait l'exception d'inexécution comme « *Un moyen de défense de bonne foi, offert à quiconque est obligé en vertu d'un rapport synallagmatique sans être tenu d'exécuter le premier, et qui consiste à refuser la prestation due jusqu'à l'accomplissement de la contre-prestation incombant à l'autre partie* »¹³². La doctrine contemporaine se montre également favorable à la

¹²⁷ V. commentaire (daloz), art. 1220 C. civ. : « *Le champ d'application de l'exceptio non adimpleti contractus concerne d'abord naturellement les contrats synallagmatiques* » ; P. LE TOURNEAU, « *CONCESSION EXCLUSIVE . – Conditions de validité au regard du droit des contrats . – Formation . – Prix et durée* », JCl. Contrats Distribution, Fasc. 1025, 12 juin 2014 (mis à jour le 4 octobre 2015), n°54 : « *Puisque contrat synallagmatique il y a, l'exception d'inexécution s'applique* ».

¹²⁸ H. AZEMAR, « *Du contrat synallagmatique* », thèse, Montpellier : Imprimerie centrale du midi (Hamelin Frère), 1900, p. 92.

¹²⁹ CA, Paris, Pôle 1, chambre 3, 10 juin 2014, n° 13/18296 : concernant un contrat de bail commercial, « *la jurisprudence a reconnu en toute matière le droit de suspendre le contrat à celui qui ne reçoit pas satisfaction et, parce qu'il procède de la structure même du contrat, le mécanisme de l'exception d'inexécution reconnu au cocontractant insatisfait est d'ordre public* ».

¹³⁰ J. DELOUME, « *Caractères généraux communs aux quatre contrats consensuels, classifications diverses qu'on peut établir entre eux* », Librairie de la société du recueil général des lois & des arrêts, Dir. de la librairie : L. Larose, 1899, p. 5.

¹³¹ J. DELOUME, « *Caractères généraux communs aux quatre contrats consensuels, classifications diverses qu'on peut établir entre eux* », Librairie de la société du recueil général des lois & des arrêts, Dir. de la librairie : L. Larose, 1899, p.6, V.

¹³² R. CASSIN, « *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution* », thèse, Paris : L. Tenin, 1914, p. 440.

désignation de la bonne foi comme fondement de l'exception d'inexécution¹³³. Or, certains auteurs ont démontré que l'exécution de la bonne foi contractuelle a une vocation d'ordre public¹³⁴, ce que confirme l'actuel article 1104 du Code civil¹³⁵. Autoriser un contractant à pouvoir réclamer l'exécution des obligations de son cocontractant alors que lui-même n'exécute pas les siennes serait ainsi contraire au devoir de bonne foi contractuelle. Si l'exception d'inexécution a pour fondement la bonne foi, écarter conventionnellement l'exception d'inexécution serait illicite en ce que cela se heurterait à bonne foi contractuelle dont la vocation est d'ordre public. Bien que ce raisonnement puisse être soutenu d'un point de vue théorique, aucune jurisprudence n'est venue à notre connaissance établir ce lien entre l'exception d'inexécution et la bonne foi pour reconnaître un rang d'ordre public à l'exception d'inexécution.

L'argument de l'analogie avec l'action résolutoire pour défendre la vocation supplétive de l'exception d'inexécution. Selon certains auteurs, une analogie peut être défendue entre la résolution du contrat et l'exception d'inexécution¹³⁶. Jean CARBONNIER¹³⁷ estimait que l'exception d'inexécution constituait un « *diminutif* » de la résolution du contrat. Ce lien est parfois évoqué en jurisprudence, par exemple, la Cour d'appel de Pau¹³⁸ concernant l'option entre la résolution judiciaire et l'exception d'inexécution a considéré que des « *malfaçons et non-conformités* » pouvaient « *servir de fondement à une résolution judiciaire du contrat de vente, ou à un diminutif de la résolution* ». Et il a été expliqué que « *très souvent, l'exception d'inexécution constitue un procédé direct d'extinction des obligations* » et « *se rapproche de la résolution unilatérale (...) lorsque l'inexécution fautive de ses obligations par l'une des parties compromet irrémédiablement la poursuite des relations contractuelles* »¹³⁹. Selon ce même auteur, « *La jurisprudence accredité totalement cette conception de l'exception d'inexécution par l'emploi très fréquent du terme « affranchir » et non pas celui de « suspendre » pour caractériser son effet. (...) Par ailleurs, ce rapprochement entre l'exception*

¹³³ « *L'exception d'inexécution n'a pas de base légale expresse, elle se fonde précisément sur le principe de la bonne foi contractuelle, dans la mesure où l'une des parties à un rapport synallagmatique ne peut exiger de son partenaire l'exécution de ses engagements alors qu'elle-même n'a pas rempli ses obligations, qui devaient l'être à titre préalable.* » (M.STORCK, JCl Civil Code, Art. 1219 et 1220 – fasc. unique Contrat-Inexécution du contrat-Exception d'inexécution, 4 mai 2017, n°76) ; « *Il était donc difficile d'affirmer que ce mécanisme était une véritable exception à la force obligatoire du contrat, plutôt qu'un moyen de pression octroyé à une partie au contrat, alors que le fondement de son invocation semblait découler du principe de bonne foi* » (B. VINCENDEAU, « *L'évolution de l'exception d'inexécution : vers la consécration d'un droit de réserve d'exécution* », LPA 9 sept. 2019, p. 6, n°9) ; « (...) *Une telle argumentation est pourtant paradoxale puisque la bonne foi est également le fondement de l'exception d'inexécution.* » (N. CUZACQ, « *La notion de riposte proportionnée en matière d'exception d'inexécution* », LPA, 7 mai 2003, n° 21) ; V. aussi P. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, « *Droit des obligations* », 13^e éd., 2014, Lexisnexus, § 519.

¹³⁴ Fr. TERRE., Simler Ph. SIMLER. et Y. LEQUETTE., « *Droit civil. Les obligations* », Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 487 ; J. MESTRE, « *Pour un principe de bonne foi mieux précisé* », RLDC 2009/58, n° 3322 ; J. MESTRE, « *La clause de bonne foi* », in « *Les principales clauses des contrats d'affaires* », J. MESTRE et J.-Chr. RODA (sous la dir.), Lextenso, 2011 ; Ph. LE TOURNEAU et M. POUMAREDE, « *Bonne foi* », Rép. civ. Dalloz ; B. FAGES, « *Droit des obligations* », LGDJ-Lextenso, 4^e éd., 2013, n° 32 ; M. MEKKI, « *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, n° 44 ; Ph. DUPICHOT, « *Les principes directeurs du droit français des contrats* », RDC 2013, p. 387, n° 12.

¹³⁵ Art. 1104 C. civ., « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public.* ».

¹³⁶ J. ROCHE-DAHAN, « *L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique* », Recueil Dalloz, 1994, chron. p. 255, n° 12 à 15 ; C. MALECKI, « *L'exception d'inexécution* », Thèse, L.G.D.J 1999, n° 77.

¹³⁷ J. CARBONNIER, « *Droit civil, Les obligations* », t. 4 : Thémis, 22^e éd. 2000, n° 194.

¹³⁸ CA, Pau, 1^{ère} ch., 11 déc. 2006, n° 05/03510.

¹³⁹ J. ROCHE-DAHAN, « *L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique* », Recueil Dalloz, 1994, chron. p. 255, n° 13.

d'inexécution et la résolution unilatérale ressort nettement de la jurisprudence en matière de concession exclusive »¹⁴⁰. D'un point de vue procédural, la jurisprudence¹⁴¹ a pu également établir que l'exception d'inexécution et l'action en résolution du contrat concernent l'exercice d'un « même droit » et « tendent aux mêmes fins » au sens de l'article 565 du Code de procédure civile. En effet, ces deux sanctions contractuelles ont principalement trois points communs : elles peuvent être demandées en cas d' « *inexécution suffisamment grave* » (art. 1219 C. civ. et art. 1224 C. civ.)¹⁴², elles sont (en dehors de la résolution judiciaire) des mécanismes extra-judiciaires et elles ont pour objet d'« *affranchir* » de l'exécution d'obligations. Cet « *affranchissement* » est provisoire et en faveur d'une seule partie (*l'excipiens*) s'agissant de l'exception d'inexécution alors qu'il est définitif et bilatéral s'agissant de la résolution du contrat. Il en résulte donc que des similarités peuvent être constatées entre l'exception d'inexécution et la résolution du contrat et ces dernières seront d'autant plus importantes si la suspension du lien contractuel est « *telle que l'inexécution de la convention devient définitivement consommée* »¹⁴³. Ainsi, fort de ce rapprochement entre ces deux mécanismes, des auteurs estiment que la validité de principe reconnue par la jurisprudence à l'égard des clauses de renonciation à la résolution judiciaire¹⁴⁴ devrait également s'appliquer *mutatis mutandis* en matière d'exception d'inexécution¹⁴⁵. Par conséquent, ce raisonnement par analogie permettrait d'autoriser les parties à stipuler des clauses de renonciation anticipée à l'exception d'inexécution d'où il faudrait en déduire le caractère supplétif de l'exception d'inexécution. Mais une telle analogie ne saurait réellement trancher le débat sur la question du caractère d'ordre public de l'exception d'inexécution, nous ne pouvons donc nous dispenser d'analyser la jurisprudence qui a été rendue en la matière à l'égard de cette sanction contractuelle.

Le débat prétorien sur le caractère d'ordre public de l'exception d'inexécution. En jurisprudence, il existe un véritable manque de clarté des décisions rendues sur le caractère d'ordre public ou non de l'exception d'inexécution. Des décisions semblent permettre de soutenir la thèse des tenants de la vocation d'ordre public de l'exception d'inexécution (A.), d'autres de défendre la thèse inverse des tenants de sa vocation supplétive (B.).

A) Jurisprudence en faveur du caractère d'ordre public de l'exception d'inexécution

Un arrêt de cassation rendu par la première Chambre Civile, le 20 juin 1995¹⁴⁶, est souvent cité en la matière pour défendre le caractère d'ordre public de l'exception d'inexécution. En

¹⁴⁰ J. ROCHE-DAHAN, « *L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique* », Recueil Dalloz, 1994, chron. p. 255, n° 14.

¹⁴¹ Cass. 1^{ère} civ., 2 fév. 1999 n° 96-21.291, V. aussi : Cass. civ. 3^{ème}., 20 Janv. 2010, n° 09-65.272

¹⁴² Il reste toutefois que le Code civil distingue l'article 1219 et 1224 du Code civil par leurs emplacements au sein des deux sous-sections distinctes ; la sous-section 1 consacre l'exception d'inexécution et la sous-section 4 consacre la résolution.

¹⁴³ M. STORCK, JCl. Notarial Répertoire, Art. 1219 et 1220, Fasc. unique « *Contrat. – Inexécution du contrat. – Exception d'inexécution* », n°9 et s.

¹⁴⁴ A titre principal, il s'agit des décisions rendues à l'égard de l'action en résolution suivantes : Cass. civ. 3^{ème}, 3 nov. 2011, n° 10-26.203 mais aussi : Cass. civ. 3^{ème}, 13 juill. 2017, n° 13-21.599 ; Cass. civ., 3^{ème}, 10 sept. 2013, n° 12-22.195 ; Cass. com., 5 avr. 2005, n° 03-14.169.

¹⁴⁵ Ph. DELEBECQUE, « *L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat* », Dr. et patr., n° 259, 1^{er} juin 2016 ; O. DESHAYES, « *La renonciation anticipée à la résolution judiciaire est valable* », LEDC déc. 2011, n° 11, p. 4.

¹⁴⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 1995 n° 93-16.807.

l'espèce, un locataire a conclu un contrat de location avec option d'achat portant sur un véhicule. Ce dernier, après avoir effectué un premier versement, cesse de régler les loyers au motif que le véhicule ne lui a pas été livré. Le bailleur décide de résilier le contrat de location avec option d'achat et réclame au locataire les loyers impayés et une « *indemnité contractuelle de résiliation* ». Le bailleur contestait la suspension du paiement des loyers par son locataire en s'appuyant sur une clause dans l'acte de location-vente selon laquelle « *les obligations du locataire ne prennent effet qu'à compter de la livraison* » du véhicule et ne s'applique pas « *lorsque le prix d'achat est d'un montant supérieur aux 140 000 francs fixés* ». Or, le prix d'achat était supérieur à cette somme, c'est pourquoi le bailleur estime que « *le défaut de livraison du véhicule ne saurait suspendre l'exécution du contrat* ». La Cour de cassation ne cède pas à cette argumentation et estime que « *si le bailleur n'exécute pas son obligation de délivrer la chose louée, le locataire n'est pas tenu de payer les loyers qui en sont la contrepartie* ». Il en résulte que la Cour Régulatrice fait primer la suspension dont se prévalait le locataire en raison de l'absence de livraison de la chose louée sur la clause stipulée au contrat de location-achat. Cet arrêt peut faire l'objet de deux interprétations.

Tout d'abord, une interprétation en faveur de la reconnaissance du caractère d'ordre public de l'exception d'inexécution. En effet, cette décision a été interprétée par certains comme excluant la possibilité de stipuler des clauses de renonciation au mécanisme de l'exception d'inexécution. En ce sens, le Professeur LEVENEUR¹⁴⁷ expliquait que cet arrêt reconnaissait « *dans une certaine mesure, un caractère d'ordre public à l'exception non adimpleti contractus* ». En effet, la clause au contrat de location-vente prévoyait que le bailleur pouvait exiger le paiement des loyers dus par le locataire malgré l'absence de délivrance du véhicule et que l'exception d'inexécution ne pouvait donc être opposée. La Cour de cassation donne le primat à la suspension du paiement des loyers par le locataire, la clause au contrat de location-achat ne peut donc empêcher le locataire de se prévaloir de l'exception d'inexécution.

Puis, cet arrêt, qui n'a pas eu les honneurs d'une publication au Bulletin officiel, fait également l'objet d'une interprétation contestant la prétendue vocation d'ordre public de l'exception d'inexécution. En effet, il est également possible de soutenir que cet arrêt se justifie au regard de l'article 1719 du Code civil imposant une obligation de délivrance au bailleur. En effet, la jurisprudence en matière de bail confère une importance particulière à la correcte exécution de cette obligation. Cette dernière retient une approche restrictive des clauses qui tentent de dispenser le bailleur de cette obligation¹⁴⁸. De même, il est de jurisprudence constante¹⁴⁹ que les juges doivent rechercher la gravité du manquement à l'obligation de délivrance pour justifier l'exercice de l'exception d'inexécution¹⁵⁰. Or, dans l'arrêt commenté l'obligation de délivrance n'a purement et simplement pas été exécutée. C'est pourquoi la Cour de cassation censure l'arrêt rendu par la Cour d'appel pour absence de base légale. Les juges du fond auraient dû rechercher si le bailleur avait exécuté son obligation de délivrance avant de se prononcer sur la résiliation du bail en raison des loyers impayés. Cette position de la Cour de cassation a d'ailleurs été confirmée ultérieurement : « *le défaut de paiement par le locataire du premier loyer (...) ne décharge pas le bailleur de son obligation de délivrance* »¹⁵¹.

De même, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 26 septembre 2017 semble s'inscrire

¹⁴⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 1995 n° 93-16.807 : CCC. 1995, n° 200, obs. L. LEVENEUR.

¹⁴⁸ E. CHAVANCE, « *Sur l'obligation de délivrance et la clause de prise des locaux en l'état* », JCP E, n° 15, 9 avr. 2009, 1371 : « *Il ressort de l'analyse de la jurisprudence que cette dernière interprète désormais de plus en plus strictement les diverses clauses insérées dans les baux pour tenter de dispenser le bailleur de son obligation de délivrance.* ».

¹⁴⁹ V. : B. VIAL-PEDROLETTI, JCl. Bail à loyer, Fasc. 260, « *Bail d'habitation . – Locations régies par le droit commun du louage (Code civil) . – Obligations du bailleur : délivrance de la chose* », spéc. n°39

¹⁵⁰ V. notamment : cass. civ. 3^{ème}. 4 mars 1987 n° 85-16.224 ; Cass. civ. 3^{ème}. 8 juin 1988 n°87-11.107.

¹⁵¹ Cass. civ. 3^{ème}, 28 juin 2006, n° 05-10.137.

dans la lignée de l'arrêt rendu par la Cour de cassation de 1995¹⁵².

En l'espèce, un contrat prévoyait la création de trois sites internet et la mission se divisait en trois modules : une phase de test des concepts proposés, une phase de construction des sites et, une phase de gestion, organisation et pilotage marketing. Il était prévu que cette clause de mission soit une et indivisible. La clause de réserve de propriété prévoyait que « *le transfert de propriété de tout document est suspendu jusqu'au paiement intégral du prix et de tous frais annexes.* ». L'intimé (le client) estimait que les trois sites n'étaient pas opérationnels et par une lettre de mise en demeure a réclamé à l'appelant (le prestataire) de lui remettre l'intégralité des codes sources et administrateurs et de tous les autres codes d'accès et données techniques nécessaires à l'exploitation des sites. Dans ces conditions, saisi par assignation en référé, le Tribunal de commerce fait injonction, sous astreinte, à l'appelant de communiquer lesdits documents. La Cour d'appel de Paris, saisie par l'appel interjeté par le prestataire à l'encontre de l'ordonnance, estime que « *si (le client) ne peut sérieusement contester ne pas s'être acquittée entièrement de l'intégralité du prix fixé au contrat pour les deux premiers modules, (...), il reste que le contrat stipulait que le solde de 40% devait être effectué 'à la livraison de la mise en ligne des 3 sites', si bien qu'en l'absence de cette livraison totale, (le client) était manifestement fondé(e) à ne pas s'acquitter du solde, la clause d'indivisibilité de la mission ne pouvant faire obstacle au jeu de l'exception d'inexécution du contrat* ». En substance, l'arrêt énonce que le prestataire en charge de la création des trois sites dont le contrat prévoyait que le solde à payer devait être versé à la livraison de la mise en ligne des trois sites ne peut se prévaloir à l'encontre de son client sur le fondement de la clause d'indivisibilité et de transfert de propriété de la retenue des codes nécessaires à l'exploitation du site. En effet, en l'absence de livraison totale desdits codes, le client pouvait refuser de payer le prix nonobstant la clause d'indivisibilité de la mission. La Cour d'appel fait donc primer le mécanisme de l'exception d'inexécution alors même qu'une clause semblait paralyser l'exercice de cette sanction : « *cette clause (d'indivisibilité) n'était pas de nature à faire obstacle au mécanisme de défense contractuel* »¹⁵³. Cet arrêt permettrait ainsi de défendre la vocation d'ordre public de l'exception d'inexécution. Néanmoins, si la clause d'indivisibilité a été écartée par les juges, comme dans l'arrêt précité rendu par la Cour Régulatrice en 1995¹⁵⁴, c'est en raison du non-respect de l'obligation de délivrance. En ce sens, il a été expliqué que la Cour d'appel « *opte donc clairement pour une vision englobante, qui considère que, s'agissant d'un site internet, assimilable à un logiciel spécifique dès lors qu'il est fait sur-mesure, en fonction des demandes et besoins du client, le code source comme le code administrateur doivent être fournis pour que la prestation puisse être considérée comme totalement livrée.* »¹⁵⁵. La Cour d'appel (par une décision qui n'a d'ailleurs pas été rendue au fond) n'a fait qu'user de son pouvoir traditionnel de restriction des effets d'une clause (en l'espèce d'indivisibilité) portant atteinte à l'obligation de délivrance dont le vendeur ou le prestataire est débiteur. Aussi, force est de constater que ni dans l'arrêt de 1995¹⁵⁶, ni dans celui de 2017¹⁵⁷, il était stipulé une clause de renonciation expresse et non équivoque à l'exception d'inexécution. Dans la première affaire, la clause stipulée dans l'acte de location-vente et dans la seconde affaire, la clause d'indivisibilité, ne constituaient en aucun cas une telle clause de renonciation. Le fait que ces décisions puissent justifier le caractère d'ordre public de l'article 1219 du Code civil reste donc incertain.

¹⁵² CA Paris 26 sept. 2017, n° 17/00415.

¹⁵³ CA Paris 26 Sept. 2017 n° 17/00415 : D. IP/IT, 2018.134, obs. A. LECOURT.

¹⁵⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 1995 n° 93-16.807.

¹⁵⁵ CA Paris 26 Sept. 2017 n° 17/00415 : D. IP/IT, 2018.134, obs. A. LECOURT.

¹⁵⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 1995 n° 93-16.807.

¹⁵⁷ CA Paris 26 Sept. 2017 n° 17/00415.

B) Jurisprudence en faveur du caractère supplétif de l'exception d'inexécution

D'autres arrêts semblent davantage suggérer la vocation supplétive de l'exception d'inexécution. Un arrêt rendu par le Cour de cassation le 19 décembre 2007 en matière de copropriété¹⁵⁸ sous-tend le caractère supplétif de l'exception d'inexécution. En l'espèce, des époux ont été assignés en paiement de leurs charges de copropriété et ont refusés de s'exécuter au motif que l'assemblée générale des copropriétaires n'a pas respectée sa décision prise cinq ans avant l'acquisition de leur lot de faire des travaux de rénovation. Ces derniers invoquent l'exception d'inexécution pour refuser de payer lesdites charges. La Cour d'appel de Montpellier¹⁵⁹ estime que « *les époux Y... ne sauraient, pour s'abstenir de régler les charges de copropriété, se référer à l'inexécution de travaux décidés 5 ans avant leur acquisition, du fait de la liquidation judiciaire de copropriétaire dont ils ont acquis les lots sur adjudication ; qu'ils ne justifient en outre d'aucun préjudice concernant la valeur des lots* ». La Cour de cassation confirme le raisonnement des juges du fond et affirme que les copropriétaires sont « *tenus de participer aux charges de copropriété en application des dispositions d'ordre public de la loi du 10 juillet 1965 (et) ne peuvent refuser de payer ces charges en opposant l'inexécution de travaux décidés* ». De prime abord, cette solution, qui n'est pas novatrice en son principe¹⁶⁰, se justifie par l'absence de lien de connexité entre les obligations réciproques en cause. L'exception d'inexécution a pour domaine de prédilection les contrats synallagmatiques. La jurisprudence exigeait classiquement que l'obligation réciproque inexécutée soit interdépendante¹⁶¹ par rapport à celle suspendue, quand bien même celle-ci émanerait d'un contrat distinct¹⁶². Il faut donc une connexité entre les obligations réciproques pour pouvoir se prévaloir de l'exception d'inexécution. Dans l'arrêt commenté, il semble que l'absence de rapport de connexité entre les obligations en présence (en l'occurrence, l'exécution des travaux de rénovation et le paiement des charges de copropriété) explique la solution rendue par la Cour de cassation. Le fait que l'obligation de payer les charges de copropriété soit d'ordre public affaiblit le lien de connexité de cette obligation avec celle de faire les travaux de rénovation. En ce sens que le Professeur DESHAYES expliquait que le lien de connexité fait défaut « *lorsque l'une des obligations en cause, bien que déclenchée par le contrat, est imposée par la loi ou le règlement ou bien s'impose à l'une des parties en vertu d'une disposition d'ordre public.* »¹⁶³. De ce fait, le rejet de l'exception d'inexécution serait simplement lié à l'indépendance des obligations réciproques visée en l'espèce¹⁶⁴. Mais, par une instrumentalisation de son attendu, il pourrait également être soutenu que cet arrêt rendu par la Cour Régulatrice met en exergue la vocation supplétive de l'exception d'inexécution. Si l'exception d'inexécution est écartée par une disposition d'ordre public (la loi du 10 juillet 1965), ce serait parce qu'elle-même n'est pas d'ordre public. En raison de son caractère supplétif, l'exception d'inexécution s'inclinerait donc face à une disposition d'ordre public prévue par la loi du 10 juillet 1965. Néanmoins, on objectera que l'ordre public est protéiforme, il existe une dichotomie entre ordre public de protection et

¹⁵⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 19 déc. 2007, n° 06-21.012

¹⁵⁹ CA Montpellier, 12 sept. 2006, n° inconnu.

¹⁶⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 10 juill. 2007 : AJDI 2007, p. 847 ; CA Paris, 27 nov. 1996 : RD imm. mars 1997, p. 127, Cass. civ. 3^{ème}, 26 mai, 2016, n° 15-17. 378.

¹⁶¹ Cass. civ. 3^{ème}, 2 déc. 2014, n° 13-22.609.

¹⁶² Cass. com. 12 juill. 2005, n° 03-12.507.

¹⁶³ O. DESHAYES « *Exception d'inexécution* » Rep. civ. Dalloz, janvier 2011, n°107.

¹⁶⁴ V. en ce sens : H. PERINET-MARQUET, « *Droit des biens* », JCP N, n° 21, 23 Mai 2008, 1203 : « *Le droit de la copropriété n'est pas celui découlant d'un contrat synallagmatique. À l'obligation des copropriétaires ne correspond pas celle du syndicat.* »

ordre public de direction. En effet, l'obligation pour chaque copropriétaire de régler les charges de copropriété préservant la solvabilité de la copropriété, et donc les droits de tous ses créanciers éventuels, protège à la fois un ordre public de direction (préservant l'intérêt général) et un ordre public de protection (préservant des intérêts particuliers). En effet, il apparaît que « *des intérêts essentiels de la société y sont impliqués* »¹⁶⁵ ce qui d'après la doctrine¹⁶⁶ érigerait cette disposition au rang d'ordre public économique de direction. Il est vrai que cette obligation légale à l'égard des copropriétaires protège également des intérêts particuliers. Dans une telle situation, lorsque les dispositions relèvent à la fois de l'ordre public de direction et de protection, la règle à retenir est que cet ordre public vaut au même titre qu'un ordre public de direction¹⁶⁷. Or, à l'inverse, l'exception d'inexécution est une règle qui, pour les parties, protège « *leur seul intérêt* » et garantie « *leur seule protection* » ; il s'agit donc davantage d'un mécanisme protégeant un ordre public de protection et non de direction. Par conséquent, ceci explique que la Cour de cassation ait fait prévaloir l'obligation pour chaque copropriétaire de régler les charges de copropriété sur l'exception d'inexécution, c'est-à-dire, une disposition relevant d'un ordre public de direction sur celle relevant d'un ordre public de protection¹⁶⁸. Selon cette lecture, cet arrêt n'empêcherait donc pas que l'exception d'inexécution puisse avoir un caractère d'ordre public même s'il est de valeur inférieure à celui reconnu à la sauvegarde de la solvabilité de la copropriété. En somme, si cette décision ne reconnaît pas directement la vocation supplétive de l'exception d'inexécution, c'est probablement parce que les juges n'avaient pas la volonté de s'inscrire dans ce débat et préféreraient motiver de cette dernière eu égard à la connexité des obligations réciproques des parties.

Un autre arrêt rendu par la Cour d'appel de Rennes¹⁶⁹ est parfois invoqué pour affirmer la possibilité de stipuler une clause de « *non-recours* » écartant le mécanisme de l'exception d'inexécution¹⁷⁰. La Cour d'appel estime qu'il résulte de « *l'article 6 des conditions générales de location que le locataire a renoncé à tout recours contre le bailleur en cas de défectuosité ou de vice intrinsèque du matériel loué découvert après sa mise en service et a admis ne pouvoir prétendre, même en cas d'immobilisation des produits, à la réduction ou au report des loyers. En conséquence, la défaillance du matériel loué postérieurement à sa réception et à sa mise en service sans réserve ne pouvait autoriser le locataire à suspendre de sa propre initiative le paiement des loyers en opposant au bailleur l'exception d'inexécution, dès lors que ce dernier a satisfait à son obligation de délivrance et que la validité de la clause de non garantie des vices affectant la chose louée n'est pas contestée* ». On pourrait être tenté d'en déduire que la validité de cette clause de « *non recours* » revient à admettre l'éviction de l'exception d'inexécution. Il en résulterait ainsi que l'exception d'inexécution peut faire l'objet d'une éviction conventionnelle en raison de sa vocation supplétive de volonté. Mais cette clause semble quelque peu équivoque quant à la portée qu'on voudrait lui reconnaître. En effet, la clause de « *non-recours* » dont il est question se rapproche davantage d'une clause

¹⁶⁵ J. CARBONNIER, « *Droit civil : les biens, les obligations* », PUF, 2004.

¹⁶⁶ G. HELLERINGER, « *Les clauses du contrat* », Thèse, 2010, n°239.

¹⁶⁷ Prenant pour exemple les règles relatives aux baux commerciaux protégeant à la fois un ordre public de direction et un ordre public de protection, ce dernier en déduit que cette disposition doit être tenue pour une règle d'ordre public de direction (B. MERCADAL, Revue Francis Lefebvre, « *Le Bulletin Rapide de Droit des Affaires* », 21).

¹⁶⁸ B. MERCADAL, Revue Francis Lefebvre, « *Le Bulletin Rapide de Droit des Affaires* », 21 : « *L'hypothèse d'un conflit entre l'ordre public de direction et de protection peut aussi se rencontrer : dans ce cas, c'est évidemment l'ordre public de direction qui s'impose, l'intérêt général primant les intérêts particuliers ; par exemple, le droit moral de l'auteur d'une œuvre ne peut pas faire échec à la législation de l'urbanisme.* ».

¹⁶⁹ CA, Rennes, 16 nov. 2004, SARL Locmaria AFIL c/ SA Factobail, n°03/05103.

¹⁷⁰ Sous la responsabilité de M. VIVANT, par M. VIVANT, B. WARUSFEL, N. MALLET-POUJOL, L. COSTES, Le Lamy droit du numérique, n°560.

organisant la «*réception*» du matériel loué que d'une clause excluant expressément l'exception d'inexécution. Il ne s'agirait donc pas d'une clause de renonciation au mécanisme de l'exception d'inexécution mais d'une clause de réception sans réserve consistant principalement à purger l'obligation de délivrance du bailleur de tout défaut apparent. Simplement, la stipulation d'une clause de «*réception*» en l'espèce avait besoin d'être renforcée par une clause de «*non-recours*» pour que les effets de la réception prennent pleinement effet. Une simple clause de «*réception*» aurait seulement permis de faire «*constater le caractère satisfaisant de la prestation à un instant donné*»¹⁷¹, les parties ont donc décidé de stipuler une clause de «*non-recours*» «*pour que son immunité aille au-delà*» afin que la réception sans réserve produise pleinement ses effets. Cet arrêt ne semble donc pas non plus se prononcer expressément sur la possibilité pour les parties de stipuler une clause de renonciation anticipée à l'exception d'inexécution.

Enfin, le 14 février 2019¹⁷², la Cour de cassation a rendu une décision concernant le choix des contractants en faveur des sanctions contractuelles de droit commun malgré la stipulation de pénalités contractuelles. En l'espèce, une société (Icade) avait vendu en l'état futur d'achèvement à une autre société (Odélia) un bien immobilier. Ce dernier était destiné à loger des personnes âgées et la société Odélia devait en assurer la gestion. La société Odélia souhaitait revendre certains lots acquis auprès d'investisseurs privés mais reprochait à la société Icade un retard dans la livraison et l'a assignée en indemnisation. La société Icade a répliqué en mettant en œuvre l'exception d'inexécution car le contrat de vente en l'état futur d'achèvement conditionnait la prise en possession de l'immeuble par la société Odélia au paiement de l'intégralité du prix de vente, ce qui n'était pas le cas en l'espèce jusqu'au 28 septembre 2011. La Cour d'appel de Dijon, dans son arrêt du 24 octobre 2017, estime que «*la stipulation de pénalités contractuelles de retard fait obstacle à ce que la société Icade puisse opposer l'exception d'inexécution aux retards de paiement de la société Odélia pour suspendre l'exécution de sa propre prestation*». La Cour d'appel avait donc déduit de la clause stipulant des pénalités la renonciation de la possibilité d'opposer ultérieurement l'exception d'inexécution. Dans son attendu, la Cour Régulatrice, après avoir rappelé le raisonnement de la Cour d'appel de Dijon, casse cet arrêt et affirme que «*la stipulation de sanctions à l'inexécution du contrat n'exclut pas la mise en œuvre des solutions issues du droit commun des obligations, la cour d'appel a violé le texte susvisé*». La Cour de cassation semble donc conforter la validité de la clause pénale qui n'emporte pas renonciation à l'exception d'inexécution. Mais la jurisprudence avait par le passé rendu des décisions similaires s'agissant de l'option du contractant entre la stipulation d'une clause pénale et l'opposabilité de l'exécution forcée en nature¹⁷³. Et il apparaît que ces décisions ne traitent pas directement de la clause de renonciation à une sanction contractuelle, ni de l'option entre les différentes sanctions contractuelles en présence d'une clause stipulant des pénalités de retard. Cet arrêt de la Cour de cassation ne se prononce donc pas réellement sur une clause induisant un choix ou un rejet quant à une sanction contractuelle. En effet, «*Si la stipulation de sanctions contractuelles n'interdit pas l'option, c'est en effet en raison de la portée d'un tel accord (qui ne vaut pas élection d'une sanction) et non en raison du niveau de généralité ou de la place des dispositions légales prévoyant les sanctions alternatives offertes au créancier.*»¹⁷⁴ Toute la difficulté de ce débat est donc qu'à notre connaissance la jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur une véritable clause de renonciation anticipée expresse à l'exception d'inexécution. Si la question reste ouverte

¹⁷¹ CA, Rennes, 16 nov. 2004, SARL Locmaria AFIL c/ SA Factobail, n°03/05103 : CCC. 2005, comm. 87, note P. STOFFEL-MUNCK.

¹⁷² Cass. civ., 3^{ème}, 14 févr. 2019, n° 17-31.665.

¹⁷³ Cass. Civ. 1^{ère}, 21 mars 1995, n°93-12.177, CA Paris, Pôle 5, Ch. 6, 21 mai 2015, n° 14/05639.

¹⁷⁴ Cass. civ., 3^{ème}, 14 févr. 2019, n° 17-31.665, JCP G 2019, 363, note O. DESHAYES.

jusqu'à ce jour, l'arrêt rendu par la Cour de cassation en 1995¹⁷⁵ nous semble constituer un premier indice en faveur du caractère d'ordre public de l'exception d'inexécution.

Analogie entre l'exception d'inexécution effective et l'exception pour risque d'inexécution. L'ensemble des arguments avancés ci-dessus s'agissant de l'exception d'inexécution effective (art. 1219 C. civ.) devraient pouvoir être appliqués *mutatis mutandis* à l'exception pour risque d'inexécution (art. 1220 C. civ.). Comme l'indique leur emplacement dans le Code civil au sein d'une même « *Sous-section 1 : L'exception d'inexécution* », ces deux articles 1219 et 1220 du Code civil présentent deux formes ou variantes de l'exception d'inexécution. De prime abord, il est vrai que ce type d'exception d'inexécution pose des conditions d'application proches de celles de l'exception d'inexécution traditionnelle. En effet, toutes deux sont des mécanismes unilatéraux et répondent au critère du caractère « *suffisamment grave* ». Toutefois, l'exception pour risque d'inexécution présente des spécificités :

- le critère du caractère « *suffisamment grave* » concerne les conséquences de l'inexécution (puisque celle-ci est future) et non la seule inexécution ;
- il faut qu'il soit « *manifeste* » que le cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance, alors que l'exception d'inexécution effective impose seulement de démontrer que le cocontractant n'exécute pas son obligation ;
- il faut que la suspension soit notifiée dans les « *meilleures délais* » alors que traditionnellement pour l'exception d'inexécution effective, aucun formalisme n'est exigé, ni même une mise en demeure préalable¹⁷⁶.

Il en résulte que des similarités existent concernant les mécanismes d'exception d'inexécution effective et d'exception pour risque d'inexécution. Mais il importe de déterminer si l'on peut se contenter de renvoyer aux solutions prétorienne examinées *supra* rendues à l'égard de la traditionnelle *exceptio non adimpleti contractus* ou si une analyse spécifique à l'exception pour risque d'inexécution doit être retenue.

L'article 1220 du Code civil constitue-t-il une véritable innovation en droit commun des contrats ? Ou doit-il recevoir application *mutatis mutandis* des solutions prétorienne rendues concernant l'exception d'inexécution effective ? A titre liminaire, il revient donc d'examiner si cette faculté de suspension préventive constitue une véritable « *innovation* »¹⁷⁷ en droit commun des contrats, c'est-à-dire si elle ne faisait pas déjà l'objet d'une consécration prétorienne et doctrinale sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance du 10 février 2016. Comme le souligne Monsieur PINNA¹⁷⁸, il est vrai que l'exception pour risque d'inexécution n'est pas la même chose que l'inexécution par anticipation, qui elle a fait l'objet d'une reconnaissance prétorienne¹⁷⁹ et doctrinale¹⁸⁰. L'inexécution par anticipation est l'hypothèse

¹⁷⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 1995 n° 93-16.807.

¹⁷⁶ Cass. com. 27 janv. 1970 : JCP 1970. II. 16554, note A. Huet.

¹⁷⁷ 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.

¹⁷⁸ A. PINNA, « *L'exception pour risque d'inexécution* », RTD civ. 2003. 31, n°6.

¹⁷⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 10 mai 1984 n°82-17.079 ; Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} avr. 1992 n°90-16.985. V. aussi : Cass. com., 2 févr. 1993, n° 91-17.167 : RTD civ.1993, p. 819, obs. J. Mestre : « *l'arrêt relève, par motifs propres et adoptés, que les éléments versés aux débats sont de nature à laisser penser que le cessionnaire serait fondé à faire jouer les clauses de garantie stipulées en sa faveur et à opposer aux cédants l'exception d'inexécution ou de compensation ; ayant par là-même constaté que le versement du solde du prix exposerait M. A. à un dommage imminent en le privant du bénéfice des garanties liées à la réciprocité des obligations en cause, la cour d'appel n'a fait qu'user des pouvoirs qu'elle tient de l'article 873, alinéa 2, du nouveau code de procédure civile en se prononçant comme elle l'a fait* » ;

dans laquelle « *le débiteur se met lui-même dans la situation de ne pas pouvoir effectuer sa prestation* »¹⁸¹ ou se met « *volontairement dans l'impossibilité d'exécuter* »¹⁸² celle-ci. Ainsi, l'exception pour risque d'inexécution et l'inexécution par anticipation ne présentent pas le même degré de certitude quant à l'inexécution reprochée. En cas de risque d'inexécution, l'inexécution est seulement « *probable* »¹⁸³, alors qu'en présence d'une inexécution anticipée, l'inexécution est « *certaine* »¹⁸⁴. Force est donc de constater que l'article 1220 du Code civil rejoint davantage le risque d'inexécution que l'inexécution anticipée. En effet, l'article 1220 du Code civil dispose que *l'excipiens* peut « (...) *suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas* ». La fait que cet article impose que la future inexécution soit « *manifeste* » signifie qu'elle paraisse évidente, du moins en apparence¹⁸⁵, de ce fait, cette dernière ne peut, par définition, être « *certaine* » mais seulement « *probable* ». L'inexécution n'ayant pas eu lieu, on ne peut être certain qu'elle surviendra. Certains glossateurs abondent en ce sens et estiment que lorsque l'article 1220 du Code civil exige qu'il soit « *manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas* », cet article souligne le caractère hautement, voire très probable¹⁸⁶ du risque d'inexécution à l'exclusion de toute certitude quant à cette dernière. Par conséquent, l'article 1220 du Code civil vient consacrer l'exception pour risque d'inexécution et non l'inexécution par anticipation issue de la jurisprudence antérieure. On peut donc en conclure que, comme le souligne le rapport remis au président de la République¹⁸⁷, cet article constitue une innovation en droit commun des contrats. Ainsi, l'analyse portant sur la possibilité de stipuler des clauses de renonciation à l'exception d'inexécution (art. 1219 du Code civil) réalisée plus haut ne peut être purement et simplement extrapolée à l'exception pour risque d'inexécution (art. 1220 du Code civil). Il revient alors de procéder à une analyse spécifique de l'exception pour risque d'inexécution (article 1220 du Code civil). Si les conclusions retenues s'agissant de l'article 1219 du Code civil ne peuvent être extrapolées à l'article 1220 du Code civil, ce dernier pourrait se rapprocher d'autres mécanismes prévus dans le Code civil et en droit de la vente civiliste. Il est vrai qu'à titre exceptionnel, et en dehors du droit commun des contrats, la jurisprudence avait déjà pu appliquer un tel mécanisme d'exception pour risque d'inexécution, de manière

¹⁸⁰ C. CHABAS, « *L'inexécution licite du contrat* », Thèse, LGDJ, 2002, n°333 : « *De nouveaux cas d'exception d'inexécution par anticipation se développent de plus en plus de nos jours (...) la Cour de cassation ne s'est vraiment rangée à un principe général d'exception d'inexécution par anticipation qu'en 1993, avant d'accepter la résolution unilatérale* » ; M.E. ROUJOU DE BOUBÉE, « *Essai sur la notion de réparation* », Thèse, L.G.D.J., 1974, p. 154 : « *Tout contrat comporte, en effet, pour chacune des parties, l'obligation de s'abstenir de tout comportement incompatible avec l'exécution du contrat* ».

¹⁸¹ Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} avr. 1992 n°90-16.985 : « *qu'en affirmant un bien sur lequel il avait précédemment consenti un droit de préférence, le propriétaire s'est mis, volontairement, dans l'impossibilité d'exécuter le pacte de préférence, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

¹⁸² Cass. civ. 3^{ème}, 10 mai 1984 n°82-17.079 : « *Les époux Y... s'étaient mis volontairement dans l'impossibilité d'exécuter le pacte de préférence, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* ».

¹⁸³ T. GENICON, « *La résolution du contrat pour inexécution* », Thèse, LGDJ, 2007, p. 238.

¹⁸⁴ A. PINNA, « *L'exception pour risque d'inexécution* », RTD civ. 2003. 31 :

« *Dans le premier cas, la non-exécution de l'obligation à terme est simplement probable, alors que dans le second, elle est certaine* ».

¹⁸⁵ On peut d'ailleurs rapprocher cette expression du « *trouble manifestement illicite* » de l'action référée de droit commun prévu à l'article 809 du Code de procédure civile.

¹⁸⁶ Pour le Professeur Reygrobellel explique qu'il convient « *de justifier sa décision en faisant état d'un ensemble d'indices objectifs et convergents qui pouvaient effectivement laisser supposer que, lorsqu'est intervenue la suspension d'exécution, l'autre partie serait très probablement défaillante*. (A. REYGROBELLEL, « *L'exception d'inexécution préventive* », BJS 1^{er} sept. 2016, n° 115k9, p. 544, n°8.) ; « *Il faut que le risque d'inexécution soit manifeste, c'est-à-dire hautement probable. L'appréciation devra avoir lieu in concreto*. » (M. MIGNOT, « *Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (VI)* », LPA 4 avr. 2016, n°67, p. 5)

¹⁸⁷ 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.

indirecte et « *détournée* »¹⁸⁸, au moyen de la déchéance du terme, sur le fondement de l'article 1305-4 du Code civil, ancien article 1188 Code civil, et des référés spéciaux et de droit commun en cas de « *dommage imminent* », sur le fondement des articles 809 et 873 du Code de procédure civile. En réalité, dans ces deux derniers cas, le mécanisme de suspension du lien contractuel est nettement éloigné de celui de l'article 1220 du Code civil. C'est pourquoi, il conviendrait davantage de rapprocher l'exception pour risque d'inexécution visée à l'article 1220 du Code civil à celles déjà prévues en droit spécial en matière de ventes aux articles 1613¹⁸⁹ et 1653¹⁹⁰ du Code civil et au sein de la convention relative à la vente internationale de marchandises¹⁹¹. Ces deux mécanismes consacrent directement en droit français l'exception pour risque d'inexécution et peuvent donc être rapprochés de l'article 1220 du Code civil. Le rapprochement des solutions admises sur le sort des clauses de renonciation entre l'exception pour risque d'inexécution du Code civil et la vente civiliste et internationale.

Le rapprochement entre l'exception pour risque d'inexécution de l'article 1220 du Code civil et le droit de la vente civiliste. Certains auteurs considèrent que les exceptions pour risque d'inexécution visées aux articles 1613 et 1653 du Code civil sont « *généralement prises pour des applications de l'exception d'inexécution* »¹⁹² ou considérées comme la « *consécration de l'exception non adimpleti contractus, laquelle se déduit de la cause des obligations de chacune des parties* »¹⁹³. Réciproquement, d'autres auteurs considèrent que l'exception pour risque d'inexécution prévue à l'article 1220 du Code civil serait une « *forme particulière* »¹⁹⁴ d'exception d'inexécution. Désormais, l'exception pour risque d'inexécution est codifiée en droit commun au sein de la « *Sous-section 1 : L'exception d'inexécution* » aux articles 1219 et 1220 du Code civil. Il existe des similitudes entre le mécanisme de l'exception pour risque d'inexécution prévue en droit commun et celui prévu en droit spécial de la vente civiliste. Deux *exceptio timoris* sont prévues, d'une part, l'article 1613 du Code civil prévoit une exception d'inexécution en faveur du vendeur s'agissant de son obligation de délivrance « *si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix* » et, d'autre part, l'article 1653 du Code civil prévoit une exception d'inexécution en faveur de l'acheteur lorsque ce dernier « *est troublé ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action, soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble* ». Or, il semble que les articles 1613 et 1653 du Code civil sont supplétifs de volonté et la doctrine¹⁹⁵ et les juges¹⁹⁶ se sont prononcés en faveur de la

¹⁸⁸ A. PINNA, « *L'exception pour risque d'inexécution* », RTD civ. 2003. 31, n°14 et s.

¹⁸⁹ Art. 1613 C.civ : « *Il ne sera pas non plus obligé à la délivrance, quand même il aurait accordé un délai pour le paiement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix ; à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme.* ».

¹⁹⁰ Art. 1653 C. civ : « *Si l'acheteur est troublé ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action, soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution, ou à moins qu'il n'ait été stipulé que, nonobstant le trouble, l'acheteur paiera.* ».

¹⁹¹ Art. 71, 72 et 73, Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (aussi appelé *Convention de Vienne*), 11 Avr. 1980.

¹⁹² V. par exemple : F. PARAISO, « *le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle* », Thèse, 2008, p.229 ; R. LE GUIDECC, G. CHABOT, « *Art. 1650 à 1653 - Fasc. unique : VENTE. – Obligations de l'acheteur* », JCP Code civil, 15 déc. 2011, n°64.

¹⁹³ G. FRIZZZI, C. COULON, « *Vente. – Responsabilité du vendeur* », JCl. Responsabilité civile et Assurances, fasc. 480, 28 Août 2015, (mis à jour le 27 Nov. 2017), n°25.

¹⁹⁴ N. MATHEY, Fasc. 320, « *VENTE COMMERCIALE. – Obligations du vendeur. – Garantie d'éviction* », JCl. Contrats – Distribution, 21 mars 2016, n°35.

¹⁹⁵ N. MATHEY, Fasc. 320, « *VENTE COMMERCIALE. – Obligations du vendeur. – Garantie d'éviction* », JCl. Contrats – Distribution, 21 mars 2016, n°35.

¹⁹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 27 janv. 1960 : JCP G 1960, IV, p. 39 : « *Les dispositions de l'article 1656 du Code civil, qui*

vocation supplétive de l'article 1653 du Code civil. Celle-ci résulte de la formulation de cet article qui pose en principe le droit pour l'acheteur de suspendre le prix dû au vendeur s'il est troublé ou craint de l'être par une action hypothécaire ou en revendication « *à moins qu'il n'ait été stipulé que, nonobstant le trouble, l'acheteur paiera* ». Il est donc expressément prévu qu'il est possible de stipuler une clause obligeant l'acheteur à payer le prix même si ce dernier est troublé ou craint d'être troublé, dans cette hypothèse la suspension du prix serait donc écartée. En ce sens, la Cour de cassation avait pu casser un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles puisqu'en « *statuant ainsi la cour d'appel qui ne constate pas l'existence d'une stipulation obligeant l'acquéreur à payer nonobstant le trouble, a violé le texte susvisé* »¹⁹⁷. Il apparaît donc que l'article 1653 du Code civil peut faire l'objet d'une clause de renonciation et ne devrait pas être d'ordre public. Aussi, l'article 1613 du Code civil dispose que le vendeur pourra suspendre son obligation de délivrance « *si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, (...) ; à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme.* ». Cette dérogation à cette exception d'inexécution lorsque l'acheteur « *donne caution de payer* » signifie, comme dans l'article 1653 du Code civil, un engagement pris à titre de garantie¹⁹⁸, et l'assurance de cet engagement pris peut se matérialiser par voie conventionnelle ou par la remise d'une chose. Il ressort donc de cet article 1613 du Code civil que ce dernier est, comme l'article 1653 du Code civil, supplétif de volonté et devrait pouvoir faire l'objet d'une clause de renonciation.

Rapprochement entre l'exception pour risque d'inexécution de l'article 1220 du Code civil et le droit de la vente internationale. En droit français, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, la faculté de se prévaloir de l'exception pour risque d'inexécution existait déjà sous l'empire de la Convention de Vienne du 11 avril 1980. Au sein d'une section intitulée « *contravention anticipée et contrats à livraisons successives* », les articles 71 à 73 de ladite Convention prévoient la mise en place d'une exception pour risque d'inexécution pour cause de contravention anticipée au contrat. On comprend donc que ce mécanisme est relativement proche de celui adopté en droit commun à l'article 1220 du Code civil. Il est intéressant de noter que la Convention de Vienne autorise les parties à déroger aux dispositions relatives à l'exception pour risque d'inexécution, puisque la Convention de Vienne dispose que les parties peuvent « *déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier les effets.* »¹⁹⁹. Somme toute, il apparaît, aussi bien en droit de la vente internationale qu'en droit de la vente civiliste interne, que l'ensemble des mécanismes décrits mettent en place des mécanismes d'exception pour risque d'inexécution similaires à celui prévu à l'article 1220 du Code civil. Pour l'heure et avant que la jurisprudence à venir se prononce expressément sur ce point, une analogie nous semble autorisée entre ces mécanismes d'exception pour risque d'inexécution et l'article 1220 du Code civil et il devrait en être déduit que ce dernier n'a pas de portée impérative, comme le soutient la doctrine majoritaire²⁰⁰.

permettent à l'acquéreur menacé d'un trouble de suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser cette menace, ne sont pas d'ordre public. Il est donc loisible aux parties d'y déroger. » (notons toutefois un erratum portant sur le numéro de l'article visé dans cette décision, puisqu'il s'agit de l'article 1653 et non 1656 du Code civil) ; Cass. civ. 3^{ème}, 7 nov. 1978, n° 77-15.611 : « *Qu'en statuant ainsi la cour d'appel qui ne constate pas l'existence d'une stipulation obligeant l'acquéreur à payer nonobstant le trouble, a violé le texte susvisé* ».

¹⁹⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 7 nov. 1978, n° 77-15.611.

¹⁹⁸ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « Vocabulaire juridique », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Caution* », 2, p.155.

¹⁹⁹ Art. 6, Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises.

²⁰⁰ En faveur de la portée supplétive de l'article 1220 du Code civil : J-D BRETZNER, « *Contrats et obligations - Les conditions de l'exception d'inexécution par anticipation* », JCP G, n° 39, 26 sept. 2016 ; S. GUERIN, N. GENTY, « *L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat* » : AJ contrat 2017,

Par conséquent, contrairement à l'article 1219 du Code civil, le caractère supplétif de l'article 1220 du Code civil semble moins douteux. Aucun arrêt ne consacre à ce jour son caractère d'ordre public et le rapprochement avec d'autres mécanismes d'exception pour risque d'inexécution semble aller dans le sens de la vocation supplétive de l'article 1220.

II. La licéité des clauses de renonciation relatives à la résolution

Les différentes formes d'actions résolutoires à la disposition des parties au contrat. Initialement, l'action en résolution du contrat était régie par l'ancien article 1184 du Code civil, ce dernier dispose que : « *La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.* » Cet article posait également le principe selon lequel « *La résolution doit être demandée en justice* », ce qui signifiait que la résolution judiciaire était le principe et que les autres formes de résolution y dérogeaient en tant qu'exceptions au principe. C'est une idée qui était largement admise en doctrine, le Professeur GENICON la résumait en ces termes : « *le droit français repose bien, semble-t-il, sur un principe général en vertu duquel la résolution doit être demandée en justice : la formule de l'article 1184 du Code civil, en tout cas, ne laisse planer aucun doute à cet égard* »²⁰¹. Il résulte donc que toute action en résolution qui n'était pas prononcée et contrôlée *ab initio* par le juge au regard du caractère suffisamment grave de l'inexécution, était considérée comme une dérogation au principe de la résolution judiciaire. Au fil du temps, la jurisprudence a reconnu deux dérogations à la résolution judiciaire, d'une part, la possibilité de stipuler une clause résolutoire²⁰², et d'autre part, la possibilité de résoudre unilatéralement, aux risques et périls, le contrat²⁰³. Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, ces différentes formes de résolution sont désormais consacrées par l'article 1224 du Code civil. La résolution du contrat prévue par le Code civil peut résulter de « *l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice* ». Il est ainsi prévu trois modalités à la résolution du contrat : une résolution judiciaire, une résolution conventionnelle (par la stipulation d'une clause résolutoire) et une résolution unilatérale ou extra-judiciaire. Si ces trois formes de résolution constituent désormais des modalités de l'action en résolution du contrat (l'action en résolution unilatérale et conventionnelle ne sont plus des dérogations au principe de l'action en résolution judiciaire), il n'en demeure pas moins que la résolution unilatérale et la résolution conventionnelle apparaissent comme des formes « *facilitées* » d'actions résolutoires comparativement à la résolution judiciaire (l'autorisation préalable d'un juge n'étant pas requise). Nous examinerons donc s'il est licite pour les parties à un contrat d'exclure contractuellement, d'une part, l'action en résolution judiciaire (A.) et, d'autre part, l'action en résolution extra-judiciaire (B.).

A) La clause de renonciation à la résolution judiciaire

p. 17. ; M. STORCK, « *Contrat. – Inexécution du contrat. – Exception d'inexécution* », art. 1219 et 1220 - Fasc. Unique, JCl. Civil Code 4 mai 2017.

²⁰¹ T. GENICON, Thèse, « *La résolution du contrat pour inexécution* », L.G.D.J, sept. 2007, n°546.

²⁰² Cass. civ., 2 Juill. 1860 : DP 1860, 1, p. 284.

²⁰³ Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, n°96-21.485.

Avant d'aborder la validité de la clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire, il convient d'écarter toute confusion possible entre cette dernière et la clause résolutoire. En effet, comme nous le verrons la clause résolutoire est une notion juridique distincte et n'est pas équipollente à la clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire.

Distinction entre clause résolutoire « de plein droit » et clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire du contrat. En principe, la stipulation d'une clause résolutoire laisse toute latitude au créancier de se prévaloir de la résolution judiciaire ou extra-judiciaire dès lors qu'il peut être caractérisé une inexécution « *suffisamment grave* ». Il est acquis en jurisprudence que la stipulation d'une clause résolutoire n'empêche pas l'un des contractants à solliciter la résolution judiciaire du contrat²⁰⁴. Ce n'est que lorsque cette dernière est acquise que les contractants ne peuvent plus réclamer la résolution judiciaire du contrat. Selon la jurisprudence, la clause résolutoire sera, sauf dispense expresse, réputée acquise à compter de « *la délivrance préalable d'une mise en demeure restée sans effet* »²⁰⁵. Il doit en être déduit que la stipulation en soi d'une clause résolutoire n'emporte donc pas renonciation anticipée à la résolution judiciaire ; de la même façon que la stipulation d'une clause pénale²⁰⁶ n'emporte pas renonciation anticipée à la résolution judiciaire du contrat. La clause résolutoire est la clause « *par laquelle les parties, adoptant une condition résolutoire expresse, décident à l'avance dans un contrat (bail, vente, etc.) que celui-ci sera de plein droit résolu du seul fait de l'inexécution par l'une des parties de son obligation, sans qu'il soit nécessaire de le demander au juge* »²⁰⁷. La clause résolutoire permet donc, par le truchement de modalités contractuelles organisées en amont, de faciliter l'exercice de l'action résolutoire. En revanche, la renonciation est l'acte « *par lequel une personne se prive par avance d'un avantage encore éventuel auquel elle pourrait normalement prétendre un jour* »²⁰⁸. La clause de renonciation est donc une clause permettant de renoncer par avance à l'avantage que les parties pourraient éventuellement tirer de la mise en œuvre d'une sanction contractuelle, ici la résolution judiciaire. C'est pourquoi la jurisprudence exige que la volonté de renonciation soit certaine et non équivoque²⁰⁹ ; une condition que ne remplit pas la clause résolutoire²¹⁰. Il en résulte que la clause résolutoire et la clause de renonciation ne poursuivent pas le même objectif ; alors que la première facilite la mise en œuvre de l'action résolutoire, la seconde ampute purement et simplement de la possibilité de mettre en œuvre cette dernière. En conséquence, la clause résolutoire et la clause de renonciation anticipée à la résolution sont distinctes et tout amalgame entre elles devra être écarté.

²⁰⁴ V. par exemple : Cass. civ., 3^{ème}, 8 juin 2006, n°05-14.356 ; Cass. civ., 4 mai 1994, n° 92-11.196 ; Cass. civ., 3^{ème}, 29 avr. 1985, n°83-14.916.

²⁰⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 3 févr. 2004, n°01-02.020.

²⁰⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 22 fév. 1978, n° 76-13.828.

²⁰⁷ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Résolutoire (clause)* », p. 918. V. également sur cette définition : J. BORRICAND, « *La clause résolutoire expresse dans les contrats* », RTD civ. 1957, p. 133 ; B. TEYSSIE, « *Les clauses de résiliation ou de résolution* », Cah. dr. entreprise 1975. 1, p. 13 ; L. CADIET, « *Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice : in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels* », PUAM, 1990, p. 193 ; Ch. PAULIN, « *La clause résolutoire* », Thèse, LGDJ, 1996, p.12, n° 8.

²⁰⁸ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Renonciation* », 2, p.895. V. également sur cette définition : D. HOUTCIEFF, « *Renonciation* », déc. 2017 (actualisation : Mai 2018), n°5 ; G. GRAMMATIKAS, « *Théorie générale de la renonciation en droit civil* », 1971, LGDJ, n° 1.

²⁰⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 oct. 1948 : Bull. civ. 1948, I, n° 27 ; Cass. com., 18 mai 1953 : Bull. civ. 1953, III, n° 175 ; Cass. civ. 3^{ème}, 18 mars 1970, n° 68-12.510 ; *spécialement en matière de renonciation à la résolution judiciaire* : Cass. civ., 3^{ème}, 3 nov. 2011, n°10-26.203 ; Cass. civ., 3^{ème}, 13 juill. 2016, n° 14-26.958.

²¹⁰ V. sur cette distinction : M. STORCK, « *Art. 1224 à 1230 : CONTRAT. – Inexécution du contrat. – Résolution judiciaire* », fasc. 10, 1^{er} Août 2019, n°24.

La distinction entre la clause résolutoire « automatique » et la clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire. La question d'un rapprochement entre la clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire et la clause résolutoire « automatique » est plus délicate. La clause résolutoire « automatique » équivaut à la stipulation d'une condition résolutoire constituant une « modalité de l'obligation subordonnant (...) la résolution de celle-ci à la survenance d'un événement futur et incertain »²¹¹. La spécificité de ce type de clause résolutoire « automatique » est que « la survenance de l'événement mis en condition entraîne en principe la résolution du contrat sans qu'il soit besoin d'une manifestation de volonté »²¹². Si un tel type de clause résolutoire devait être reconnu comme valable, elle aurait pour point commun avec la clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire d'empêcher les parties de mettre en œuvre une autre sanction contractuelle que la clause résolutoire dès lors que la condition qui l'affecte est accomplie. Ces deux clauses détiennent donc un effet similaire : la renonciation à une ou plusieurs sanction(s) contractuelle(s). Ainsi, en prenant l'exemple de l'exécution forcée en nature, le Professeur GROSSER estimait qu'« une telle résolution automatique aboutirait donc à une renonciation anticipée du créancier à son droit d'exiger l'exécution forcée du contrat »²¹³. Toutefois, il semble que la clause résolutoire « automatique » ne soit pas identique à la clause de renonciation anticipée à la résolution, car la seconde n'est en principe affectée d'aucune condition résolutoire conditionnant sa prise d'effet. Surtout, ce débat portant sur le rapprochement de la clause de renonciation anticipée à la clause résolutoire « automatique » demeure théorique en raison des griefs importants dont celle-ci fait l'objet. En effet, la possibilité de stipuler une telle clause résolutoire « automatique » semble contestée en son principe. Tout d'abord, il a été démontré que la « clause résolutoire » se distingue de la « condition résolutoire » justement en raison du caractère automatique de cette dernière, car « la résolution consécutive à la clause résolutoire nécessite généralement une décision du créancier »²¹⁴. En ce sens, la jurisprudence, estime que la clause résolutoire nécessite pour être acquise une manifestation de volonté de la part du créancier même si une dispense de mise en demeure préalable a été stipulée²¹⁵. Enfin, il semble également que le caractère « automatique » de la clause résolutoire soit condamné indirectement par la jurisprudence étoffée reconnaissant la possibilité pour un contractant de se prévaloir de la résolution unilatérale du contrat nonobstant la stipulation d'une clause résolutoire prévoyant des modalités conventionnelles de résiliation du contrat²¹⁶. En conséquence, il conviendra alors d'écarter de l'analyse des clauses de renonciation à la résolution judiciaire la clause résolutoire « automatique », la validité de cette dernière n'étant pas admise en droit positif.

Position doctrinale partagée sur la validité de la stipulation de la clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire. Une partie de la doctrine s'est montrée assez hostile à l'endroit des clauses permettant de renoncer de manière anticipée à la résolution judiciaire. Parmi ces auteurs, le Professeur DELEBECQUE considère qu'admettre la validité de la clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire « ce serait contredire la finalité

²¹¹ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « Vocabulaire juridique », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « Condition », 2, b, p. 228.

²¹² Ch. PAULIN, « La clause résolutoire », Thèse, LGDJ, 1996, n°129.

²¹³ P. GROSSER, « Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification », Thèse, Tome II, 2000, n°489.

²¹⁴ Ch. PAULIN, « La clause résolutoire », Thèse, LGDJ, 1996, n°129.

²¹⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 30 juin 2015, n° 14-16.929 ; Cass. civ., 1^{ère}, 7 juill. 1998, n°96-16.161 ; Cass. com. 21 avr. 1977, D 1977, IR, 487 ; Cass. com. 27 Oct. 1953 B, III, n°328 p. 229 ; Cass. req. 8 mai 1901, DP 1903, I, 409 ; Cass. req. 4 avr. 1859, DP 1860, I, 41.

²¹⁶ Cass. com. 20 oct. 2015, n°14-20.416 ; Cass. com., 10 fév. 2009, n° 08-12.415 ; Cass. com., 1^{er} oct. 2013, n° 12-20.830 ; Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-68.053.

contractuelle en détruisant l'équilibre même du contrat. (...) »²¹⁷ et, toujours selon lui, « On peut donc conclure à la nullité de la renonciation à la résolution judiciaire, quand bien même le créancier conserverait le droit d'agir en exécution forcée et vice versa »²¹⁸. Un autre auteur, le Professeur GROSSER, défend le principe de la « nullité de toute renonciation anticipée à la résolution »²¹⁹ et se montre favorable à ce que la « Cour de cassation affirme clairement le principe de la nullité d'une telle renonciation afin de préserver l'équilibre du contrat synallagmatique »²²⁰. En effet, selon ce dernier, « la validité d'une telle clause de renonciation anticipée à l'option de l'article 1184 ne peut être admise car, en détruisant les remèdes applicables au lien contractuel, elle 'supprime, ipso facto, la force obligatoire de l'engagement, et l'équilibre voulu des prestations s'en trouve dès lors rompu'. Elle détruit donc la fonction d'échange du contrat et, par conséquent, son caractère synallagmatique. »²²¹. Enfin, on peut encore citer le Professeur CASSIN qui assez tôt a douté de la validité de la clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire estimant celle-ci comme contraire « à la théorie de la cause ou à celle des caractères essentiels des contrats »²²². A l'inverse, des auteurs se montrent assez favorables à ces clauses « On ne peut que conclure par l'affirmation sans ambage de la pleine validité et efficacité de la renonciation anticipée à l'action résolutoire »²²³. D'autres encore, plus réservés, reconnaissent la validité de principe de ces clauses mais admettent que celles-ci pourraient être privées de leur efficacité en ayant « égard à l'efficacité résiduelle (suffisante ou non) de l'exécution forcée ou de l'exécution par équivalent, en ayant notamment égard à la solvabilité du débiteur ou à l'existence d'une sûreté de substitution. »²²⁴.

L'évolution d'une position prétorienne en faveur de la validité de la clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire. Classiquement, il est admis que la loi ou la jurisprudence concernant certains régimes spéciaux peut exclure expressément le mécanisme de la résolution judiciaire²²⁵. Mais la possibilité d'exclure conventionnellement cette sanction a donné lieu à quelques errements jurisprudentiels qu'il convient ici de retracer.

²¹⁷ Cass. com. 7 mars 1984, Bull. civ. IV, n° 93, JCP 1985. II. 20407, note Ph. Delebecque, n°10 ; V. aussi : Ph. DELEBECQUE, « Les clauses allégeant les obligations dans les contrats », Thèse, 1981, n° 169 et s.

²¹⁸ Com. 7 mars 1984, Bull. civ. IV, n° 93, JCP 1985. II. 20407, note Ph. Delebecque, n°10 ; V. aussi : Ph. DELEBECQUE, « Les clauses allégeant les obligations dans les contrats », Thèse, 1981, n° 169 et s.

²¹⁹ P. GROSSER, « Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification », Thèse, Tome II, 2000, n°500.

²²⁰ P. GROSSER, « Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification », Thèse, Tome II, 2000, n°504.

²²¹ P. GROSSER, « Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification », Thèse, 2000, n° 494 ; V. également sur le fait que la clause de renonciation anticipée à la résolution « priverait le contrat de sa fonction d'échange » (J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, « Les effets du contrat », LGDJ, 2001, n° 451.).

²²² R. CASSIN, « Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution », rev. trim. dr. civ. 1945, 159, n° 11.

²²³ M. DAGOT, « La renonciation anticipée à l'action résolutoire de la vente d'immeuble », JCP N. et Imm. n° 40, 3 oct. 1986, 100976, n°39 ; V. aussi : L. LEVENEUR, « La clause de renonciation anticipée à la résolution du contrat est valable », CCC. n° 2, fév. 2012, comm. 36 ; Ch. SIZAIRE, « Validité de la renonciation anticipée à la mise en œuvre de l'action résolutoire dès la conclusion du contrat », Cons. urb. n° 4, avr. 2012, comm. 74. ; Chr. sous la dir. de J. GHESTIN avec A.-S. BARTHEZ, P. GROSSER, G. LOISEAU, M. MEKKI, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, Y.-M. SERINET, « Contrats et obligations - Droit des contrats », A.-S. BARTHEZ, 3° L'inexécution du contrat, n°18.

²²⁴ Th. GENICON, « La résolution du contrat pour inexécution », LGDJ 2007, n° 334-II, p. 244.

²²⁵ En matière de contrat de rente viagère (article 1978 du Code civil exclu la résolution), de partage (Req. 29 déc. 1829, DP 1830. 1. 107. – Civ. 14 mai 1833, S. 1833. 1. 381), contrat de travail de salariés protégés (l'employeur ne peut se prévaloir de la résiliation judiciaire, Ass. plén. 28 janv. 1983, D. 1983. 269) ou de cession d'offices ministériels (P.MALAUURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « Droit des obligations », LGDJ, 9^{ème} éd., sept 2017, n°908.).

Dans une première décision, la Cour de cassation s'est prononcée sur la validité d'une clause qui obligeait des preneurs à bail à exécuter leurs obligations et en cas d'inexécution de ces dernières, il était prévu que seuls des dommages et intérêts pourraient être réclamés par les bailleurs à l'exclusion de toute action en résolution. Selon la Chambre commerciale, « *attendu qu'en déclarant que les parties avaient entendu, par la clause susvisée, limiter au paiement de dommages-intérêts les conséquences de l'inobservation des engagements du preneur, la cour d'appel a usé de son pouvoir souverain d'appréciation et n'a pas dénaturé les conventions des parties ; que, d'autre part, une telle clause, qui laisser subsister la responsabilité des preneurs envers les bailleurs, constituait une renonciation valable au bénéfice de l'action résolutoire prévue par l'article 1184 du Code civil* »²²⁶. Cet arrêt semblait plutôt favorable à la possibilité de renoncer conventionnellement et, de manière anticipée, à la résolution judiciaire, ce qui semblait rejoindre d'autres décisions rendues en ce sens²²⁷. Parmi elles, on peut notamment citer l'arrêt rendu par la Chambre commerciale qui avait cassé la décision rendue par la Cour d'appel de Paris de résilier un contrat de location de véhicule conclu entre un bailleur (la société CLV) et un locataire (Bordenave). En effet, selon la Cour d'appel, le locataire s'était trouvé dans l'impossibilité d'utiliser ce véhicule, son immatriculation ayant été refusée par la préfecture, ce qui a fait disparaître l'objet même du contrat conclu. La Chambre commerciale estime que « *sans rechercher si, comme le soutenait la société CLV, Bordenave avait, dans une clause du contrat de location, renoncé à tout recours contre cette société en cas de défaillance du vendeur, la Cour d'Appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »²²⁸.

Dans le même sens, un arrêt du 7 mars 1984 est souvent cité dans lequel la Cour de cassation s'est prononcée, à titre principal, sur une clause de résiliation unilatérale et s'est incidemment prononcée sur la faculté de renonciation à la résolution judiciaire. En l'espèce, un concédant (la société IGOL), titulaire de la marque IGOL, avait concédé les droits d'exploitation sur sa marque à des licenciés pour un secteur géographique délimité, dont la société SOLIC. Or, le licencié avait donné en location gérance cette activité à l'une de ses filiales (la société SRLPC). Le concédant a donc réclamé, à titre principal, après délibération de l'assemblée générale des actionnaires, de résilier le contrat de concession pour faute et, à titre subsidiaire, la résolution judiciaire dudit contrat. La Cour d'appel de Limoges, ayant annulé la délibération de l'assemblée générale du concédant, statua sur la résolution judiciaire sollicitée. La Cour d'appel estime que la stipulation d'une clause de résiliation unilatérale n'emporte pas renonciation à la résolution judiciaire du contrat. Sur ce point, la Cour Régulatrice valide le raisonnement de la Cour d'appel qui « *a retenu à bon droit que le fait que le contrat ait réservé à une partie une faculté de résiliation unilatérale n'était pas de nature, en dehors de la renonciation non équivoque de cette partie à se prévaloir des dispositions de l'article 1184 du Code civil, à empêcher celle-ci de demander la résolution judiciaire de la convention pour inexécution de ses engagements par l'autre partie* »²²⁹. Certains auteurs se sont appuyés sur cet arrêt pour défendre la validité de principe des clauses de renonciation à la résolution judiciaire, même si la Cour se prononce principalement sur la clause de résiliation unilatérale et incidemment sur la clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire²³⁰.

²²⁶ Cass. com. 20 fév. 1952, Bull. civ. II, n°52.

²²⁷ Cass. com. 14 mars 1950 : JCP. 1950, II, 5694, note BASTIAN ; Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} févr. 1965 : JCP. 1965, II, 14187 ; Cass. com. 2 déc. 1974 : Bull. civ. IV, n° 306.

²²⁸ Cass. com. 2 déc. 1974 : Bull. civ. IV, n° 306.

²²⁹ Cass. com. 7 Mars 1984, n°82-13.041.

²³⁰ Cass. com., 7 mars 1984, n° 82-13.041 : JCP G 1985, II, 20407, note Ph. DELEBECQUE ; Bull. civ. 1984, IV, n° 93 ; RTD civ. 1985, p. 164, obs. J. MESTRE ; R. BONHOMME, M. BOUTEILLE, « *Vente commerciale – Obligations de l'acheteur – Garanties et sanctions de l'obligation de payer* », Fasc. 360, JCP Contrats Distr., 21 déc. 2011, n°70.

Dans un autre arrêt en date du 5 avril 2005²³¹, la Chambre commerciale est venue remettre en cause une clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire. En l'espèce, un contrat de licence a été conclu entre un concédant (le Groupe Jeune Afrique) et un licencié (la société GIDEPPE). La Cour d'appel de Paris rappelle que l'article 10 du contrat de licence stipulait expressément que « *la présente licence ne pourra être résolue ou résiliée pour quelque motif que ce soit, sauf à partir du 1er octobre de l'année 2008 en cas de non-paiement par GIDEPPE de la redevance annuelle forfaitaire* » et que l'article 5 alinéa 2 dudit contrat prévoyait que « *le Groupe Jeune Afrique confère à la société GIDEPPE mandat irrévocable et exclusif afin d'assurer, en son nom et pour son compte, tout renouvellement de dépôt de la marque Jeune Afrique économie* ». Or, malgré la stipulation de l'article 10 audit contrat, la Cour d'appel a décidé de prononcer la résiliation du contrat de licence car le licencié n'a pas procédé au renouvellement des deux marques déposées et a déposé en son nom une marque pour désigner des produits et services identiques ou similaires à la marque du concédant. La Cour de cassation a confirmé ce raisonnement et affirme « *qu'en ne renouvelant pas à leur échéance les deux marques déposées le 14 octobre 1988, sans justifier avoir avisé son cocontractant de l'impossibilité de satisfaire à cette obligation conformément à l'article 5 du contrat, et en déposant le 31 mars 1999 la marque "Jeune Afrique économie - JAE", pour désigner les mêmes services, la société GIDEPPE a fait preuve de déloyauté dans l'exécution de la convention ; que la cour d'appel a pu déduire de ces constatations et appréciations que cette déloyauté constituait un juste motif de rupture du contrat de licence, peu important les stipulations de l'article 10 de la convention* ». En statuant ainsi, la Cour de cassation rejette la clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire (soit, l'article 10 du contrat de licence) en raison de la « *déloyauté* » du licencié qui n'a pas renouvelé les marques en cause et a déposé une marque désignant des produits ou services identiques ou similaires. Or, il nous semble que cet arrêt n'exclut pas la possibilité de stipuler une clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire. La « *déloyauté* » reprochée au licencié apparaît comme l'application du principe visé par l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil selon lequel les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* ». Cependant, il est vrai que l'arrêt ne semble pas y faire clairement référence. Pour autant, il semble ne faire qu'une application du principe de bonne foi contractuelle au stade de l'exécution du contrat²³² car, en l'espèce, le licencié non seulement n'avait pas renouvelé deux marques et, de surcroît, avait déposé une marque similaire ou identique en son nom propre. On comprend donc qu'il s'agit d'actes relevant de la déloyauté contractuelle, laquelle est traditionnellement rattachée à une disposition d'ordre public²³³, c'est pourquoi la Cour de cassation a neutralisé la clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire. Cet arrêt de 2005 ne devrait donc pas constituer un revirement de jurisprudence, il ne fait que rappeler qu'une clause de renonciation anticipée à l'action résolutoire (mais cela vaut également pour la quasi-totalité des autres typologies de clauses) est valable, sauf à porter atteinte à l'obligation de bonne foi contractuelle.

²³¹ Cass. com., 5 Avr. 2005, n° 03-14.169.

²³² Dans le sens de l'absence d'effet d'une telle clause en cas de dol ou de mauvaise foi, V. notamment : V. P. DURAND, « *Des conventions d'irresponsabilité* », Thèse, 1931, n° 46, p. 138 ; Ph. DELEBECQUE, « *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats* », Thèse, 1981, n° 172, p. 207.

²³³ Fr. TERRE., Simler Ph. SIMLER. et Y. LEQUETTE., « *Droit civil. Les obligations* », Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 487 ; J. MESTRE, « *Pour un principe de bonne foi mieux précisé* », RLDC 2009/58, n° 3322 ; J. MESTRE, « *La clause de bonne foi* », in « *Les principales clauses des contrats d'affaires* », J. MESTRE et J.-Chr. RODA (sous la dir.), Lextenso, 2011 ; Ph. LE TOURNEAU et M. POUMAREDE, « *Bonne foi* », Rép. civ. Dalloz ; B. FAGES, « *Droit des obligations* », LGDJ-Lextenso, 4^e éd., 2013, n° 32 ; M. MEKKI, « *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, n° 44 ; Ph. DUPICHOT, « *Les principes directeurs du droit français des contrats* », RDC 2013, p. 387, n° 12. ; N. CUZACQ, « *La notion de riposte proportionnée en matière d'exception d'inexécution* », LPA, 7 mai 2003, n° 21.

Enfin, il est un arrêt en date du 3 novembre 2011²³⁴ qui, de manière particulièrement claire, a confirmé la validité des clauses de renonciation anticipée à la résolution judiciaire. En l'espèce, un vendeur a cédé la propriété de son bien immeuble à deux acheteurs et le contrat de vente stipulait que le prix était payé au vendeur avec « *désistement de tous droits de privilège et action résolutoire* ». Le prix de la vente n'ayant pas été payé, le vendeur décide d'assigner en résolution de la vente les acheteurs. La Cour d'appel de Bastia estime que l'ancien article 1184 du Code civil n'est pas d'ordre public et que l'acte de vente dont il est demandé la résolution par la partie venderesse « *mentionne de manière claire, précise, dépourvue de tout sens amphibologique et compréhensible même pour un profane que celle-ci reconnaît le paiement du prix par l'acquéreur et lui en donne quittance entière et définitive avec désistement de tous droits de privilège et 'action résolutoire'* ». Cette clause que la Cour d'appel qualifie de « *clause de renonciation à toute action résolutoire du contrat* » est reconnue comme « *non équivoque* ». Il en résulte que la Cour d'appel a jugé irrecevable la demande en résolution du vendeur en raison de la stipulation de cette clause de renonciation anticipée à l'action résolutoire. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé par la partie venderesse et confirme ce raisonnement en affirmant que « *ayant retenu à bon droit que l'article 1184 du code civil n'est pas d'ordre public et qu'un contractant peut renoncer par avance au droit de demander la résolution judiciaire du contrat et relevé que la clause de renonciation, rédigée de manière claire, précise, non ambiguë et compréhensible pour un profane, était non équivoque, la cour d'appel en a exactement déduit que la demande était irrecevable* ». Par conséquent, il ressort qu'en principe toute clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire est valable dès lors qu'elle est non équivoque, sauf disposition légale spéciale contraire. A titre d'exemple, on peut citer le cas de la renonciation anticipée à la résiliation ou dissolution du contrat de société. En effet, la clause de renonciation anticipée au droit de dissoudre ce type de contrat est invalidée par la jurisprudence. Le droit pour un associé de demander la dissolution de la société relève d'un droit d'ordre public. Sur ce point, la Cour de cassation énonce que « *Les dispositions spéciales de l'article 89-1 du décret, relatives à la demande de retrait avec création d'office, formée par un associé, ne sauraient priver les associés de la prérogative générale et d'ordre public que leur reconnaît l'article 1844-7.5° du Code civil, de solliciter la dissolution de la société pour mésentente* »²³⁵. Enfin, un autre arrêt du 10 septembre 2013²³⁶ semble également confirmer la possibilité de renoncer à la résolution judiciaire dès lors que la clause était « *clairement stipulé(e)* ». En effet, comme le souligne la Cour de cassation « *il était clairement stipulé que les vendeurs se désistaient de tous droits de privilège de vendeur et action résolutoire même en qui concerne les charges pouvant résulter du contrat et ce pour quelque cause que ce soit* ». Il ressort donc que le contractant avait clairement renoncé à l'action en résolution de la vente prévue par l'ancien article 1184 du Code civil, la Haute Cour semble donc valider par cet arrêt les clauses de renonciation à la résolution judiciaire.

L'absence de remise en cause de la construction prétorienne élaborée sur la validité des clauses de renonciation anticipée à la résolution judiciaire par l'article 1227 du Code civil ? La rédaction de l'article 1227 du Code civil, introduit par l'ordonnance du 10 février 2016, semble en apparence mettre un terme à la jurisprudence rendue en matière de clauses de renonciation anticipée à la résolution judiciaire. Selon ce dernier, « *La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice.* ». Tout d'abord, l'évolution du texte depuis le projet de réforme du droit des contrats jusqu'à la ratification de l'ordonnance du 10 février 2016, démontrerait l'abandon de la jurisprudence antérieure précitée. En effet, si le projet

²³⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 3 nov. 2011, n° 10-26.203.

²³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 18 juill. 1995, n° 95-11.410.

²³⁶ Cass. civ., 3^{ème}, 10 sept. 2013, n° 12-22.195.

d'ordonnance du 25 février 2015 adoptait une formule proche de celle définitivement entérinée (« *la résolution peut toujours être demandée en justice.* »), le projet soumis au Conseil d'État s'en éloignait nettement (« *la résolution peut toujours être demandée en justice, à moins que les parties n'y aient par avance expressément renoncé* »). Ainsi, ce projet tenait à codifier la jurisprudence antérieure rendue sur les clauses de renonciation judiciaire, ce que le législateur va finalement refuser de faire en renouant avec le projet initial de 2015. Aussi, dans la fiche d'impact²³⁷ accompagnant l'ordonnance, une colonne indique si chaque disposition est la « *Conséquence d'une décision de justice* », par exemple, pour la résolution unilatérale prévue à l'article 1226 du Code civil, la colonne indique « *Civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998, n°96-21485 ; Civ. 28 octobre 2003, n° 01- 03662* ». Or, s'agissant de l'article 1227 du Code civil, la colonne indique « *NON* ». Ce qui suggère que l'article 1227 du Code civil n'a pas vocation à consolider la jurisprudence antérieure relative à la renonciation anticipée à la résolution judiciaire. C'est donc notamment en raison de ces éléments que certains auteurs estiment que l'article 1227 du Code civil devrait désormais prohiber ces clauses de renonciation²³⁸. Par ailleurs, on peut ajouter que l'emploi de la formulation « *peut toujours* » ou sa variante « *peut, en toute hypothèse, (...)* » peut signifier qu'il s'agit d'une disposition d'ordre public²³⁹. En réalité, ces arguments ne devraient pas suffire à emporter notre conviction. Tout d'abord, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 n'ont semble-t-il, selon le rapport remis au président de la République, pas entendu « *remettre en cause la jurisprudence validant les clauses de renonciation judiciaire* ». Puis, ce rapport indique qu'« *Il appartiendra donc aux juridictions saisies de vérifier au cas par cas que la restriction ainsi consentie ne porte pas atteinte à la substance même du droit et au droit d'agir en justice.* ». Il est vrai que les clauses de renonciation anticipée à la résolution judiciaire, examinées plus haut, sont susceptibles de porter atteinte à des droits fondamentaux tel que le droit d'accès au juge²⁴⁰. Dans ces conditions, l'article 1227 du Code civil semble plus inciter les juges à procéder à une appréciation *in concreto* de ces clauses de renonciation et moins à remettre en cause leur validité de principe. Ensuite, il semble en pratique que la jurisprudence postérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, en date du 1^{er} octobre 2016, continue à faire référence à la jurisprudence antérieure à cette réforme portant sur les clauses de renonciation anticipée à la résolution judiciaire. Même si les faits dont il sera question relèvent du droit applicable antérieurement à l'ordonnance du 10 février 2016, il apparaît que cette dernière ne semble pas remettre en cause ou avoir d'influence sur la possibilité de stipuler des clauses de renonciation à la résolution judiciaire. A titre d'illustration, la Cour de cassation semble bien faire encore référence à la possibilité de renoncer expressément à la résolution judiciaire en matière de contrat de rente viagère, ainsi « *l'ambiguïté de la clause insérée dans l'acte de vente rendait nécessaire, que celle-ci trouvait*

²³⁷ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichOrdonnance.do?type=general&idDocument=JORFDOLE000032036173&annee=&legislature=>

²³⁸ P. GROSSER, « *L'exécution forcée en nature* », AJCA 2016, p.119 2016, (54) ; V. FORTI, « *Exécution forcée en nature - Domaine de l'exécution forcée en nature* », Rép. dr. civ., oct. 2016 (actualisation : mai 2018), n°33.

²³⁹ V. par ex. en ce sens les comptes rendus des débats portant sur la loi n°75-597 du 9 juillet 1975 modifiant les anciens articles 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale (discussion et adoption le 28 juin 1975 en deuxième lecture devant l'assemblée nationale). En effet, dans sa rédaction initiale, le projet de texte de l'ancien article 1152 du Code civil prévoyait que « *Le juge peut toujours modérer ou augmenter la peine* ». Le Sénat ayant biffé le terme « *toujours* », de crainte que celui-ci signifie que le juge peut d'office modérer la clause pénale, Jean Foyer, le président de la commission des lois réplique qu'il avait mentionné ce terme « *pour marquer le caractère d'ordre public de la disposition et l'invalidité des clauses qui lui auraient retiré ce pouvoir. Ainsi, dans le fond des choses et sous une lettre différente, ma pensée était identique à celle du Sénat.* »

²⁴⁰ V. en ce sens : J.-F. LAFIX, « *La codification et la fin des contrats* », RFDA 2019. 227, n°29 : « *Cette faculté est clairement ouverte par l'article 1227 du code civil, qui énonce que la « résolution peut, en toute hypothèse [c'est-à-dire même s'il existe une clause résolutoire], être demandée en justice. Cela paraît inévitable puisque le droit de saisir le juge est un droit fondamental* ».

sa cause dans celle du premier acte de vente, selon laquelle les biens vendus à Mme Y... étaient affectés par privilège spécial au profit de Mme X... avec réserve de l'action résolutoire pour défaut de paiement de la rente, et n'avait pas eu pour effet de priver Mme Y... de son action en résolution de la vente pour défaut de paiement du prix, faute pour elle d'y avoir expressément renoncé, la cour d'appel a pu déduire, de ces seuls motifs, que la demande en résolution de la vente devait être accueillie et a légalement justifié sa décision »²⁴¹. Si dans cette décision, la Cour de cassation écarte la clause portant sur la résolution judiciaire, elle réserve l'hypothèse où celle-ci aurait pu être rédigée de façon à ce que la partie concernée y ait « **expressément renoncé** ». Dans une autre décision, la Cour d'appel de Paris, sans admettre en l'espèce la renonciation à la résolution judiciaire, retient implicitement la possibilité de renoncer conventionnellement à la résolution judiciaire en ces termes : « **la mise en œuvre de la résiliation prévue par l'article 1.13 du CCAP ne saurait être interprétée comme une renonciation de la SOCIETE DOMAXIS à solliciter la résolution du contrat au visa de l'article 1184 du code civil** »²⁴². De façon similaire, ces deux décisions font références à la jurisprudence du 3 novembre 2011 sur la possibilité de renoncer conventionnellement à la résolution judiciaire, ce qui pourrait militer en faveur du maintien de cette jurisprudence. Une décision du 28 mai 2020²⁴³ vient même faire une stricte application de cette jurisprudence du 3 novembre 2011 et rappelle la distinction entre une clause de résiliation anticipée et une clause de renonciation expresse. Cette dernière reprend *in extenso* son attendu de principe en ces termes : « *Les dispositions de l'article 1184 ancien du code civil n'étant pas d'ordre public, un contractant peut renoncer par avance au droit de demander la résolution judiciaire du contrat, par une clause de renonciation rédigée de manière claire, précise et non ambiguë, compréhensible pour un profane et non équivoque.* ». Puis, la Cour d'appel estime qu'en l'espèce « *si le contrat conclu ne prévoit des causes de résiliation anticipée du contrat qu'au profit du loueur, il n'en demeure pas moins qu'il ne comporte aucune clause de renonciation du client à la faculté de demander sa résolution en justice.* ».

B) La clause de renonciation à la résolution unilatérale

Position doctrinale sur la validité de la stipulation de la clause de renonciation anticipée à la résolution unilatérale. A titre liminaire, il apparaît que la question de la validité de la clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire est distincte de celle relative à la clause de renonciation anticipée à la résolution unilatérale. En effet, il est clair que la stipulation d'une clause de renonciation à la résolution judiciaire n'empêche pas, le cas échéant, de se prévaloir de la résolution unilatérale ou extra-judiciaire. Comme le soutient le Professeur LAITHIER : « *Faut-il obliger la partie victime de l'inexécution à rester liée et à solliciter l'exécution forcée au motif que la clause emporte renonciation à toute forme d'anéantissement du contrat ? Il est préférable de laisser au créancier la faculté de rompre unilatéralement le contrat « à ses risques et périls », ce qui veut dire, si l'inexécution est d'une gravité suffisante, de manière parfaitement régulière.* »²⁴⁴. S'agissant de la validité de la clause de renonciation à la résolution unilatérale, des auteurs soutiennent qu'il faut opérer une analogie entre la résolution judiciaire et la résolution unilatérale : « *La validité de la clause de renonciation à la résolution judiciaire, à condition qu'elle soit non équivoque, ayant été*

²⁴¹ Cass. civ. 3^{ème}, 13 juill. 2017, n° 13-21.599.

²⁴² CA de Paris, ch. 6, 18 mai 2018, n° 16/26013.

²⁴³ CA, Douai, ch. 2, sect. 2, 28 mai 2020, n° 18/05360.

²⁴⁴ Y.-M. LAITHIER, « e) La clause de renonciation à la résolution judiciaire est valable », RDC 2012, n° 2, p. 402.

admise (V. Cass. 3e civ., 3 nov. 2011, n° 10-26.203 : JurisData n° 2011-023715 ; Bull. civ. III, n° 178 ; JCP G 2011, act. 1272, obs. C. Delobel), on voit mal pourquoi les parties ne pourraient pas renoncer à la résolution unilatérale, notamment afin de faire primer la clause résolutoire. »²⁴⁵. Le Professeur STOFFEL-MUNCK²⁴⁶ estime quant à lui que « la résolution unilatérale pourrait demeurer un remède simplement supplétif de volonté. » sous la réserve suivante : une inexécution grave devrait « toujours pouvoir justifier une libération immédiate s'il y a urgence, quand bien même les parties auraient exclu cette solution, soit qu'elles aient renoncé à la résolution unilatérale, soit que l'inexécution corresponde à un des cas couverts par une clause de leur convention, notamment une clause résolutoire. ». En effet, « il y a dans l'institution un noyau dur qui mérite d'être impératif. Il correspond à ce procédé tel qu'il était avant l'arrêt « Tocqueville », à savoir la possibilité d'une résiliation unilatérale anticipée en cas de comportement grave et d'urgence. L'urgence impose une réaction rapide du droit. ». Notons toutefois que le rapport remis au président de la République se prononce clairement dans un sens contraire en faveur de la vocation supplétive de la résolution unilatérale : « Dans le silence du texte sur son caractère impératif, il doit être considéré que cette disposition n'est pas d'ordre public, y compris en cas d'urgence. ».

Position prétorienne sur la validité de la stipulation de la clause de renonciation anticipée à la résolution unilatérale. La jurisprudence s'est essentiellement attardée sur la possibilité de se prévaloir de la résolution unilatérale, malgré la stipulation d'une clause portant sur les modalités de la résiliation. En revanche, la jurisprudence ne s'est à notre connaissance pas prononcée clairement sur la validité de la clause de renonciation expresse à la résolution unilatérale du contrat, à l'exception d'un arrêt rendu dans des circonstances particulières que nous aborderons ci-après²⁴⁷. Partant, il convient de savoir si une clause portant sur les modalités de résiliation unilatérale doit l'emporter sur la mise en œuvre de la résolution unilatérale, autrement dit, si un droit à la résolution unilatérale du contrat existe indépendamment de toute clause portant sur les modalités de cette sanction contractuelle. En effet, si un tel droit était reconnu, il faudra examiner si une analogie est possible entre une telle clause et la clause de renonciation anticipée à la résolution unilatérale.

- Une jurisprudence prolifique portant sur les modalités de la résiliation unilatérale

S'agissant de la stipulation d'une clause portant sur les modalités de la résiliation unilatérale, deux courants se dégagent au sein de la Cour de cassation, l'un émanant de la Chambre commerciale, l'autre de la Troisième chambre civile. Il semble de dessiner un courant favorable à l'autonomie de la résiliation unilatérale par rapport à la stipulation d'une clause de résiliation ou résolutoire et un courant plus restrictif exigeant, lorsque la résolution unilatérale est choisie, de suivre les modalités contractuelles prévues pour mettre fin au contrat. En effet, la Chambre commerciale affirme « que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, **peu important les modalités formelles de résiliation contractuelle** »²⁴⁸. Cette jurisprudence, réitérée par la suite²⁴⁹, reconnaît la possibilité de se prévaloir de la résolution unilatérale, peu importe les « modalités formelles de résiliation ». Comme le relevait le Professeur FAGES dans sa glose de l'arrêt commenté, il semble que la faculté de résilier de manière unilatérale le

²⁴⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 8 févr. 2018, n° 16-24.641 : JCP G, obs. A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE.

²⁴⁶ Ph. STOFFEL-MUNCK, « La résolution unilatérale par notification : question en suspens » », Dr. et patr., n° 240, 1^{er} oct. 2014.

²⁴⁷ Cass. com. 15 déc. 2009, n° 08-10.148.

²⁴⁸ Cass. com. 10 févr. 2009, n° 08-12.415.

²⁴⁹ Cass. com., 20 oct. 2015, n° 14-20416.

contrat « *s'impose progressivement en jurisprudence comme un principe général* »²⁵⁰. La Troisième chambre civile statue dans un sens contraire concernant un contrat de construction d'un immeuble. Un maître d'ouvrage s'appuyait sur « *l'anticipation de la résolution judiciaire à ses risques et périls sous réserve de la démonstration de manquements contractuels graves* » (c'est-à-dire la résiliation unilatérale du contrat) pour mettre fin à la mission du maître d'œuvre malgré la stipulation d'une clause de « *résiliation unilatérale prévue contractuellement à l'article 8* » du contrat. Ladite clause de résiliation unilatérale prévoit que « *si le maître d'ouvrage décide de mettre fin à la mission du maître d'œuvre parce que ce dernier se montre incapable de remplir ses obligations contractuelles, le contrat est résilié sans indemnité et la fraction de la mission déjà accomplie est alors rémunérée* »²⁵¹. Or la Cour de cassation estime que la Cour d'appel de Grenoble ayant autorisé la rupture unilatérale du contrat par le maître d'ouvrage en raison de manquements contractuels graves a violé l'article 1134 du Code civil. Selon la Cour Régulatrice, « **le contrat comportait un article 8 stipulant que si le maître d'ouvrage décide de mettre fin à la mission du maître d'œuvre parce que ce dernier se montre incapable de remplir ses obligations contractuelles, le contrat est résilié sans indemnité et la fraction de la mission déjà accomplie est alors rémunérée avec un abattement de 10 %** ». C'est donc le non-respect des modalités de la clause de résiliation unilatérale qui explique la censure appliquée par la Cour de cassation. Partant, il semble s'inférer une certaine contradiction entre ces deux courants, l'un favorable à l'autonomie de la résiliation unilatérale, l'autre préférant le strict respect des modalités de résiliation en cas de résiliation unilatérale. En vue de résoudre cette contradiction, le Professeur SERINET suggère de distinguer les modalités « *formelles* » et « *substantielles* » de la résiliation du contrat. Selon ce dernier, si la Chambre commerciale « *évoque les modalités « formelles » de la résiliation contractuelle : faut-il en déduire a contrario que la résolution unilatérale serait impuissante à en paralyser les modalités « substantielles » ?* »²⁵². Il en résulterait donc que, dans le premier cas, la mise en œuvre de la résiliation unilatérale concernant une de ses modalités « *formelles* » s'exercerait de manière autonome par rapport à la clause de résiliation alors que dans le second cas sa mise en œuvre concernant une des modalités « *substantielles* » ne saurait s'affranchir des modalités prévues par la clause de résiliation. En l'espèce, dans l'arrêt du 10 février 2009²⁵³, la clause de résiliation prévoyait que chaque partie avait la possibilité de résilier unilatéralement le contrat sous réserve de le faire par lettre recommandée, il s'agissait donc d'une modalité « *formelle* » de la résiliation unilatérale. Tandis que dans l'arrêt du 9 octobre 2013²⁵⁴, la résiliation unilatérale concernait des « *modalités financières* »²⁵⁵ de la résiliation unilatérale, il s'agissait alors des modalités « *substantielles* » de la résiliation. Un arrêt rendu postérieurement par la Troisième chambre civile, le 9 février 2018, semble conforter cette dichotomie entre modalités « *formelles* » et « *substantielles* ». En l'espèce, un maître d'ouvrage avait confié une opération d'extension de ses bâtiments à un maître d'œuvre et ce dernier a refusé de régler une note d'honoraire en raison d'inexécutions imputables au maître d'œuvre. Si le maître d'œuvre demande la résiliation du contrat et réparation au maître d'ouvrage, le maître d'ouvrage réclame, à titre reconventionnel, également la résiliation du contrat. La Cour d'appel a rejeté la demande de

²⁵⁰ Cass. com. 10 févr. 2009, n° 08-12.415, CCC 2009. Comm. 123, obs. L. L. ; RTD civ. 2009. 318, obs. B. Fages.

²⁵¹ Cass. civ. 3^{ème}, 9 oct. 2013, n° 12-23.379.

²⁵² Ch. sous la direction de J. GHESTIN, avec A.-S. BARTHEZ et P. GROSSER et G. LOISEAU et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et Y.-M. SERINET et G. VIRASSAMY « *Droit des contrats* », JCP G, n° 12, 21 mars 2016, doct. 345, n° 8.

²⁵³ Cass. com. 10 févr. 2009, n° 08-12.415.

²⁵⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 9 oct. 2013, n° 12-23.379.

²⁵⁵ Ch. sous la direction de J. GHESTIN, avec A.-S. BARTHEZ et P. GROSSER et G. LOISEAU et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et Y.-M. SERINET et G. VIRASSAMY « *Droit des contrats* », JCP G, n° 12, 21 mars 2016, doct. 345, n° 8.

résiliation unilatérale du maître d'ouvrage en raison du non-respect de l'article C 11.1 de la convention de groupement selon laquelle « *il était nécessaire préalablement de lui délivrer une mise en demeure ainsi que l'impose la convention de groupement* », « *ces dispositions contractuelles n'ayant pas été respectées, le bien-fondé de la résiliation ne peut être établi* ». La Cour de cassation casse cet arrêt qui n'avait pas recherché « *si la résiliation ne trouvait pas sa justification dans la gravité des manquements* » du maître d'œuvre. On peut donc soutenir qu'il s'agit derechef d'une modalité « *formelle* » de la résiliation unilatérale (soit, le respect d'une mise en demeure préalable) et c'est pourquoi la Cour Régulatrice affirme l'autonomie de la résolution unilatérale par rapport à l'article C 11.1 du contrat de maîtrise d'ouvrage. Il reste donc à savoir dans quelle catégorie pourrait-on ranger les clauses de renonciation anticipée à la résolution unilatérale, celle des modalités « *formelles* » ou celle des modalités « *substantielles* » ? On pourrait penser que cette clause se rapproche plus d'une modalité substantielle que formelle, en ce qu'elle vise à renoncer à la mise en œuvre de cette sanction contractuelle et donc à sa substance même. Ce qui aurait pour conséquence que la clause de renonciation est valable, qu'elle doit être respectée et que la faculté de résiliation unilatérale ne pourrait s'en affranchir. Ainsi, en ce sens, des auteurs affirment que l'apport de cet arrêt est que « *La clause résolutoire emporte désormais renonciation des parties à se prévaloir du droit de rompre à leurs risques et périls.* »²⁵⁶ ou que « *La clause résolutoire emporte également renonciation des parties au droit de rompre unilatéralement le contrat pour cause de manquement grave.* »²⁵⁷. Néanmoins, aucune clause de renonciation anticipée à la résolution unilatérale n'était stipulée en l'espèce, il s'agissait d'une clause de résiliation unilatérale ce qui n'est pas la même chose. Or, la clause de renonciation n'est pas une clause prévoyant les « *modalités* » de la résiliation unilatérale du contrat mais le « *non-exercice* » ou la « *renonciation* » à la résiliation. Cette distinction devrait donc se limiter à appréhender les seules clauses prévoyant les « *modalités* » de la résiliation unilatérale du contrat. Seule une décision de la Cour de cassation portant directement sur les clauses de renonciation anticipée à la résolution unilatérale semblerait pouvoir convaincre de la validité de ces clauses.

- La jurisprudence parcimonieuse portant sur les clauses de renonciation anticipée à la résolution unilatérale

A notre connaissance, la seule décision qui ait été déjà prononcée à l'égard de ces types de clause est un arrêt rendu par la Chambre commerciale du 15 décembre 2009²⁵⁸. En l'espèce, un concessionnaire automobile avait signé un contrat de prestation de service d'entretien de ses locaux avec un entrepreneur. Il était stipulé dans le contrat conclu pour une durée de 1 an serait non résiliable pendant toute cette durée. L'entrepreneur ayant résilié le contrat moins de 5 mois après la conclusion du contrat, le concessionnaire a assigné ce dernier en indemnisation de son préjudice du fait de cette rupture abusive. La Cour d'appel de Caen infirme le jugement qui avait jugé justifié la rupture pour inexécution par l'entrepreneur. La Cour de cassation confirme le raisonnement de la Cour d'appel et juge « *fautive* » la résolution unilatérale d'un contrat au mépris d'une clause de « *non-résiliation* ». En effet, selon la Chambre commerciale « ***la commune volonté des parties était de s'interdire pendant un an toute rupture du contrat, afin de permettre à l'entreprise de nettoyage d'amortir le matériel acheté pour l'exécution de celui-ci ; que la cour d'appel a pu en déduire que la rupture unilatérale de ce contrat par la société JW, dans ce délai, était fautive et de nature à engager sa responsabilité*** ». La jurisprudence a donc admis la validité d'une clause de renonciation anticipée à la résolution unilatérale. Il est vrai cependant que la durée de cette

²⁵⁶ Cass. civ., 3^{ème}, 9 oct. 2013, n° 12-23.379 : Gaz. Pal. 2014, n° 44, p. 12, obs. L.-F. PIGNARRE.

²⁵⁷ E. GARAUD, S. CASTILLO-WYSZOGRODZKA, Fasc. 301 : vente : effets - obligations de l'acheteur, JCP Comm., 7 Juin 2017, n°16.

²⁵⁸ Cass. com. 15 déc. 2009, n° 08-10.148.

renonciation est relativement courte, de 1 an, même si celle-ci correspond à la durée du contrat. Une réserve tenant à cette courte durée peut donc être objectée. En effet, un contrat à durée déterminée peut être rattaché au principe de la prohibition des engagements perpétuels, dès lors qu'il est prévu pour une durée excessivement longue, par exemple, en matière de contrat de société²⁵⁹ et de bail²⁶⁰ dont la durée peut être aller jusqu'à 99 ans. C'est peut-être pour cette raison que la renonciation a été jugée valable. Il restera donc à voir si cette dernière sera valable pour un contrat conclu pour une durée plus longue, ce dont il nous est permis d'avoir des doutes (le contractant étant rendu prisonnier de sa position contractuelle sans pouvoir en sortir dans un délai raisonnable). Pis encore, dans le cadre d'un tel contrat à durée déterminée, si la clause de renonciation à la résolution devait englober la résolution judiciaire et unilatérale et que les parties ne disposaient d'aucune action résolutoire de nature conventionnelle (c'est-à-dire la stipulation d'une clause résolutoire). Dans cette situation particulière, la clause de renonciation anticipée à l'action résolutoire nous semble très attentatoire pour le contractant qui se retrouve prisonnier d'un contrat pour une durée excessivement longue. Si la jurisprudence a dans une certaine mesure admise distinctement la validité de la clause de renonciation à la résolution judiciaire et celle de la clause de renonciation à la résolution unilatérale, elle n'a en aucun cas statué sur une clause qui aurait pour objet de renoncer à ces deux sanctions à la fois et sans que les parties puissent se prévaloir d'une clause résolutoire. Ce qui nous laisse à penser que ces clauses devraient être jugées illicites dès lors qu'il s'agit d'un contrat conclu pour une durée déterminée relativement longue.

III. La licéité des clauses de renonciation relatives à l'exécution forcée en nature directe

Consécration et étendue de l'exécution forcée en nature. Avant la l'ordonnance du 10 février 2016, l'exécution forcée en nature avait pour fondement l'ancien article 1184 du Code civil suivant lequel : « *La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible (...)* ». Initialement, cette faculté de demander l'exécution forcée en nature du contrat paraissait être en contradiction avec l'ancien article 1142 du Code civil qui affirmait que « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts* ». Néanmoins, la jurisprudence et la doctrine se sont émancipées de la lettre de cet article pour en admettre une lecture réduisant considérablement sa portée. Certains s'appuyant sur une lecture littérale et *a contrario* de l'article 1142 du Code civil affirmaient que les obligations de faire ou de ne pas faire ne peuvent faire l'objet que d'une demande de dommages-intérêts et limitaient donc le champ d'application de l'exécution forcée en nature aux seules obligations de donner²⁶¹. Cet article n'a donc pas une portée générale et ne s'applique pas à tout type d'obligation. Aujourd'hui, il est communément admis par la doctrine²⁶² et la jurisprudence²⁶³ une interprétation *contra*

²⁵⁹ C. civ., art. 1838. ; Décret n° 78-704 du 3 Juill. 1978, art. 3, D. 1978. 289.

²⁶⁰ Décret des 18 et 19 sept. 1790. ; Cass. civ. 22 Nov. 1932, DH 1933. 51.

²⁶¹ G. PIGNARRE, « *A la redécouverte de l'obligation de praestare – pour une relecture de quelques articles du Code civil* », RTD Civ. 2001, p. 41.

²⁶² J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR, E. SAVAUX, « *le rapport d'obligation* », 9^{ème} éd., t. 3, Sirey, 2015 ; G. VINEY, « *Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français* », in M. FONTAINE, G. VINEY, « *les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles* », Etude de droit comparé , Bruylant, LGDJ, 2001, p. 167. : « *Le créancier bénéficie en principe du droit d'obtenir l'exécution forcée en nature de l'obligation inexécutée* » ; J. MESTRE, « *Observations sur l'attitude du juge face aux*

legem de l'article 1142 du Code civil. La doctrine affirme désormais que « *le droit de l'exécution forcée a sensiblement évolué et nul ne conteste plus aujourd'hui que l'exécution forcée des obligations de faire ou de ne pas faire constitue le principe et leur exécution par équivalent, l'exception* »²⁶⁴. Il n'est donc plus question de limiter le champ d'application de l'exécution forcée en nature aux seules obligations de donner, mais de considérer qu'elle constitue la sanction de principe et n'admet de faire jouer l'ancien article 1142 du Code civil qu'à titre exceptionnel. De son côté, la jurisprudence a, d'une part, érigé l'exécution forcée en nature en principe et relégué la réparation par équivalent (via des dommages-intérêts) en exception et, d'autre part, accordé le primat²⁶⁵ à l'exécution forcée en nature devant les autres sanctions relatives à l'inexécution du contrat. L'ordonnance du 10 février 2016 consacre l'exécution forcée en nature à 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.* » Si la notion de « *disproportion manifeste* » constitue une innovation, le caractère « *impossible* » de l'exécution était consacré par la jurisprudence antérieure. En effet, la jurisprudence avait posé une limite à la possibilité de demander l'exécution forcée en nature lorsque celle-ci est impossible²⁶⁶. Traditionnellement, cette dernière se décline en trois formes d'impossibilités qui peuvent être matérielles²⁶⁷, juridiques²⁶⁸ et morales²⁶⁹. Tout d'abord, il y a impossibilité matérielle, lorsqu'une mesure d'exécution est physiquement impossible, par exemple, l'impossibilité de satisfaire à l'obligation de délivrance d'un modèle spécifique de car du fait de l'arrêt de la fabrication de ce modèle²⁷⁰. Puis, il y a impossibilité juridique, par exemple, en présence d'un obstacle juridique d'ordre législatif²⁷¹, administratif²⁷² ou judiciaire²⁷³. Enfin, il y a impossibilité morale, lorsqu'il y a une atteinte à la liberté individuelle du débiteur impliquant une contrainte sur sa personne²⁷⁴. Notons que cette impossibilité « *est sans doute celle qui laisse au juge la plus grande marge d'appréciation* »²⁷⁵.

Position doctrinale sur les clauses de renonciation à l'exécution forcée en nature. En doctrine certains auteurs soutiennent ainsi que les clauses de renonciation à l'exécution forcée en nature ne devraient pas être valables, tantôt sur le fondement de la force obligatoire du

difficultés d'exécution du contrat », in « *le juge et l'exécution du contrat* », PUAM, 1993, p. 93. : soulignant la jurisprudence de « *faire du droit à l'exécution forcée le principe* ».

²⁶³ Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2005, n°03-21.136 : « *la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible* ».

²⁶⁴ Cass. civ. 3^{ème} 30 avr. 1997 : D. 1997, p. 475. note D. MAZEAUD.

²⁶⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 15 fév. 1978 ; Cass. civ. 3^{ème}, 18 fév. 1981, N° JurisData : 1981-700387 ; Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2005, n° 03-21.136 ; Cass. civ. 3^{ème}, 16 juin 2015, n° 14-14.612.

Le primat de l'exécution forcée en nature est également affirmée par le fait qu'elle peut être prononcée « *indépendamment de la gravité du manquement contractuel* » : Cass. civ. 3^{ème}, 22 mai 2013, n° 12-16.217.

²⁶⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2005, n°03-21.136. En réalité, cette limite liée à l'impossibilité est l'application de l'ancien article 1184 alinéa 2 du Code civil « *La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible* ».

²⁶⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} avr. 2009, n° 08-15.929 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 déc. 1986, n° 85-15.160 ; Cass. com. 5 oct. 1993, n° 90-21.146.

²⁶⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 27 nov. 2008, n° 07-11.282.

²⁶⁹ Req. 14 mars 1900, *Whistler*, DP 1900. 1. 497, note M. Planiol.

²⁷⁰ Cass. com. 5 oct. 1993, n° 90-21.146.

²⁷¹ C. com., art. L. 620-1 et s.

²⁷² Il a été jugé qu'une décision administrative peut faire obstacle à l'exécution forcée, Voir : CE 30 nov. 1923, req. n° 38284

²⁷³ Au regard des pouvoirs reconnus au juge d'accorder des délais de grâce « *compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier* » prévus par l'article 1343-5 du Code civil.

²⁷⁴ Req., 20 oct. 1936, DH 1936, p. 555.

²⁷⁵ V. FORTI, « *Exécution forcée en nature* » – Rép. Droit civil, Oct. 2016, n°64 et s.

contrat²⁷⁶, tantôt sur le fondement de l'ancienne théorie de la cause²⁷⁷. Ainsi, le Professeur GROSSER estime sur le fondement de la force obligatoire du contrat que « *La validité d'une renonciation anticipée du créancier à demander l'exécution forcée des obligations de son débiteur ne nous paraît pas devoir être admise. En effet, lorsqu'une clause du contrat prévoit que le créancier ne pourra pas demander l'exécution de la prestation par son cocontractant, on peut douter que ce dernier ait à sa charge une véritable obligation. L'exécution ne pouvant alors être que volontaire, c'est reconnaître au débiteur le droit de ne pas respecter ses engagements. En effet, la seule véritable exécution étant l'exécution en nature, le créancier, dont les propres obligations pourront, elles, donner lieu à une telle exécution, n'aura jamais la possibilité d'obtenir la prestation promise par son débiteur, et donc la satisfaction attendue, dès lors que ce dernier se refusera à exécuter ses engagements.* »²⁷⁸. Et le Professeur DELEBECQUE sur le fondement de la théorie de la cause affirme que « *L'exécution de l'engagement d'un contractant doit toujours pouvoir être assurée, faute de quoi l'engagement n'est pas une contrepartie "causant" l'obligation de l'autre, faute de quoi l'engagement n'a aucune valeur juridique. C'est pourquoi aucune stipulation ne saurait déposséder, par avance, un contractant du droit d'obtenir l'exécution de l'engagement qu'il escompte et, inversement, du droit de demander la résolution de cet engagement – la résolution étant le "côté-face" de l'exécution forcée du contrat.* »²⁷⁹. A l'inverse, d'autres auteurs plus libéraux estiment que la clause de renonciation anticipée à l'exécution forcée en nature est possible dès lors que l'ensemble des sanctions relatives à l'inexécution du contrat ne sont pas exclues et qu'il est toujours possible de recourir à la résolution du contrat ou à la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle²⁸⁰. Selon le Professeur COQUELET « *si le bénéficiaire de l'exécution forcée n'est nullement conditionné à une manifestation expresse des parties, il reste que rien ne semble interdire à celles-ci d'exclure cette sanction en convenant de lui substituer, à titre exclusif, le versement de dommages et intérêts.* »²⁸¹. D'autres auteurs estiment encore que la clause de renonciation à l'exécution forcée est valable « *si la résolution reste ouverte* », l'exécution forcée en nature et la résolution « *venant apporter une réponse au déséquilibre créée par l'inexécution du contrat* »²⁸².

Analogie entre la période pré-contractuelle (promesse unilatérale de contrat) et post-contractuelle sur le sort des clauses d'éviction de l'exécution forcée en nature. La possibilité de procéder conventionnellement à l'éviction de l'exécution forcée en nature pourrait être rapprochée de la possibilité d'évincer l'article 1124 alinéa 2 du Code civil

²⁷⁶ P. GROSSER, « *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification* », Thèse, Tome II, 2000, n°497 ; V. aussi : E. DEBILY, « *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires* », Thèse, 2002, n°116 ; A.-S. DUPRE-DALLEMAGNE, « *La force contraignante du rapport d'obligation : (recherche sur la notion d'obligation)* », Thèse, 2003.

²⁷⁷ P. DELEBECQUE, « *Clauses d'allègement des obligations* », Fasc. 110, JCl. Contrats Distribution, n° 100, 5 Avr. 2012. : « *L'exécution de l'engagement d'un contractant doit toujours pouvoir être assurée, faute de quoi l'engagement n'est pas une contrepartie "causant" l'obligation de l'autre, faute de quoi l'engagement n'a aucune valeur juridique. C'est pourquoi aucune stipulation ne saurait déposséder, par avance, un contractant du droit d'obtenir l'exécution de l'engagement qu'il escompte et, inversement, du droit de demander la résolution de cet engagement – la résolution étant le "côté-face" de l'exécution forcée du contrat.* ».

²⁷⁸ P. GROSSER, « *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification* », Thèse, Tome II, 2000, n°497.

²⁷⁹ P. DELEBECQUE, « *Clauses d'allègement des obligations* », Fasc. 110, JCl. Contrats Distribution, n° 100, 5 Avr. 2012.

²⁸⁰ G. HELLERINGER, « *Les clauses du contrat : essai de typologie* », LGDJ, 2012, n°147 ; V. FORTI, « *Exécution forcée en nature* », oct. 2016, n°35.

²⁸¹ CA Bordeaux, 1^{ère} ch., sect. B., 11 déc. 2007, SELARL des Docteurs Giraudeau et Paricio c/ D'Agata : JurisData n° 2007-355749 ; JCP Droit des sociétés n° 6, Juin 2008, comm. 115, Note M.-L. COQUELET.

²⁸² I. TA, « *L'articulation des sanctions contractuelles de l'inexécution du contrat avec les solutions de droit commun* », Dr. et patr. n° 291, 1^{er} mai 2019.

portant sur la promesse unilatérale de contrat. Il est acquis que la jurisprudence antérieure dite *Consorts Cruz* de 1993²⁸³ excluait la possibilité de recourir à l'exécution forcée en nature en matière de promesse unilatérale de vente, puisque « *l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et que la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir* ». La sanction de principe était donc le prononcé de dommages-intérêts en cas de rétractation de la promesse dans le cadre du délai prévu à cet effet et postérieurement à la levée d'option conformément à l'ancien article 1142 du Code civil selon lequel « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur* ». En 2008²⁸⁴, la Cour de cassation précise que « *les parties à une promesse unilatérale de vente étaient libres de convenir que le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre pouvait se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente* », mais en l'espèce la Cour Régulatrice refuse d'accorder l'exécution forcée en nature car « *force était de relever que les actes conclus entre la société Foncière Costa et la société Ogic n'avaient pas stipulé que l'inexécution par la société Foncière Costa de sa " promesse ferme " et de son " engagement ferme et définitif " de vendre se résoudrait par une autre voie que celle prévue à l'article 1142 du code civil* ». Il en résulte que les parties peuvent réclamer l'exécution forcée en nature en matière de promesse unilatérale de contrat en cas de stipulation expresse d'une clause prévoyant une autre voie que celle des dommages-intérêts, ici en cas de clause d'exécution forcée de la promesse unilatérale de contrat²⁸⁵. A présent, l'article 1124 alinéa 2 du Code civil est venu renverser le principe posé par l'arrêt *Consorts Cruz* de 1993²⁸⁶ et dispose que « *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* ». La possibilité de prononcer l'exécution forcée en nature en cas de révocation de la promesse dans le cadre du délai laissé au bénéficiaire pour lever l'option est donc consacrée. S'agissant des clauses de renonciation anticipée à l'exécution forcée en nature, une analogie peut être soutenue avec l'admission des clauses d'exécution forcée en 2008 par la jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016. La clause de choix anticipé en faveur de l'exécution forcée en nature étant admise, *a contrario*, cela pose la question de savoir si la clause inverse, de renonciation anticipée à l'exécution forcée en nature est valable. En ce sens, le Professeur MEKKI soutient un tel raisonnement *a contrario* en faveur de la validité des clauses de renonciation anticipée à l'exécution forcée en nature combinées aux clauses de choix en faveur du prononcé de dommages-intérêts. Il formule ainsi une proposition de clause permettant d'y parvenir²⁸⁷. Il est vrai qu'on ne comprendrait pas pourquoi la jurisprudence appliquerait un traitement différent s'agissant de deux sanctions contractuelles du contrat et admette ainsi qu'il soit possible de renoncer au prononcé de dommages-intérêts mais pas au

²⁸³ Cass. civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, n° 91-10.199.

²⁸⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 27 mars 2008, n°07-11.721.

²⁸⁵ Sur l'intérêt, la validité et l'efficacité de la clause d'exécution forcée en nature, V. A.-S. LUCAS-PUGET, « *Contrats - La clause d'exécution forcée en nature* », Responsabilité civile et assurances n° 5, mai 2013, form. 5.

²⁸⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 15 déc. 1993, n° 91-10.199. La jurisprudence rendue postérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 est également venue renverser cet arrêt *Consorts Cruz*, à commencer par la troisième chambre civile (Cass. civ. 3^{ème}, 23 juin 2021, n° 20-17.554 ; Cass. civ. 3^{ème}, 20 oct. 2021, n° 20-18.514) (elle a ensuite été suivie par la chambre commerciale (Cass. com., 15 mars 2023, n° 21-20.399).

²⁸⁷ M. MEKKI « *Contrats et obligations - Contrats préparatoires : principes et clauses contractuelles Nouveaux textes, nouveau temps* », JCP N, n° 13, 1^{er} avr. 2016, 1112 : « *Proposition de clause : Les parties ayant conclu une promesse unilatérale de contrat ont décidé d'un commun accord d'écarter les dispositions supplétives de l'article 1124, alinéa 2, du Code civil. Le bénéficiaire accepte en connaissance de cause de renoncer à l'exécution forcée en nature. En cas d'inexécution par le promettant de l'une quelconque de ses obligations, le bénéficiaire ne peut obtenir de lui que de simples dommages et intérêts.* ».

En faveur de la validité d'une clause évinçant l'exécution forcée en nature V. aussi : G. HELLERINGER, « *Les clauses du contrat. Essai de typologie* », LGDJ, 2012, p. 87 et s.

prononcé de l'exécution forcée en nature. Ce serait sans tenir compte de la faveur traditionnelle que la doctrine accorde à la primauté de l'exécution forcée en nature. En effet, cette dernière estime sur le fondement de la force obligatoire du contrat que l'exécution forcée en nature (qui est une « *mise en force du contrat* »²⁸⁸) doit primer sur les autres sanctions relatives à l'inexécution du contrat²⁸⁹. Et il est vrai que même la jurisprudence a semblé reconnaître une forme de primauté de l'exécution forcée en nature non seulement au travers de son interprétation *contra legem* de l'article 1142 du Code civil²⁹⁰ mais aussi en posant le principe de primauté de l'exécution forcée en nature sur l'exécution par équivalent (sous forme de dommages-intérêts)²⁹¹. Cela dit, ni l'article 1217 du Code civil, ni l'article 1221 du Code civil ne semblent reprendre cette idée de primat ou de préférence pour l'exécution forcée en nature²⁹². Partant, il devrait pouvoir en être conclu que la clause de renonciation anticipée à l'exécution forcée en nature devrait être valable selon la même logique que celle adoptée s'agissant des clauses d'exécution forcée.

Position jurisprudentielle sur les clauses de renonciation anticipée à l'exécution forcée en nature. Il a pu être avancé que la Cour de cassation a adopté des décisions consistant à contester la validité des clauses de renonciation anticipée à l'exécution forcée en nature. A titre d'illustration, deux affaires dans lesquelles la Cour de cassation a semblé statuer en ce sens seront évoquées. Ainsi, il avait été stipulé une clause résolutoire de plein droit, dans un premier arrêt, et une clause pénale, dans un second arrêt et dans les deux cas, la Cour Régulatrice a fait primer l'exécution forcée en nature en s'affranchissant des modalités conventionnelles convenues.

Dans la première affaire²⁹³, des acheteurs avaient vendu un ensemble immobilier à des vendeurs. Ces derniers sont convenus dans un contrat de vente d'une clause résolutoire de plein droit précisant que « *le défaut de paiement entraînerait la résolution de plein droit* » du contrat. Les acheteurs n'ayant pas payé le prix, les vendeurs ont adressé un « *commandement visant la clause résolutoire* ». Mais, les vendeurs reviennent sur leur choix et optent finalement pour l'exécution forcée en nature consistant au paiement du prix dû. La Cour de cassation confirme le raisonnement de la Cour d'appel et estime que l'insertion d'une clause résolutoire de plein droit dans l'intérêt des vendeurs « *ne saurait les priver du droit, appartenant à tout créancier, d'exiger l'exécution, même lorsqu'il a, d'abord, demandé la résolution du contrat* »²⁹⁴. Dans la seconde affaire²⁹⁵, la Cour de cassation rend une décision

²⁸⁸ N. MOLFESSIS, « *Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature* », RDC 2005, p. 37.

²⁸⁹ P. GROSSER, « *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification* », Thèse, 2000, n° 542 et s. ; E. DEBILY, « *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires* », Thèse, 2002, n°s 15 s. ; V. LONIS-APOKOURASTOS, « *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature* », 2003, PUAM, *passim*. ; A. MIGNON-COLOMBET, « *L'exécution forcée en droit des sociétés* », 2004, LGDJ, n° 3. ; Ph. le TOURNEAU, « *Droit de la responsabilité et des contrats* », 2014, Dalloz Action, n° 2426 ; V. en sens inverse : Y.-M. LAITHIER, « *La prétendue primauté de l'exécution en nature* », RDC 2005, n° 1, p. 161.

²⁹⁰ Cass. civ. 3^{ème} 30 avr. 1997 : D. 1997, p. 475. note D. MAZEAUD.

²⁹¹ Cass. civ. 3^{ème}, 16 juin 2015, n°14-14.612 ; Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2005, n° 03-21.136 (sur la primauté de l'exécution forcée en nature, c'est-à-dire de l'action en démolition, lorsqu'une maison est construite en contrariété avec les stipulations contractuelles) ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 mai 2013, n°12-16.217 (sur la primauté de l'exécution forcée en nature indépendamment de la preuve de la gravité du manquement contractuel).

²⁹² V. le rapport remis au président de la République relatif selon lequel : « *l'ordre de l'énumération n'a aucune valeur hiérarchique, le créancier victime de l'inexécution étant libre de choisir la sanction la plus adaptée à la situation* ». V. aussi : N. DISSAUX, « *Les nouvelles sanctions en matière contractuelle* », AJ contrat 2017.10 Y.-M. LAITHIER, « *Les sanctions de l'inexécution du contrat, in Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?* », RDC hors-série, avr. 2016, p. 39 ; S. KOUHAIZ, « *La compatibilité des sanctions dans les pactes d'associés*, rev. Sociétés, 2019.87.

²⁹³ Cass. civ., 1^{ère}, 11 janv. 1967, Bull. civ. I, n° 15 ; V. dans le même sens : Cass. civ. 2^{ème}, 2 déc. 1856 ; Cass. civ., 6 janv. 1932 : DH 1932, 114. ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 fév. 1978 ; Cass. com. 18 juin 1979, n° 77-11.295.

²⁹⁴ Cass. civ., 1^{ère}, 11 janv. 1967, Bull. civ. I, n° 15.

²⁹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 1995, n°93-12.177.

proche de la première au sujet cette fois d'une clause pénale. La Cour Régulatrice affirme que « *la stipulation d'une clause pénale en cas d'inexécution du contrat n'emporte pas renonciation du créancier à poursuivre l'exécution de l'obligation principale* »²⁹⁶. De façon analogue à la première décision, l'exécution forcée en nature l'emporte sur la mise en œuvre de la clause pénale. *A contrario*, il pourrait être soutenu que si la clause résolutoire ou la clause pénale avait été rédigée de façon à emporter renonciation à l'exécution forcée en nature, ces dernières auraient été valables. Cette interprétation ressort particulièrement de l'arrêt du 21 mars 1995 qui reprochait à la clause pénale de ne pas emporter « *renonciation* » au droit du créancier de poursuivre l'exécution forcée en nature. Or, il nous semble qu'il ne peut pas être déduit aussi hâtivement de ces affaires que la Cour de cassation est favorable aux clauses de renonciation anticipée à l'exécution forcée. En effet, la stipulation d'une clause pénale ou résolutoire ne traduit pas la volonté expresse des contractants de renoncer à l'exécution forcée en nature. Ces clauses permettent simplement de faciliter ou d'organiser l'exercice de l'action résolutoire ou de la demande de dommages-intérêts. S'il est vrai que « *la jurisprudence n'a, semble-t-il, jamais tranché explicitement la question de savoir si le créancier peut disposer ou non de son droit à l'exécution forcée en nature* »²⁹⁷, il existe une décision dans laquelle la Cour de cassation s'est prononcée sur une clause semblant se rapprocher d'une clause manifestant la volonté expresse de renoncer à l'exécution forcée en nature. Dans cette affaire²⁹⁸, la Cour de cassation s'oriente vers la reconnaissance de la validité des clauses de renonciation anticipée à l'exécution forcée en nature. En l'espèce, le titulaire d'un brevet a concédé un contrat de licence exclusive de son brevet à un licencié en vue de fabriquer un dispositif d'échelle emboîtable transformable et des systèmes d'échafaudage. En contrepartie de la concession de cette licence, le contrat prévoyait le paiement d'une redevance dont le montant représentait un minimum annuel garanti. En cas de non-respect par le licencié de ses obligations, le contrat stipulait la possibilité pour le créancier de « *soit résilier purement et simplement le contrat, soit supprimer l'exclusivité pour exploiter lui-même son brevet dans les territoires concédés* ». La Cour de cassation a déduit de ces stipulations qu'elles « *excluaient, pour M. X... (le concédant), la possibilité, en cas de non-exécution par la société OCM (le concessionnaire) de son obligation de paiement du minimum garanti, d'en réclamer le montant* ». C'est cet arrêt qui a permis à Madame LAMOUREUX d'affirmer que la clause litigieuse « *emportait donc renonciation à l'exécution forcée et le concédant devait se contenter des sanctions conventionnellement prévues. La Cour de cassation semble donc admettre (...) la validité et l'efficacité des renonciations anticipées (...) à l'exécution forcée* »²⁹⁹. Il est vrai que sur le principe un tel arrêt peut justifier la licéité de la clause de renonciation anticipée à l'exécution forcée en nature. Toutefois, la portée de cet arrêt peut être nuancée et celui-ci ne permettrait pas de valider de manière définitive les clauses de renonciation anticipée à l'exécution forcée en nature. Outre qu'il s'agisse d'un arrêt de rejet rendu en matière de brevet et n'ayant pas eu les honneurs d'une publication au Bulletin, la clause stipulée ne prévoit pas une renonciation expresse à l'exécution forcée en nature³⁰⁰. En l'espèce la possibilité de « *soit résilier purement et simplement le contrat, soit supprimer l'exclusivité pour exploiter lui-même son brevet dans les territoires concédés* » est au mieux une renonciation anticipée implicite. Or, la jurisprudence exige que la renonciation doit être non équivoque et explicite, elle se montre

²⁹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 1995, n°93-12.177 ; V. dans le même sens : CA Paris, Pôle 5, Ch. 6, 21 mai 2015, n° 14/05639 : « *la stipulation d'une clause pénale en cas d'inexécution du contrat n'emporte pas renonciation du créancier à poursuivre l'exécution de l'obligation* ».

²⁹⁷ V. FORTI, « *Exécution forcée en nature* », Rép. dr. civ. (Dalloz), oct. 2016, n°34.

²⁹⁸ Cass. com. 1^{er} fév. 1994, n°92-12.621.

²⁹⁹ M. LAMOUREUX, « *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants* », Thèse, LGDJ, Tome I, n° 368-369.

³⁰⁰ V. sur ce point : P. GROSSER, « *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification* », Thèse, 2000, n° 498.

hostile à reconnaître la validité des clauses de renonciation anticipée implicite³⁰¹. L'arrêt du 3 novembre 2011 a confirmé la validité de la clause de renonciation anticipée à l'action résolutoire concernant une clause de « *désistement de tous droits de privilège et action résolutoire* » où celle-ci était expresse et non implicite. Si cet arrêt semble de bon augure pour la validité des clauses de renonciation anticipée à l'exécution forcée en nature, il ne permet pas pour autant de l'affirmer avec certitude. Le principe de la liberté de déterminer le contenu du contrat dès lors que la loi ne l'interdit pas, réaffirmé à l'article 1102 du Code civil, devrait conduire pour l'heure à pencher en faveur de la validité de la clause de renonciation anticipée à l'exécution forcée.

Il peut également être noté un cas particulier relevé par une décision plus récente rendue par la Cour d'appel le 9 décembre 2010³⁰² où il est stipulé une renonciation anticipée à l'exécution forcée en nature en présence d'une clause pénale. En l'espèce, une société venderesse avait vendu un terrain à une société acheteuse sous réserve de l'accomplissement de plusieurs conditions suspensives. La société venderesse avait finalement refusé de réitérer la vente et la société acheteuse l'assigne en justice en violation de la clause pénale prévue par l'acte sous seing privé initial. En particulier, cette clause pénale énonçait que « *Bien que les conditions suspensives soient réalisées et que l'une des parties ne veut ou ne peut réitérer les présentes par acte authentique, celle-ci en raison de sa défaillance sera redevable envers l'autre partie d'une indemnité d'ores et déjà fixée à 14414 euros. Cette indemnité sera versée à titre de clause pénale conformément aux dispositions des articles 1152, 1226 et suivants du code civil.* ». Puis, cette clause comprenait également une clause de non-recours ajoutant qu'« *En cas de versement par la partie défaillante de l'indemnité visée ci-dessus, l'autre partie renonce à tout autre recours* ». Ainsi, la Cour d'appel en déduit que « *La renonciation à tout recours stipulée dans le cadre de la clause litigieuse ne peut avoir pour effet que d'interdire à la partie non défaillante de solliciter d'autre indemnité que celle convenue, mais en aucun cas de l'empêcher de poursuivre l'exécution forcée de la vente dès lors que, conformément aux dispositions de l'article 1228 du code civil, elle renonce pour faire ce choix, à percevoir l'indemnité.* ». A première vue, cette clause signifie que la société acheteuse ne peut réclamer que la pénalité convenue, à l'exclusion de tout autre pénalité, sans que cela l'empêche d'obtenir l'exécution forcée de la vente en cas de renonciation à ladite pénalité. A contrario, cette clause permet à la société acheteuse de réclamer le montant de la pénalité prévue et ainsi de renoncer à sa faculté de demander l'exécution forcée de la vente. Le créancier peut ainsi soit renoncer à la pénalité stipulée, soit à l'exécution forcée en nature, mais pas à ces deux sanctions contractuelles. Si tant est que cette décision puisse être extrapolée, il ressort donc que la renonciation anticipée à l'exécution forcée est valable dès lors qu'une autre sanction (ici les dommages-intérêts stipulés sous forme de pénalité) puisse être appliquée. Renoncer de manière anticipée à l'exécution forcée serait donc possible sous réserve que l'action en indemnisation reste toujours ouverte. Mais la portée de cet arrêt pourrait se limiter à la situation où une clause pénale est stipulée étant donné que cette règle d'articulation entre la pénalité et l'exécution forcée était prévue par l'ancien article 1228 du Code civil selon lequel « *Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale.* ». Au surplus, l'ordonnance du 10 février 2016 a supprimé cet article 1228 du Code civil sans prévoir de disposition équivalente pour le remplacer. Il reste qu'à en croire le rapport remis au président de la République cette suppression devrait être sans conséquences puisque « *L'ordonnance n'a pas retenu les définitions posées par les articles 1226 et 1229 al. 1er, apparues inutiles, ni les règles posées par les articles 1227, 1228 et 1229 al.2 qui paraissent évidentes.* ». En somme, il ressort donc de cet arrêt qu'*a minima* on peut considérer que la

³⁰¹ V. par exemple : CA Toulouse, 1^{ère} ch., sect. 1, 27 juill. 2000, n° 1999/01381 ; Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 1995, n°93-12.177.

³⁰² CA, Rennes, 4^{ème} ch., 9 déc. 2010, n° 08/03916.

stipulation d'une clause pénale autorise à renoncer par avance à l'exécution forcée en nature. Nonobstant la stipulation de cette clause, le créancier disposerait toujours d'un choix entre l'exécution forcée en nature et la pénalité stipulée. Cette règle devrait cependant être cantonnée à l'hypothèse de la stipulation d'une clause pénale, laquelle est soumise à des règles spécifiques. De manière plus générale, et notamment au regard de l'arrêt précité de 1994³⁰³, il semblerait donc licite de renoncer par avance à l'exécution forcée directe en nature.

IV. La licéité des clauses de renonciation relatives à l'exécution forcée en nature indirecte

La position majoritaire de la doctrine en faveur de la validité des clauses de renonciation anticipée à l'exécution forcée en nature indirecte. La majorité de la doctrine³⁰⁴ estime que la renonciation anticipée à la faculté de remplacement (ancien article 1144 du Code civil) ou à la faculté de destruction (ancien article 1143 du Code civil) est en principe valable. En effet, « *Aucune considération d'ordre public ne justifie d'interdire aux parties d'y renoncer* »³⁰⁵ et les parties peuvent « *renoncer par avance, de façon claire et précise, à ce procédé sous réserve que d'autres sanctions demeurent accessibles* »³⁰⁶. Néanmoins, signalons que Monsieur NOBLOT adopte une position réservée s'agissant de la validité d'une telle renonciation à la faculté de remplacement, selon lui « *l'article 1144 pose un remplacement dont on ne conçoit pas sans sourciller qu'une clause l'élimine totalement, surtout si le contrat comporte par ailleurs une clause de renonciation à la résolution judiciaire* »³⁰⁷.

La validité de la clause de renonciation à la faculté de remplacement au moyen de la stipulation d'une clause d'intuitu personae ? S'agissant de la faculté de remplacement, comme le souligne Madame VINEY, celle-ci requiert que l'obligation inexécutée présente une « *certaine fungibilité* » et que le marché ne puisse offrir un l'équivalent de cette

³⁰³ Cass. com. 1^{er} fév. 1994, n°92-12.621.

³⁰⁴ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL MUNCK, « *Droit des obligations* », LGDJ, 2017, n°881 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2016, LexisNexis, p. 491. ; M. LAMOUREUX, « *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants* », Thèse, 2006, LGDJ, Tome I, n°372, p. 387 et 388. ; A. BENABENT, « *Un an d'application de la réforme des contrats. Quel impact sur la pratique notariale ?* », sous la coordination de M. GRIMALDI et C. VERNIERES, 1^{ère} éd., 2017, Defrénois, n°183. ; P. WERY, « *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (Essai). Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil* », préf. I. Moreau-Margrève, Kluwer, coll. Scientifique de la faculté de droit de Liège, 1993, n° 207, p. 286. C. NOBLOT, « *Contrats et obligations - La clause de remplacement* », CCC n° 3, Mars 2014, form. 3, n°1 ; A. IKONOMOU, « *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires* », Collection dirigée par J. RAYNARD, actes du colloque tenu le 24 mars 2017 à l'Université de Lyon 2, LexisNexis, p. 183. : « *Sans aller jusqu'à renoncer à l'application du texte, il semble légitime, dans ces situations, d'encadrer le recours à un prestataire de substitution : (...)* ».

³⁰⁵ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL MUNCK, « *Droit des obligations* », LGDJ, 2017, n°881.

³⁰⁶ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2016, LexisNexis, p. 491. V. dans le même sens : M. LAMOUREUX, « *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants* », Thèse, 2006, LGDJ, Tome I, n°372, p. 387 et 388 ; A. BENABENT, « *Un an d'application de la réforme des contrats. Quel impact sur la pratique notariale ?* », sous la coordination de M. GRIMALDI et C. VERNIERES, 1^{ère} éd., 2017, Defrénois, n°183.

³⁰⁷ C. NOBLOT, « *Contrats et obligations - La clause de remplacement* », CCC, n° 3, Mars 2014, form. 3, n°1. V. aussi : A. IKONOMOU, « *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires* », Collection dirigée par J. RAYNARD, actes du colloque tenu le 24 mars 2017 à l'Université de Lyon 2, LexisNexis, p. 183. : « *Sans aller jusqu'à renoncer à l'application du texte, il semble légitime, dans ces situations, d'encadrer le recours à un prestataire de substitution : (...)* ».

obligation. *A contrario*, « Cela exclut donc le cas de l'obligation contractée *intuitu personae* et dont le débiteur initial est seul à pouvoir s'acquitter valablement. »³⁰⁸. En effet, une obligation estampillée de l'*intuitu personae* devrait en principe exclure toute application de la faculté de remplacement. Il en résulte qu'il suffirait de stipuler expressément que le contrat est conclu *intuitu personae*, en « considération de la personne »³⁰⁹ du débiteur, et que la personne du débiteur revêt une importance essentielle en vue de l'exécution du contrat, pour écarter le remplacement. Si des clauses *intuitu personae* peuvent être valablement stipulées, comme en particulier en matière franchise où ces dernières sont légion³¹⁰. La plupart du temps leur portée ne consiste pas à écarter toute possibilité de recourir à un tiers pour les besoins de l'exécution du contrat en cas d'inexécution de l'une des parties³¹¹. L'objet de ces clauses se limite généralement à imposer au franchisé l'accord du franchiseur en cas de remplacement dans sa position contractuelle et de permettre au franchiseur de se réserver le droit de résilier le contrat en cas d'inexécution du franchisé. Et même s'il s'agissait de contrat par nature *intuitu personae*³¹², donc sans clause expresse en ce sens, la mise en œuvre du remplacement ne serait pas systématiquement exclue, les contrats de cette nature n'étant pas tous marqués de façon égale et de même intensité par l'*intuitu personae*³¹³. Or, le sujet qui nous intéresse est de savoir si, en accentuant leur portée, ces clauses, intronisant l'*intuitu personae* au sein du contrat, pourraient être valables. Si, comme exposé, ces clauses n'ont pas pour objet en pratique de produire les effets d'une éviction de la faculté de remplacement visée à l'article 1222 du Code civil, l'argument de l'*intuitu personae*, à la base de leur justification, pourrait s'avérer être un argument particulièrement utile. Ce dernier pourrait permettre de renforcer la validité de la clause de renonciation anticipée à la faculté de remplacement par l'intercession de l'obligation de bonne foi contractuelle, dont la vocation est d'ordre public. La confiance du

³⁰⁸ G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français » (partie 2), n°25, <http://www.henricapitant.org/revue/fr/n3>.

³⁰⁹ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « Vocabulaire juridique », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Intuitu personae* », p.573.

³¹⁰ CA, Paris, Pôle 5, ch. 4, 6 Mars 2019, n° 17/18551 ; CA, Limoges, ch. soc., 28 janv. 2019, n° 17/01340 ; CA, Paris, Pôle 5, ch. 4, 14 nov. 2018, n° 17/02999 ; CA, Paris, Pôle 5, ch. 4, 7 Mars 2018, n° 16/00634 ; CA, Montpellier, 2^{ème} ch., 29 nov. 2016, n° 14/06903 ; CA, Paris, Pôle 5, ch. 4, 22 oct. 2014, n° 14/01115 ; CA, Paris, Pôle 5, ch. 4, 7 mai 2014, n° 12/04794 ; CA, Paris, Pôle 1, ch. 2, 13 mars 2014, n° 13/05236. V. aussi pour un contrat de nettoyage : CA, Montpellier, 2^{ème} ch., 3 sept. 2019, n° 16/08529, pour un contrat d'occupation précaire : CA, Papeete, ch. com., 15 mars 2018, n° 15/00361, pour un contrat de distribution exclusive CA, Paris, Pôle 5, ch. 4, 17 févr. 2016, n° 13/12284.

³¹¹ Même si, en théorie, « Ce procédé de contrainte indirecte ne peut concerner que certaines prestations de service simples, que n'importe quel prestataire est susceptible de réaliser d'une manière exactement identique à ce qui était initialement prévu. Sont en particulier exclues toutes les obligations présentant un caractère d'*intuitu personae*, quelle que soit l'intensité de celui-ci. » (G. FOREST, « Essai sur la notion d'obligation en droit privé », préf. F. LEDUC, Dalloz, vol. 116, n°381, p. 262-263).

³¹² V. MEKKI en faveur de l'exclusion de l'article 1222 du Code civil « lorsqu'il s'agit d'un contrat conclu *intuitu personae* » (M. MEKKI, « Contrats et obligations : contrat et obligations. – Réforme du droit des obligations. – Effets du contrat », JCl. Notarial, fasc. 70, n°45).

³¹³ V. par exemple le contrat de commande en droit d'auteur pour lequel en principe la faculté de remplacement devrait être « paralysée » par l'*intuitu personae* inhérent à la nature de ce contrat (P. KAMINA, « Droit d'auteur. - Exploitation des droits. Dispositions particulières à certains contrats. Contrat de production audiovisuelle (CPI, art. L. 132-23 à L. 132-30) », fasc. 1340, JCl. civil, 1^{er} janv. 2017, n° 90) ce qui n'empêche pas que certains de ces contrats soient inégalement imprégnés de l'*intuitu personae* (S. DURRANDE, D. MARTIN, « Droit d'auteur. Exploitation des droits. – Dispositions particulières à certains contrats. Contrat de commande (CPI, art. L. 131-1 à L. 131-9) », JCl. civil, Fasc. 1342, n°30 : « si chacun comprend que Vasarely ne puisse pas être remplacé par Bernard Buffet et inversement (pour reprendre un exemple que nous avons déjà utilisé), le traducteur d'une notice technique, le dessinateur de croquis de pièces automobiles ou encore le créateur de logiciels peuvent parfaitement être remplacés par un autre sans que la qualité de la prestation attendue par le commanditaire ne souffre de cette substitution. C'est la raison pour laquelle il est des hypothèses, dans les contrats de commande faiblement marqués par l'*intuitu personae*, où il paraîtrait possible d'avoir recours à la faculté de remplacement prévue par l'article 1222 du Code civil »).

cocontractant devrait être à même d'opérer une telle liaison avec la bonne foi contractuelle. C'est ce que soutiennent certains auteurs en doctrine, à l'instar de M. LE TOURNEAU et M. KRAJESKI lesquels affirment qu'« *Il est une autre façon de considérer cet intuitu personae de base : c'est de considérer qu'il marque une confiance particulière entre les cocontractants* »³¹⁴. Cette position est parfois même mise en exergue par la jurisprudence³¹⁵. Paradoxalement, comme le souligne Madame LAMOUREUX, aux antipodes de la consolidation de la clause de renonciation anticipée à la faculté de remplacement, l'obligation de bonne foi serait susceptible de fragiliser ladite clause. Selon cet auteur, il existe une réserve à la validité de cette clause si d'aventure la jurisprudence venait à consacrer un jour une obligation de minimiser le dommage en droit français³¹⁶. Pour l'heure, cette dernière n'est pas établie en droit positif³¹⁷, même si le droit prospectif semble s'orienter vers une telle consécration, de manière encadrée³¹⁸. D'où la conclusion que la bonne foi contractuelle devrait être un fondement utile pour démontrer la validité d'une clause de renonciation anticipée à la faculté de remplacement. Enfin, combiner une clause imprégnant de l'*intuitu personae* un contrat avec une clause de renonciation anticipée à la faculté de remplacement a été jugée par certains auteurs comme « *curieuse* » ; car « *par hypothèse, si le remplacement est envisageable, c'est précisément parce que la personnalité du débiteur importe peu dans l'accomplissement de la prestation.* »³¹⁹. Si cette assertion est juste en son principe, cela n'empêche pas de prévoir valablement cette combinaison contractuelle. L'*intuitu personae* accorde certes une place importante à la « *considération de la personne* », mais n'a pas nécessairement *per se* pour conséquence d'exclure la mise en œuvre de la faculté de remplacement. C'est pourquoi dans la pratique la stipulation d'une clause d'*intuitu personae* écarte en principe le remplacement du cocontractant, sauf si les parties y consentent d'un commun accord³²⁰. Par conséquent, lorsqu'est stipulé à la fois une clause d'*intuitu personae* et une clause de renonciation anticipée à la faculté de remplacement, même si cela peut paraître « *curieux* » pour certains, il n'y a pas de contradiction à cumuler ces deux dernières qui poursuivent en réalité le même objectif, accorder une place importante à la considération de la personne du contractant. Ces clauses d'*intuitu personae* étant parfaitement licites, on ne voit pas pour quelle raison la faculté de remplacement pourrait être d'ordre public.

³¹⁴ P. le TOURNEAU, D. KRAJESKI, « *Contrat intuitu personae* », JCl. Contrats – Distribution, Fasc. 200, 30 oct. 2019, n° 16. V. aussi : P. MOUSSERON, « *La sanction de l'altération des liens d'alliance du membre d'un groupement* », JCP E, n° 16, 20 avr. 2006, 1607, n° 6.

³¹⁵ CA, Paris, Pôle 5, ch. 5, 7 nov. 2019, n° 17/16331 : « *Toutefois le départ d'un des co-gérants ne saurait caractériser une violation de la clause d'intuitu personae susvisée dès lors que l'autre co-gérant a conservé la direction de la société. (...) Aucune violation contractuelle ou manquement à l'obligation de loyauté ne saurait donc être caractérisée de ce chef.* » ; CA, Paris, Pôle 5, ch. 4, 17 févr. 2016, n° 13/12284 : « *La clause intuitu personae, qui renforce l'obligation de bonne foi et loyauté contractuelle* ».

³¹⁶ M. LAMOUREUX, « *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants* », Thèse, 2006, LGDJ, Tome I, n°372, p. 388 : « *Mais toujours est-il qu'une telle renonciation semble pouvoir être admise. (...) Il en irait néanmoins autrement si la jurisprudence venait à consacrer une obligation de minimiser le dommage, dont on sait que le remplacement est l'illustration majeure, sur le fondement parfois proposé de la bonne foi contractuelle.* ».

³¹⁷ Cass. civ., 2^{ème}, 26 mars 2015, n°14-16.011 ; Cass. civ., 1^{ère}, 15 janv. 2015, n° 13-21.180 ; Cass. civ. 2^{ème}, 19 juin 2003, n°01-13.289.

³¹⁸ Projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017 (art. 1263).

³¹⁹ M. LAMOUREUX, « *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants* », Thèse, 2006, LGDJ, Tome I, n°372, p. 388.

³²⁰ CA, Paris, Pôle 5, ch. 4, 6 Mars 2019, n° 17/18551 ; CA, Limoges, ch. soc., 28 janv. 2019, n° 17/01340 ; CA, Paris, Pôle 5, ch. 4, 14 nov. 2018, n° 17/02999 ; CA, Paris, Pôle 5, ch. 4, 7 mars 2018, n° 16/00634 ; CA, Montpellier, 2^{ème} ch., 29 nov. 2016, n° 14/06903 ; CA, Paris, Pôle 5, ch. 4, 22 oct. 2014, n° 14/01115 ; CA, Paris, Pôle 5, ch. 4, 7 Mai 2014, n° 12/04794 ; CA, Paris, Pôle 1, ch. 2, 13 mars 2014, n° 13/05236. V. aussi pour un contrat de nettoyage : CA, Montpellier, 2^{ème} ch., 3 sept. 2019, n° 16/08529, pour un contrat d'occupation précaire : CA, Papeete, ch. com., 15 mars 2018, n° 15/00361, pour un contrat de distribution exclusive CA, Paris, Pôle 5, ch. 4, 17 févr. 2016, n° 13/12284.

La stipulation d'une clause de renonciation anticipée à la faculté de détruire ce qui a été fait en violation de l'obligation est-elle valable ? S'agissant de la faculté de destruction prévue par l'ancien article 1143 du Code civil, la jurisprudence admet qu'il existe « *un droit* » à demander la destruction de ce qui a été fait en violation d'une obligation³²¹. La clause souvent invoquée pour illustrer l'application de cette sanction contractuelle est la clause de non concurrence. En effet, il est classiquement admis que le créancier a la faculté de demander l'exécution forcée de la clause de non concurrence, c'est-à-dire concrètement la fermeture du fonds de commerce concurrent ou l'arrêt de l'activité du professionnel concurrent³²². La Cour de cassation accorde une place de choix à la destruction de ce qui a été fait en violation de l'obligation du débiteur et a affirmé que « *doit être cassé, l'arrêt qui sanctionne la violation d'une clause de non concurrence, par des dommages-intérêts, et refuse d'ordonner à la requête de la partie lésée, la fermeture du commerce ouvert au mépris de l'engagement de non rétablissement.* »³²³. La jurisprudence a déjà eu l'occasion de se prononcer sur une clause de non-réinstallation sanctionnée uniquement par l'allocation de dommages-intérêts en cas de violation de celle-ci. La Cour d'appel de Bordeaux énonce que « *la stipulation de dommages et intérêts en cas de non-respect de l'interdiction de réinstallation ne fait pas obstacle à ce que le créancier de l'obligation poursuive l'exécution de la convention nonobstant l'absence de stipulation contractuelle l'y autorisant expressément* »³²⁴. Or une telle clause constitue une forme de renonciation implicite à la faculté de destruction visée par l'ancien article 1143 du Code civil. Les juges ont estimé que cette dernière ne pouvait avoir pour effet d'empêcher le créancier de se prévaloir de cette sanction contractuelle. Et il pourrait être déduit *a contrario* que devrait être valable la stipulation d'une clause de renonciation expresse et non équivoque à la faculté de destruction. Ce raisonnement *a contrario* semble d'ailleurs conforté par une décision antérieure rendue par la Cour de cassation³²⁵. En l'espèce, le propriétaire d'un cabinet d'expertise (Schuliar) à Metz avait donné mandat par contrat à l'un de ses anciens salariés (M. Petig) de gérer les bureaux qu'il avait créé, ce dernier comportait une clause de non-concurrence rédigée ainsi : « *Le cabinet Schuliar ayant (...) mis en fonction et introduit M. Petig dans l'expertise, ce dernier s'interdit formellement sous peine de dommages et intérêts de travailler comme expert pour son propre compte ou comme préposé d'expert pour le compte d'autrui, dans toute la zone d'activité du cabinet Schuliar sans avoir obtenu l'accord par écrit du cabinet Schuliar* ». En cas de violation de celle-ci, il n'était donc prévu, à titre de sanction, que le versement de dommages-intérêts. Le propriétaire du cabinet assigne l'ancien salarié pour avoir violé ladite clause de non-concurrence, en s'installant en qualité d'expert à son compte à Metz et sans l'obtention de son accord. La Cour d'appel de Colmar, pour réformer le jugement interdisant à l'ancien salarié de d'exercer la profession d'expert et examinant la clause de non-concurrence, estime que « *Aux termes mêmes de la clause, le non-respect de l'obligation est sanctionnée uniquement par des dommages-intérêts* ». La Cour de cassation casse cet arrêt pour absence de base légale car les juges n'avaient pas « *fait ressortir que Schuliar avait renoncé à son droit de demander outre des dommages-intérêts, l'exécution de l'obligation d'absentions souscrite par Petig* ». En conséquence, la clause de renonciation anticipée à la faculté de destruction de ce qui a été fait en violation de l'obligation devrait être valable en son principe.

³²¹ Cass. civ. 3^{ème}, 20 déc. 2018, n° 17-22.467 ; Cass. civ., 24 sept. 2003, n° 02-12.533 ; Cass. civ., 3^{ème}, 30 sept. 1998, n° 96-19.771 ; Cass. civ., 3^{ème}, 22 mai 1997, n° 93-20.957 ; Cass. civ., 3^{ème}, 25 janv. 1995, n° 92-19.600 ; Cass. civ., 3^{ème}, 18 janv. 1972, n° 70-11.350 ; Cass. civ., 1^{ère}, 1^{er} mars 1965, 63-11.572.

³²² Cass. civ., 21 févr. 1862, D.P. 1862, 1, p. 185. ; Cass. com. 23 avr. 1985, n°83-15.631.

³²³ Cass. soc., 24 janv. 1979, n° jurisData : 1979-799067.

³²⁴ CA Bordeaux, ch. 1, sec. B, 11 déc. 2007, n° JurisData : 2007-355749.

³²⁵ Cass. com., 20 janv. 1981, n° 79-16.521.

V. La licéité des clauses de renonciation relatives à la réduction du prix

Consécration de la réduction du prix en droit commun des contrats. Avant la réforme du droit des contrats, la possibilité pour le créancier de réduire le prix du contrat existait déjà sous l'empire du droit antérieur que ce soit de manière directe (par le mécanisme de la « *réfaction* ») ou indirecte (par l'octroi de dommages et intérêts). La possibilité de réduire directement le prix du contrat était prévue tant par le droit spécial des contrats que par le droit de la vente commerciale. En droit spécial, plusieurs textes l'ont consacré en matière de ventes d'immeubles³²⁶, de délivrance de la chose vendue³²⁷, de garantie des vices cachés³²⁸, de garantie légale de conformité³²⁹ ou de vente internationale³³⁰ et en droit des ventes commerciales. La jurisprudence a admis, à titre de sanction en cas d'inexécution, la « *réfaction* » du contrat³³¹ même si elle s'est montrée plus hésitante s'agissant de la vente civile³³². La possibilité de réduire indirectement le prix du contrat était également prévue par le droit antérieur. La jurisprudence a pu admettre par le passé la possibilité de réduire le prix d'un contrat par l'allocation de dommages-intérêts³³³. On peut citer l'emblématique arrêt *Bolmont* du 30 janvier 2002 dans lequel un locataire n'avait pas réalisé les travaux de réparation qui lui incombaient sans qu'en l'espèce cette inexécution ne causa de préjudices au bailleur. Pourtant, la Cour de cassation affirme « *que l'indemnisation du bailleur en raison de l'inexécution par le preneur des réparations locatives prévues au bail n'est subordonnée ni à l'exécution de ces réparations ni à la justification d'un préjudice* ». Cet arrêt fut ainsi que relevé par le Professeur STOFFEL-MUNCK « *l'un des premiers à officiellement affirmer qu'en cas d'inexécution du contrat, des « dommages intérêts » pouvaient, en droit commun, avoir une fonction non pas simplement complémentaire de la réparation, mais véritablement*

³²⁶ Art. 1617 C. civ. : « *Si la vente d'un immeuble a été faite avec indication de la contenance, à raison de tant la mesure, le vendeur est obligé de délivrer à l'acquéreur, s'il l'exige, la quantité indiquée au contrat ; Et si la chose ne lui est pas possible, ou si l'acquéreur ne l'exige pas, le vendeur est obligé de souffrir une diminution proportionnelle du prix.* ».

³²⁷ Art. 1610 C. civ. : « *Si le vendeur manque à faire la délivrance dans le temps convenu entre les parties, l'acquéreur pourra, à son choix, demander la résolution de la vente, ou sa mise en possession, si le retard ne vient que du fait du vendeur.* ».

³²⁸ Art. 1644 C. civ. : « *Dans le cas des articles 1641 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix.* ».

³²⁹ Art. L. 217-10 C. conso. : « *Si la réparation et le remplacement du bien sont impossibles, l'acheteur peut rendre le bien et se faire restituer le prix ou garder le bien et se faire rendre une partie du prix.* ».

³³⁰ Art. 50 Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, 11 avr. 1980 : « *En cas de défaut de conformité des marchandises au contrat, que le prix ait été ou non déjà payé, l'acheteur peut réduire le prix proportionnellement à la différence entre la valeur que les marchandises effectivement livrées avaient au moment de la livraison et la valeur que des marchandises conformes auraient eue à ce moment.* ».

³³¹ Cass. com. 11 oct. 1971, n° 70-11.267 ; Cass. com. 15 nov. 1992: JCP 1993. II. 22075, note Poulmais ; Cass. com. 23 mars 1971, n° 69-12.029 ; Cass. com. 13 juin 1989, n° 87-12.662 ; Cass. com. 15 déc. 1992, n° 90-18.299 ; Cass. com. 7 janv. 1997, n° 93-17.326 ; Cass. com. 12 nov. 1991, n° 89-21.402 P.

³³² Certaines décisions ont dénié appliquer la « *réfaction* » du contrat à la vente civile (Cass. 3^e civ., 29 janv. 2003, n° 01-02.759 ; Cass. civ. 3^{ème}, 29 janv. 2003, LPA 14 août 2003, p. 13, note A.-S. CHAVENT-LECLERE ; Cass. civ. 3^{ème}, 10 mars 2015, n° 13-27.660), d'autres décisions ont admis appliquer la « *réfaction* » du contrat à la vente civile sur le fondement de l'article 1610 du Code civil (CA Lyon, 1^{re} ch., 11 Oct. 2001, n° 1998/01522 ; CA Lyon, 2^e ch., 24 janv. 1995 : JurisData n° 1995-041423 ; CA Lyon, 1^{re} ch., 2 nov. 2000, n° 1997/03052 ; CA Versailles, 1^{re} ch. A, 3 juill. 1997 : JurisData n° 1997-045651).

³³³ Cass. com. 27 févr. 1996, Bull. civ. IV, n° 65 ; Cass. com. 18 oct. 1994, Bull. civ. IV, n° 293 ; Cass. civ. 3^{ème}, 29 janv. 2003, n° 01-02.759.

indépendante de celle-ci : ils rééquilibraient l'opération.»³³⁴. Ceci dit, ce dévoiement de l'action en dommages-intérêts fut critiqué en doctrine³³⁵. Et la Chambre commerciale³³⁶ affirme que la réfaction du prix et l'action en dommages-intérêts ont un « *objet distinct* ». La première a pour objet de remédier à une exécution imparfaite (en réduisant le prix à concurrence de cette exécution imparfaite) alors que la seconde a pour objet de réparer le préjudice induit par l'inexécution reprochée, ce qui n'est pas la même chose. En effet, la différence entre ces deux actions repose essentiellement sur l'existence ou non d'un préjudice consécutif à l'inexécution : la première ne requiert pas l'existence d'un préjudice, une simple exécution imparfaite suffit alors que la seconde exige la preuve d'un préjudice. Par ailleurs, il reste possible de convenir d'une réduction du prix du contrat en vertu d'un accord mutuel entre les parties³³⁷ conformément à l'ancien article 1134 alinéa 2 du Code civil (devenu l'article 1193 du Code civil). Depuis longtemps, la jurisprudence³³⁸ en matière de ventes commerciales admettait qu'un contractant puisse exclure la réfaction du contrat par la stipulation d'une clause expresse en ce sens ou implicitement (en cas de stipulation d'un engagement de parfaite exécution) dès lors que la renonciation à cette sanction était non équivoque. L'ordonnance du 10 février 2016 est venue consacrer et généraliser la réduction du prix en tant que sanction en cas d'inexécution du contrat à l'article 1223 du Code civil, modifié par la loi de ratification du 20 avril 2018.

La position doctrinale sur la possibilité de renoncer de manière anticipée à la réduction du prix prévue par l'article 1223 du Code civil. En doctrine, il est souvent affirmé selon l'opinion majoritaire que la réduction du prix n'est pas d'ordre public³³⁹. En effet, à la question de savoir s'il est possible d' « *exclure purement et simplement la réduction du prix du panel des sanctions de l'inexécution* », le Professeur CHENEDE estime que « *la réponse semble devoir être positive* »³⁴⁰ en faisant un rapprochement avec la jurisprudence rendue en

³³⁴ P. STOFFEL-MUNCK, « *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires* », Collection dirigée par J. RAYNARD, actes du colloque tenu le 24 mars 2017 à l'Université de Lyon 2, LexisNexis, p. 119-120, n°23.

³³⁵ P. GROSSER, th. préc. n° 587, *op. cit.* : « *En effet, pour les tenants de cette thèse, le juge se contenterait d'allouer au créancier des dommages-intérêts en réparation du préjudice que lui cause l'inexécution partielle, puis d'opérer "une sorte de compensation" entre ces dommages-intérêts et la dette du prix du créancier. (...) Cependant, nous avons vu que cette thèse ne pouvait pas être retenue, car le réaménagement du contrat n'est pas soumis aux règles de la responsabilité contractuelle.* ».

³³⁶ Cass. com. 22 janv. 2008, n° 07-11.375 : « *la réfaction du prix a un objet distinct de celui des dommages-intérêts réparant les conséquences dommageables de la non-conformité de la chose vendue* ».

³³⁷ Cass. com. 10 oct. 1989, n° 87-16.334 ; Cass. com. 22 juin 1993, n° 91-17.169.

³³⁸ Cass. req., 23 mai 1900 : DP 1901, 1, p. 269 ; CA Rouen 28 fév. 1874, DP, 77, 2, p. 222-223, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5769514w/f222>.

³³⁹ F. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2016, Dalloz, n° 28.138 ; B. FAGES., « *Droit des obligations* », 6^e éd., 2016, LGDJ, n° 297 ; B. MERCADAL, « *Réforme du droit des contrats* », 2016, Francis Lefebvre, n° 716 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2016, LexisNexis, p. 495-496 ; A. BENABENT., « *Droit des obligations* », 16^e éd., 2017, Précis Domat LGDJ, n° 383 ; P. DELEBECQUE, « *L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat* », Dr. & patr., 2016, p. 67 ; A.-S. CHONE-GRIMALDI, « *Article 1223* », in Douville T. (dir.), « *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article* », 2016, Gualino, p. 227 ; G. CHAMPENOIS, « *Nouveau droit des contrats, nouvelles pratiques notariales, synthèse* », JCP N, n° 17, 28 avril 2017, 1167, n°33 ; C. SIZAIRE, « *Vente d'immeuble - L'intervention du juge dans la recherche de l'équilibre contractuel de la vente d'immeubles à construire* », JCP N, n° 30-34, 28 juil. 2017, 1249, n°21 ; G. CHANTEPIE « *Contrat : effet* », Rép. civ. Dalloz, janv. 2018, n° 227 ; D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 2^{ème} éd., 2016, Larcier, collection paradigme, n°955 ; P. STOFFEL-MUNCK, « *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires* », Collection dirigée par J. RAYNARD, actes du colloque tenu le 24 mars 2017 à l'Université de Lyon 2, LexisNexis, p. 122, n°28.

³⁴⁰ F. CHENEDE, « *La réduction du prix* » RDC, 15 sept. 2017, n°03 - page 571, n°15.

matière de clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire³⁴¹. De même, un auteur³⁴², jurisprudence à l'appui³⁴³, défendait par principe la possibilité pour les parties « *d'exclure expressément la réfaction* », dès lors que la « *clause rejette de manière claire et sans équivoque la réfaction. Dans cette hypothèse, le juge ne peut qu'appliquer la volonté des parties* ». Toutefois, cette assertion comprend un « *bémol* » si les parties décident de saisir le juge, ce dernier serait guidé « *par la bonne foi contractuelle* » ; « *Par conséquent, en présence d'une inexécution contractuelle, le juge applique la solution qui satisfait le mieux l'équilibre du contrat et son efficacité.* ». A l'inverse, certains auteurs n'excluent pas que l'article 1223 du Code civil puisse avoir une vocation d'ordre public de nature à remettre en cause la validité des clauses de renonciation anticipée à la réduction du prix. Ainsi, selon le Professeur LICARI « *le juge est toujours libre de décider que telle ou telle disposition exclut toute clause contraire en décelant dans la loi une sorte d'« ordre public virtuel »* »³⁴⁴. En ce sens, le Professeur MERCADAL³⁴⁵ estime que « *Compte tenu de l'objectif général de sauvegarde du contrat qui est, à notre avis, d'intérêt général, le créancier ne saurait renoncer par avance à la possibilité de sauver le contrat, laquelle relève de l'intérêt général dont il ne peut disposer.* ». Pour un autre auteur encore « *on n'imagine guère que le débiteur puisse par avance renoncer à la faculté de contester le principe ou le montant de la réduction du prix, faute de quoi il serait à la merci du créancier.* »³⁴⁶

Position de la jurisprudence sur la validité des clauses de renonciation anticipée à la « réfaction » ou « réduction » du prix. La jurisprudence antérieure rendue au sujet de la « réfaction » du prix en matière de ventes commerciales constitue probablement le modèle de référence le plus proche de l'article 1223 du Code civil. Un parallèle pourrait être établi entre la réduction du prix prévue à l'article 1223 du Code civil et la réfaction en matière de ventes commerciales. Certains arrêts employaient sans distinction les termes de « réduction » et de « réfaction » du prix³⁴⁷. L'ordonnance du 10 février 2016 en introduisant l'article 1223 du Code civil ne ferait donc que généraliser une sanction qui existait déjà en matière de ventes commerciales. Le rapport remis au président de la République ne dit pas autre chose lorsqu'il affirme que « *Si le code civil ne prévoit pas de façon générale la possibilité pour le créancier d'accepter une exécution non conforme du débiteur, en contrepartie d'une réduction proportionnelle du prix, cette faculté existe en droit positif à titre spécial* »³⁴⁸. Puis, la « réfaction » du prix en matière de ventes commerciales peut être exercée avec³⁴⁹ ou sans³⁵⁰ autorisation judiciaire et présente donc des similitudes avec le mécanisme consacré à l'article 1223 du Code civil. Par le passé, les juges ont rarement eu l'occasion de se prononcer sur la possibilité de renoncer à la réfaction du prix. Il reste du moins qu'il était naguère admis que les parties puissent renoncer conventionnellement à la réfaction du prix dès lors que les « *stipulation expresses des parties ne s'y opposent pas* »³⁵¹. En dehors de la vente commerciale, les juges ont également admis la validité des clauses de « parfaite exécution »

³⁴¹ Cass. civ., 3^{ème}, 3 nov. 2011, n° 10-26203.

³⁴² K. ASUNCION DE LA PLANES, « *La réfaction du contrat* », thèse, LGDJ, 2006, n°642.

³⁴³ CA Rouen, 28 févr. 1874, D.P. 1877.2. p. 222 ; Req. 23 mai 1900 : D.P. 1901. 1. p. 269.

³⁴⁴ F.-X. LICARI, « *Contrat. – inexécution du contrat. – réduction du prix* », fasc. unique, 11 mars 2018, n° 27.

³⁴⁵ B. MERCADAL, Francis Lefebvre, « *Mémentos Droit Commercial 2018* », 1^{er} Fév. 2018.

³⁴⁶ L. THIBIERGE, « *Les effets du contrat* », AJ contrat 2018, p. 266.

³⁴⁷ Cass. civ. 20 nov. 1871, DP 1873. 1. 201 : « *lorsque la marchandise vendue est de qualité inférieure, les juges peuvent [...] forcer [l'acheteur] à [la] prendre moyennant une certaine réduction ou réfaction sur le prix* ».

³⁴⁸ 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.

³⁴⁹ Cass. com. 23 mars 1971, n° 69-12.029.

³⁵⁰ Cass. com. 11 oct. 1971, n° 70-11.267.

³⁵¹ CA Rouen, 28 févr. 1874, DP 1877, II, p. 222

ou d'exécution « *irréprochable* ». En effet, en vertu de ces clauses, la qualité de la chose promise ne peut être remise en cause ou être imparfaitement conforme à la qualité promise³⁵². Il serait ainsi tentant d'en déduire que de telles clauses impliquent implicitement une renonciation anticipée à la réduction du prix. En réalité, ce rapprochement entre les clauses de « *parfaite exécution* » ou d'« *exécution irréprochable* » et la clause de renonciation anticipée à la réduction du prix est contestable. Ces clauses n'emportent pas réellement renonciation à la réduction du prix. Bien souvent, lorsque ces dernières sont stipulées, elles sont rattachées à la clause résolutoire³⁵³ et permettent donc de résoudre le contrat en cas d'exécution imparfaite. Et l'on sait qu'une clause résolutoire n'emporte pas renonciation anticipée aux autres sanctions contractuelles dont la réduction du prix, seule une renonciation expresse et non équivoque est de nature à exclure le jeu d'une sanction contractuelle. Il reste que l'on peut également invoquer, comme nous y invite le Professeur DELEBECQUE³⁵⁴, quelques exemples issus du droit spécial où la stipulation de clauses de renonciation à des mécanismes similaires à la réduction du prix est valable. En matière de garantie des vices cachés, la jurisprudence estime qu'il est possible de renoncer à l'une des branches de l'option proposée par l'article 1644 du Code civil (l'action estimatoire ou rédhibitoire) dès lors que le vendeur n'a pas la qualité de professionnel³⁵⁵. Et il en va de même s'agissant de l'action en diminution du prix en matière de vente immobilière en cas de contenance erronée ou de mesure erronée de plus d'un vingtième prévue aux articles 1617 et 1619 du Code civil. A moins qu'il s'agisse d'une réglementation dont la vocation est expressément d'ordre public à l'instar de l'article 46 de la loi du 10 juillet 1965 selon lequel l'action en réduction du prix pour erreur sur la superficie de plus d'un vingtième par rapport l'acte de vente. Dans ce cas, la jurisprudence estime que « *Ce texte est d'ordre public. La faculté d'y renoncer contractuellement reviendrait à le vider de sa substance en conditionnant la vente à l'acceptation d'une renonciation à l'action en réduction de prix. Les parties ne peuvent l'écarter par contrat. Toute clause contraire est réputée non écrite.* »³⁵⁶. Il en va de même s'agissant de la cession des offices ministériels. Une ancienne jurisprudence considérait que la réduction du prix devait pouvoir être demandée car « *les cessions d'offices constituent des contrats sui generis intéressant l'ordre public, lequel exige que le prix des offices représente leur valeur exacte* »³⁵⁷. Le prix de l'office ministériel cédé doit être exact et fait l'objet de l'agrément préalable du Garde des Sceaux. Mais de manière générale, l'action en réduction du prix ne devrait pas par principe revêtir un caractère d'ordre public. En ce sens, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Poitiers, le 24 novembre 2020³⁵⁸, affirme que la clause visant à écarter toute demande de réduction de loyer « *pour quelque cause que ce soit* » est « *claire* » et « *licite, les dispositions des articles 1719 et suivants du code civil n'étant pas d'ordre public et les parties pouvant y renoncer, particulièrement en fait de bail commercial, entre professionnels* ». Cette décision reconnaît la pleine licéité des clauses de renonciation anticipée à la réduction du prix « *particulièrement en fait de bail commercial, entre professionnels* », ce qui apparaît comme validant la licéité d'une même clause au regard de l'action en réduction du prix de droit commun (art. 1223 C. civ.). Aucun obstacle relevant de l'argument de l'ordre public ne devrait donc s'opposer sur le principe à la stipulation d'une telle clause. Par conséquent, il ressort que le mécanisme de la réduction du prix devrait être par principe supplétif de volonté,

³⁵² Cass. req. 15 mai 1877, D.P. 1878, 1, p. 36 ; CA Douai, 12 nov. 1891, D.P. 1892, 2, p.86 ; CA Aix-en-Provence, Ch. 1, C, 18 oct. 2018, n° 2018/699.

³⁵³ V. par exemple : CA Aix-en-Provence, ch. 1, C, 18 oct. 2018, n° 17/20350.

³⁵⁴ Ph. DELEBECQUE, « *L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat* », Dr. et patr., n° 259, 1^{er} juin 2016.

³⁵⁵ V. par exemple : Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 1994, n° 92-17.454 ; Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1982, n° 81-10.315.

³⁵⁶ CA d'Aix-en-Provence, ch. 01 B., 13 janv. 2011, n°09/05227.

³⁵⁷ Cass. req., 13 juin 1910 : S. 1913, 1, 347 ; V. aussi : Cass. req., 11 juin 1890 : DP 1891, 1, 193 ; Cass. req., 6 fév. 1894 : DP 1894, 1, 285.

³⁵⁸ CA Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 24 nov. 2020, n° 18/03062.

celui visé à l'article 1223 du Code civil, sauf disposition spéciale revêtant un caractère d'ordre public.

Une analogie possible entre la réduction du prix et la fixation unilatérale du prix ? Tout d'abord, il était reconnu la possibilité sous l'empire du droit antérieur de réduire judiciairement le montant de contrats prévoyant des honoraires excessifs³⁵⁹ ou de contrats-cadres dont le prix est fixé de manière abusive³⁶⁰. En effet, le principe est que la lésion n'est pas recevable en droit commun, ce que prévoyait l'ancien article 1118 du Code civil et cette solution est reprise sous une autre formulation à l'article 1168 du Code civil selon lequel « *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.* ». Ces règles de fixation unilatérale du prix, qu'il s'agisse des honoraires excessifs³⁶¹ ou de l'abus dans la fixation du prix par exemple de contrats-cadres, constituent « *l'inexécution d'une obligation contractuelle d'exécuter le contrat de bonne foi* »³⁶² au visa des articles 1134 et 1135 du Code civil. Et une telle obligation est expressément qualifiée d'ordre public par l'article 1104 du Code civil. Ces règles sont depuis l'ordonnance du 10 février 2016 désormais codifiées aux articles 1164³⁶³ (pour les contrats-cadres) et 1165³⁶⁴ (pour les contrats de prestation de service) du Code civil. Selon le Professeur GAUTIER, une confusion des actions en fixation du prix (art. 1164 et 1165 C. civ.) et en réduction du prix (art. 1223 C. civ.) serait possible. Au sujet de l'articulation de ces actions, ce dernier affirme « *On peut aussi noter que les deux séries de dispositions, les unes sur la validité, l'autre sur l'inexécution, portent en pratique sur la même question, ce qui montre, si besoin en était, la fragilité consistant à vouloir ventiler, pour certaines matières, ce qui relèverait clairement de l'une et ce qui appartiendrait en propre à l'autre* »³⁶⁵. Mais de là à relever une confusion pratique possible entre la fixation unilatérale du prix et la réduction du prix, une analogie entre ces dernières est-elle réellement

³⁵⁹ Pour les conventions d'honoraire des avocats : Cass. civ. 1^{ère}. 3 Mars 1998, n° 95-15799 ; pour les conventions d'honoraires des généalogistes : Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1998, n° 96-14328, confirmé par Cass. civ. 1^{ère}, 21 fév. 2006, n° 02-14.326.

³⁶⁰ Cass. ass. plén., 1 déc. 1995, n° 91-15.578.

³⁶¹ M. THIOYE, « *Entremise et gestion immobilière. – réglementation des opérations* », Jurisclasseur cons. urb., fasc 248-20, 7 juill. 2019, n°151 : « *les tribunaux se sont arrogé le pouvoir de réduire la rémunération du mandataire ou, moins souvent, de l'augmenter, et cette règle est considérée comme d'ordre public.* »

³⁶² C. AUBERT DE VINCELLES, « *Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix* », Recueil Dalloz 2006 p. 2629. ; V. aussi P. ANCEL, « *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat* », RTD civ. 1999, p. 771 (spéc. n° 26) ; P. ANCEL, « *Critères et sanction de l'abus en matière contractuelle* », Cah. dr. entr. 1998, n° 6, p. 30, spéc. p. 38. Celui-ci justifiant la sanction de la résolution prononcée par l'Assemblée Plénière au visa de l'article 1134 du Code civil dans les arrêts du 1^{er} Décembre 1995 énonce que « *l'article 1134, alinéa 3, fonctionne comme une règle d'interprétation de la norme contractuelle : c'est non pas seulement au regard de la lettre du contrat, mais au regard de la notion de bonne foi qu'on peut dire quelle est exactement l'étendue des prérogatives du créancier* » ; D. FERRIER, « *La détermination du prix : les apports au droit commun des obligations* », RTD com. 1997. 49. n°44 : « *Or ici il n'y a pas semble-t-il inexécution puisque c'est l'article 1134 c. civ. qui est visé et non l'article 1184 c. civ. A moins de considérer que l'exécution abusive du contrat constitue une forme d'inexécution, assimilation qui permettrait une sanction inédite de l'article 1134 c. civ.* ».

³⁶³ Art. 1164 C. civ. : « *Dans les contrats cadre, il peut être convenu que le prix sera fixé unilatéralement par l'une des parties, à charge pour elle d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat.* »

³⁶⁴ Art. 1165 C. civ. : « *Dans les contrats de prestation de service, à défaut d'accord des parties avant leur exécution, le prix peut être fixé par le créancier, à charge pour lui d'en motiver le montant en cas de contestation. En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande en dommages et intérêts.* ».

³⁶⁵ P.-Y. GAUTIER « *Contrats et obligations - La réduction proportionnelle du prix. Exercices critiques de vocabulaire et de cohérence* » - JCP G, n° 37, 12 sept. 2016, 947.

envisageable ? Nous ne le pensons pas³⁶⁶. La fixation du prix se distingue de l'action en réduction du prix. Le champ d'application de ces deux actions est distinct, soit en réduction du prix, soit en fixation du prix ne sont pas les mêmes. La première suppose une fixation *ab initio* valable du prix³⁶⁷ dont l'« *exécution* » est devenue par la suite « *imparfaite* » alors que la seconde ne suppose pas l'existence d'un prix valablement fixé puisque son objet est justement de contester en son principe la fixation du prix. Ces deux actions ont donc un objet différent, l'action en fixation abusive du prix vise uniquement le cas où le prix a été fixé de manière contestable, sans que la question de l'inexécution du contrat ne puisse se poser (puisque un contrat dont le prix de la prestation n'est pas déterminé ou déterminable n'est pas valable pour défaut d'objet), tandis que l'action en réduction du prix pour inexécution vise précisément le cas où la réduction du prix est demandée en raison d'une exécution imparfaite du contrat formé. Ainsi, l'action en fixation unilatérale du prix a trait à la formation du contrat³⁶⁸, et, en particulier, à la détermination du prix³⁶⁹ et l'action en réduction du prix relative aux effets du contrat³⁷⁰ et, en particulier, à l'inexécution du contrat. Une différence encore et qui n'est pas des moindres, est que dans l'action en fixation unilatérale du prix la relation est « *déséquilibrée au cours de l'exécution, (...) par une mauvaise évaluation de la contrepartie d'un service de la part du créancier de l'obligation* »³⁷¹. C'est ainsi que la notion de lésion est consubstantielle au mécanisme de fixation unilatérale du prix, ce qui inclut par une « *interprétation déviante des textes* »³⁷² faite par la jurisprudence la détermination d'honoraires excessifs. C'est cette dernière hypothèse qui pourrait être rapprochée de la réduction du prix, le rééquilibrage du contrat ayant lieu au cours de son exécution (contrairement à la plupart des hypothèses légales où la lésion concerne la formation du contrat). La lésion étant traditionnellement définie comme « *le préjudice causé à un contractant lors de la conclusion du contrat et engendré par un défaut d'équivalence économique, par une inégalité de valeur entre les prestations contractuelles.* »³⁷³. L'objectif de ce mécanisme de réduction des honoraires excessifs consiste davantage à rééquilibrer le rapport contractuel, c'est pourquoi il a pu être rattaché à la bonne foi contractuelle, elle relève de « *la déloyauté de la lutte entre les contractants* »³⁷⁴. Or, l'article 1223 du Code civil ne répond pas à cette logique et celle-ci ne vient que sanctionner une exécution imparfaite du contrat, le juge ne fait pas usage de son pouvoir de rééquilibrage en vertu d'un principe de justice contractuelle, il ne fait que réduire le prix proportionnellement à l'inexécution subie. En ce sens, certains auteurs soulignent s'agissant de l'article 1223 du Code civil que « *la réfaction se distingue de l'action en réduction des honoraires excessifs applicable aux mandats et aux contrats de prestations de services intellectuels. L'exécution peut, en effet, être irréprochable et la rémunération convenue néanmoins excessive.* »³⁷⁵.

³⁶⁶ V. par exemple : F. LABARTHE, C. NOBLOT, « *Le contrat d'entreprise* », JCl. com., fasc. 302, 25 avr. 2016, n°15 : pour ces derniers, les mécanismes de fixation unilatérale du prix visés aux articles 1164 et 1165 du Code civil « *n'a rien à voir avec le problème de l'exécution imparfaite et de la réfaction visée par l'article 1223* ».

³⁶⁷ C'est-à-dire, un prix valable de sorte que la prestation du contrat soit « *déterminée ou déterminable* » (Art. C. civ. 1163).

³⁶⁸ Les articles 1164 et 1165 du Code civil font partie du Chapitre II « *la formation du contrat* ».

³⁶⁹ Bien que l'exigence d'une prestation déterminée ou déterminable en matière de prix soit discutée en doctrine V. notamment : J. MOURY, « *Retour sur le prix : le champ de l'article 1163, alinéa 2, du code civil* », Recueil Dalloz 2017 p.1209.

³⁷⁰ L'article 1223 du Code civil appartient au Chapitre IV « *les effets du contrat* ».

³⁷¹ K. ASUNCION DE LA PLANES, « *La réfaction du contrat* », thèse, L.G.D.J, 2006, n°34.

³⁷² K. ASUNCION DE LA PLANES, « *La réfaction du contrat* », thèse, L.G.D.J, 2006, n°34.

³⁷³ D. MAZEAUD, M. LATINA « *Lésion* », rép. dr. civ. (Dalloz), avr. 2018, n°2.

³⁷⁴ G. RIPERT, « *La règle morale dans les obligations civiles* », 4^e éd., 1949, LGDJ, collection Anthologie du droit, n° 70

³⁷⁵ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL MUNCK, « *Droit des obligations* », LGDJ, 2017, n°882.

Paragraphe II : la licéité de la renonciation collective à des groupes de sanctions contractuelles

L'illicéité des clauses de renonciation anticipée à toutes formes de sanctions définitives en cas d'inexécution du contrat. En principe, la clause ayant pour objet de renoncer à l'ensemble³⁷⁶ des sanctions contractuelles relatives à l'inexécution du contrat³⁷⁷ n'est pas valable. En doctrine, le Professeur LAITHIER affirmait qu'en cas de renonciation « à toute sanction, judiciaire ou extra-judiciaire (...) Faute de sanction, aucun contrat ne peut juridiquement exister, comme l'a fort bien indiqué la Cour de cassation. Le débiteur ne s'engage à rien »³⁷⁸ et le Professeur GENICON estimait qu'en cas de renonciation « générale », c'est-à-dire visant à renoncer à toutes les sanctions de l'inexécution du contrat, « il est bien évident que l'engagement du débiteur étant vide de sens, une telle renonciation n'est pas valable »³⁷⁹. Ce principe d'interdiction des clauses de renonciation anticipée à l'ensemble de sanctions contractuelles prend appui sur une ancienne jurisprudence selon laquelle « un contrat ne peut légalement exister s'il ne renferme les obligations qui sont de son essence, et s'il n'en résulte un lien de droit pour contraindre les contractants à les exécuter »³⁸⁰. Aussi, la renonciation à toutes formes de sanctions contractuelles pourrait induire une privation totale d'un droit fondamental, celui du droit d'accès au juge prévu par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

La position de la doctrine sur la licéité des clauses de renonciation anticipée à des groupes de sanctions contractuelles ou sur les clauses de choix exclusif d'une sanction contractuelle. Selon une partie de la doctrine, la renonciation collective à plusieurs sanctions contractuelles devrait en principe être licite. Cette reconnaissance est faite par le truchement des clauses de choix exclusif d'une sanction contractuelle qui reviennent à stipuler des clauses de renonciation anticipée à plusieurs sanctions contractuelles. Pour le Professeur DESHAYES « Rien n'interdit aux parties, pourvu qu'elles l'expriment clairement, de stipuler que telle sanction contractuelle constituera la seule et unique sanction offerte au créancier. »³⁸¹, aussi, Madame LAMOUREUX dans sa thèse reconnaissait même « l'efficacité mesurée des clauses imposant l'exécution en droit français »³⁸². S'agissant de la clause de renonciation à la résolution judiciaire et aux dommages-intérêts, le Professeur LAITHIER estimait que « la clause de renonciation à la résolution judiciaire est encore valable et efficace aux conditions qui ont été indiquées si elle est combinée avec une clause de non-recours en indemnisation – clause en principe licite par laquelle le créancier renonce par avance à demander au débiteur, voire à son assureur si cela est prévu (v. Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1993 : Bull. civ. 1993, I, n° 186) »³⁸³. Madame BARTHEZ a pu faire part de ses doutes sur la validité d'une clause de renonciation à la résolution dans son ensemble. En effet, si la jurisprudence a

³⁷⁶ C'est-à-dire à l'ensemble des sanctions visées par le nouvel article 1217 du Code civil (l'exception d'inexécution, l'exécution forcée en nature, la réduction du prix, l'action résolutoire et les dommages-intérêts).

³⁷⁷ C'est-à-dire à l'ensemble des sanctions définitives visées par l'article 1217 du Code civil (l'exécution forcée en nature directe ou indirecte, la réduction du prix, l'action résolutoire et les dommages-intérêts).

³⁷⁸ Y.-M. LAITHIER, « Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat », Thèse, L.G.D.J, p.341.

³⁷⁹ T. GENICON, « La résolution du contrat pour inexécution », Thèse L.G.D.J, 2007, n° 334-I.

³⁸⁰ Cass. req., 19 Janv. 1863 : S. 1863, I, p. 185.

³⁸¹ Cass. civ., 3^{ème}, 14 févr. 2019, n° 17-31.665, JCP G 2019, 363, note O. DESHAYES.

³⁸² M. LAMOUREUX, « L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants », Thèse, LGDJ, Tome I, n°377.

³⁸³ Y.-M. LAITHIER, « e) La clause de renonciation à la résolution judiciaire est valable », RDC 2012, n° 2, p. 402.

reconnu la possibilité de stipuler une clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire, en revanche, stipuler une clause de renonciation à la résolution prise dans son ensemble (judiciaire et unilatérale) ne devrait pas être admise, « *l'absence de caractère d'ordre public concernait donc le caractère judiciaire de la résolution et non la résolution elle-même, ce qui n'est pas exactement la même chose* »³⁸⁴. D'autres auteurs contestent la validité des clauses de renonciation à la résolution et à l'exécution forcée du contrat en invoquant l'arrêt du 19 janvier 1863³⁸⁵. Certains estiment que la « *clause de non-recours ne devrait pas pouvoir affecter une obligation du contrat considérée comme essentielle, dans la mesure où elle porterait atteinte au caractère contraignant de l'engagement, et entrerait en contradiction de l'article 1170 du Code civil. Tel avait été le cas d'une clause emportant renonciation à tout recours en exécution et résolution du contrat.* »³⁸⁶. C'est donc l'atteinte à l'obligation essentielle ou fondamentale du contrat qui interdirait de renoncer à la résolution et à l'exécution forcée. Le Professeur GROSSER quant à lui estime que « *la validité d'une telle clause de renonciation anticipée à l'option de l'article 1184 ne peut être admise car, en détruisant les remèdes applicables au lien contractuel, elle 'supprime, ipso facto, la force obligatoire de l'engagement, et l'équilibre voulu des prestations s'en trouve dès lors rompu'. Elle détruit donc la fonction d'échange du contrat et, par conséquent, son caractère synallagmatique.* »³⁸⁷.

La position de la jurisprudence sur les clauses de renonciation à des groupes de sanctions contractuelles ou sur les clauses de choix exclusif d'une seule sanction contractuelle. Il n'existe pas à notre connaissance de jurisprudence s'étant déjà prononcée expressément sur la licéité d'une clause de renonciation à plusieurs sanctions contractuelles. Il reste que certaines décisions semblent valider les clauses de choix exclusif d'une sanction contractuelle (et donc de renonciation aux autres sanctions contractuelles).

S'agissant de la clause imposant de recourir exclusivement à l'exécution forcée en nature, on peut se référer aux clauses d'exécution forcée stipulées en matière de promesse unilatérale de contrat. Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, leur objet consistait à renoncer au prononcé de dommages-intérêts visés par l'ancien article 1142 du Code civil et de choisir en lieu et place l'exécution forcée en nature. En effet, selon Madame LUCAS-PUGET, la clause d'exécution forcée permet, d'une part, « *de contraindre le créancier insatisfait à demander prioritairement, mais non exclusivement, l'exécution forcée des prestations promises* » et, d'autre part, « *de contraindre le juge à prononcer cette sanction plutôt qu'une autre, sous réserve que l'exécution en nature soit possible tant juridiquement que matériellement* »³⁸⁸. La validité de la clause d'exécution forcée a été reconnue par la jurisprudence³⁸⁹ en ces termes : « *les parties à une promesse unilatérale de vente étaient libres de convenir que le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre pouvait se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente, force était de relever que les actes conclus entre la société Foncière Costa et la société Ogic n'avaient pas stipulé que l'inexécution par la société Foncière Costa de sa " promesse ferme " et de son " engagement ferme et définitif " de vendre se résoudrait par une autre voie que celle prévue à*

³⁸⁴ A-S BARTHEZ, Chronique « *Contrats et obligations - Droit des contrats* » sous la direction de J. GHESTIN, A-S BARTHEZ, P. GROSSER, G. LOISEAU, M. MEKKI, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, Y-M SERINET, JCP G, n° 3, 16 Janvier 2012, doct. 63, 3° L'inexécution du contrat.

³⁸⁵ Cass. req., 19 janv. 1863 : S. 1863, 1, p. 185.

³⁸⁶ G. BRUNAUX, « *Droit des contrats - La clause de non-recours* », CCC, n° 7, juill. 2019, form. 7.

³⁸⁷ P. GROSSER, « *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification* », Thèse, 2000, n° 494 ; V. également sur le fait que la clause de renonciation anticipée à la résolution « *priverait le contrat de sa fonction d'échange* » (J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, « *Les effets du contrat* », LGDJ, 2001, n° 451.).

³⁸⁸ A.-S. LUCAS-PUGET, « *Contrats - La clause d'exécution forcée en nature* », Responsabilité civile et assurances n° 5, mai 2013, form. 5.

³⁸⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 27 mars 2008, n° 07-11.721

l'article 1142 du code civil ». Force est donc de constater que la Cour de cassation semble reconnaître la possibilité de stipuler une clause de choix unique en faveur de l'exécution forcée en nature en lieu et place du prononcé de dommages-intérêts. Et l'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas remis en cause la validité des clauses d'exécution forcée, elle les a seulement rendues superflues par la consécration de cette sanction à l'article 1224 alinéa 2 du Code civil et la confirmation de cet article sur le plan constitutionnel par le filtre exercé par la Cour de cassation³⁹⁰. La validité des clauses d'exécution forcée est donc confortée et rien ne semble interdire de choisir en priorité l'exécution forcée en nature en cas de non-respect d'une promesse unilatérale de contrat. C'est donc la liberté contractuelle qui devrait pour l'heure l'emporter conformément à l'article 5 de la DDHC³⁹¹.

S'agissant de la clause imposant la résiliation du contrat, une jurisprudence de la Cour de cassation peut être citée en la matière³⁹². En l'espèce, le titulaire d'un brevet a concédé un contrat de licence exclusive de son brevet à un licencié en vue de fabriquer un dispositif d'échelle emboîtable transformable et des systèmes d'échafaudage. En contrepartie de la concession de cette licence, le contrat prévoyait le paiement d'une redevance dont le montant représentait un minimum annuel garanti. En cas de non-respect par le licencié de ses obligations, le contrat stipulait la possibilité pour le créancier de « *soit résilier purement et simplement le contrat, soit supprimer l'exclusivité pour exploiter lui-même son brevet dans les territoires concédés* ». La Cour de cassation a déduit de ces stipulations qu'elles « *excluaient, pour M. X... (le concédant), la possibilité, en cas de non-exécution par la société OCM (le concessionnaire) de son obligation de paiement du minimum garanti, d'en réclamer le montant* ». La clause imposait donc au concédant de recourir à une seule sanction contractuelle, à savoir, la résiliation du contrat de licence de brevet. La Cour Régulatrice rejetant le pourvoi dirigé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 23 janvier 1992 semble se prononcer en faveur de la licéité de la clause imposant au créancier de recourir à la résiliation du contrat. Réciproquement, et par une application *mutatis mutandis* de cette décision, on ne voit pas pourquoi la clause qui imposerait de recourir à l'exécution forcée en nature devrait être déclarée illicite.

S'agissant de la clause imposant le prononcé de la réduction du prix, rien ne s'oppose à ce qu'une telle clause soit valable. Il semblerait alors qu'une telle clause portant sur la réfaction du prix soit par principe valable et puisse s'imposer non seulement au juge et à un contractant³⁹³. Il faut toutefois noter une réserve à cette validité de principe d'une telle clause. Il a pu être jugé que même s'il est expressément stipulé que seule la réfaction pourra être réclamée par l'acheteur en cas de mauvaise exécution de l'accord ou du marché, si les circonstances révèlent une inexécution fondamentale, l'acheteur pourra en tout état de cause réclamer la résolution du contrat³⁹⁴. Ainsi, il en résulte que « *l'écart entre la prestation promise et la prestation fournie doit être modéré* »³⁹⁵, tant que l'inexécution reprochée est minime ou n'est pas « *fondamentale* », cette clause devrait par principe être valable.

S'agissant de la clause imposant le prononcé de dommages-intérêts, on peut aussi citer une décision déjà citée *supra* en matière de clauses de renonciation anticipée à la résolution judiciaire. Dans cette décision, la Cour de cassation s'est prononcée sur la validité d'une

³⁹⁰ Cass civ. 3^{ème}, 17 oct. 2019, 19-40.028.

³⁹¹ Art. 5, Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 : « *Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas.* »

³⁹² Cass. com. 1^{er} fév. 1994, n°92-12.621.

³⁹³ V. notamment : Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, « *Les contrats spéciaux* », LGDJ, 9^e éd., 2017, n° 322 ; Y.-M. LAITHIER, « *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat* », thèse, L.G.D.J., 2004, n° 263 ; M. LAMOUREUX, « *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants* », Thèse, LGDJ, Tome I, n° 389 et 390.

³⁹⁴ T. com. Saint-Denis, 17 nov. 1858 : DP 1863, 1, p. 477 ; CA Le Havre, 2 déc. 1930 : Gaz. Pal. 1931, 1, p. 332

³⁹⁵ V. Y.-M. LAITHIER, « *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat* », thèse, L.G.D.J., 2004, n° 263 ; Req. 23 mai 1900, D. 1901, 1, p. 269 ; req. 17 oct. 1905, S. 1906, I, p. 175.

clause qui obligeait des preneurs à bail à exécuter leurs obligations et en cas d'inexécution de ces dernières il était prévu que seuls des dommages et intérêts pourraient être réclamés par les bailleurs à l'exclusion de toute action en résolution. Selon la Chambre commerciale « *attendu qu'en déclarant que les parties avaient entendu, par la clause susvisée, limiter au paiement de dommages-intérêts les conséquences de l'inobservation des engagements du preneur, la cour d'appel a usé de son pouvoir souverain d'appréciation et n'a pas dénaturé les conventions des parties ; que, d'autre part, une telle clause, qui laisser subsister la responsabilité des preneurs envers les bailleurs, constituait une renonciation valable au bénéfice de l'action résolutoire prévue par l'article 1184 du Code civil* »³⁹⁶. Si cet arrêt semblait se prononcer principalement sur la possibilité de renoncer conventionnellement à la résolution judiciaire, la portée d'une telle renonciation paraît en réalité plus large. En effet, la clause stipulée limitait au seul « *paiement de dommages-intérêts les conséquences de l'inobservation des engagements du preneur* », ce dont il s'infère une renonciation à la résolution judiciaire, mais aussi aux autres sanctions contractuelles (à l'instar de l'exécution forcée en nature directe ou indirecte ou de la résolution extra-judiciaire). La seule sanction contractuelle disponible pour les parties était donc ici le prononcé de dommages-intérêts.

Il en résulte que s'il est possible de stipuler des clauses imposant exclusivement l'exécution forcée en nature, la résiliation ou des dommages-intérêts, il est donc possible de renoncer à plusieurs sanctions contractuelles, tant qu'au moins une d'entre elles reste à la disposition des parties. En effet, comme démontré précédemment, si l'on admet que les clauses de renonciation individuelle à chaque sanction contractuelle sont licites, le fait de renoncer à plusieurs d'entre elles devrait l'être également dès lors qu'au moins une sanction contractuelle peut être mobilisée par les cocontractants. Une telle interprétation n'est toutefois pas exempte de griefs, car ce serait assimiler les clauses de choix unique en faveur d'une sanction contractuelle à des clauses de renonciation collective à plusieurs sanctions contractuelles. Bien que cette interprétation ne soit pas certaine, nous ne disposons pas à notre connaissance d'autres jurisprudences statuant sur ces clauses de renonciation collective à des sanctions contractuelles. En revanche, nous savons que les clauses emportant renonciation à toutes les sanctions contractuelles du contrat devraient quant à elles être jugées illicites³⁹⁷. Il faut enfin préciser que la clause visant à imposer une sanction contractuelle (à l'instar de la résolution judiciaire ou de l'exécution forcée en nature) devrait valoir sans préjudice des mécanismes d'exception d'inexécution effective (art. 1219, C. civ.) et d'exception pour risque d'inexécution (art. 1220 C. civ.). En effet, ces sanctions sont par nature provisoires, elles ont un effet prophylactique et non-curatif, ce qui rend nécessaire la mise en œuvre d'une autre sanction contractuelle qui devra être celle dont la mise en œuvre est imposée par la clause. Néanmoins, il reste que la progression des droits fondamentaux en droit des contrats pourrait remettre en cause la licéité de ces clauses de renonciation anticipée à plusieurs sanctions contractuelles. Nul ne saurait ignorer le mouvement de « *fondamentalisation du droit des contrats* »³⁹⁸, « *saisi par les droits fondamentaux* »³⁹⁹ et les sanctions contractuelles dans un certain avenir pourraient ne pas être en reste.

³⁹⁶ Cass. com. 20 fév. 1952, Bull. civ. II, n°52.

³⁹⁷ Cass. Req., 19 janv. 1863 : S. 1863. 1, p. 185.

³⁹⁸ M. MEKKI, « *Les doctrines sur l'efficacité du contrat* », RDC 1^{er} mars 2010, n°1, p. 383, n°18.

³⁹⁹ Ch. JAMIN, « *Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux* », in Repenser le contrat : Dalloz 2009, p. 175.

SECTION II : Vers une mise à l'épreuve des clauses de renonciation anticipée par la progression des droits fondamentaux de lege ferenda

Peut-on renoncer conventionnellement à un droit ou une liberté fondamentale ? Tout d'abord, il est à noter que les sanctions contractuelles regorgent de droits et libertés fondamentaux, à l'instar de l'un des plus emblématiques qu'est la liberté individuelle du contractant, protégée au titre de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC) selon lequel « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.* ». Mais on pourrait également mentionner le droit de propriété sur les créances contractuelles (le droit de propriété couvrant désormais en France aussi bien les choses corporelles qu'incorporelles⁴⁰⁰). La renonciation à un droit fondamental est invoquée en doctrine⁴⁰¹ et la validité d'une telle renonciation au moyen d'une clause contractuelle semble envisageable⁴⁰². Toutefois, on ne saurait ignorer le mouvement de « *fondamentalisation* »⁴⁰³ qu'a connu le droit des contrats et la montée en puissance des droits fondamentaux. Ces derniers peuvent parfois être rattachés à l'impératif de protection de l'ordre public⁴⁰⁴, ce dernier pouvant être « *promoteur de libertés fondamentales* »⁴⁰⁵. Outre la distinction en termes de finalité poursuivie⁴⁰⁶ entre l'ordre public et les droits fondamentaux (le premier protège bien souvent « *l'intérêt général* » alors que les seconds protègent l'« *individu* »), l'ordre public « *intègre nécessairement mais pas seulement des droits et libertés fondamentaux* »⁴⁰⁷. Plus précisément, cela signifie « *Non pas que toutes les valeurs garanties par l'ordre public puissent accéder au rang de fondamentales mais, inversement, que tous les droits fondamentaux participent à la garantie de l'ordre public* »⁴⁰⁸. De même, selon le Professeur MALAURIE, les droits fondamentaux correspondent « *à ce petit faisceau des cadres fondamentaux sur lesquels repose la société, son bâti élémentaire* »⁴⁰⁹. C'est pourquoi pour certains les « *renonciations conventionnelles affectant les droits fondamentaux sont, sinon nulles, du moins suspectes* »⁴¹⁰. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'Homme sur le fondement de l'ordre public européen avait déjà pu tracer les lignes directrices de la

⁴⁰⁰ V. sur ce point les travaux de GINOSSAR : S. GINOSSAR, « *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux* », 1960, LGDJ.

⁴⁰¹ D. HOUTCIEFF, « *Renonciation* », déc. 2017 (actualisation : Mai 2018), n°37.

⁴⁰² R. DIJOUX, « *La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux* », LPA, 27 oct. 2011, n°214, p.12.

⁴⁰³ Cass. soc. 10 juill. 2002, RDC 2003, p. 17 et s. note J. ROCHFELD. V. aussi J.-J. LEMOULAND, G. PIETTE, en hommage à J. HAUSER, « *Ordre public et bonnes mœurs* », rép. dr. civ. (Dalloz), févr. 2019, n°3.

⁴⁰⁴ B. FAUVARQUE-COSSON, « *L'ordre public* », in le Code civil, un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p. 472.

⁴⁰⁵ M. MEKKI, « *L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* », thèse, LGDJ, n°397.

⁴⁰⁶ L. MAURIN, « *Contrat et droits fondamentaux* », thèse, LGDJ, 2013, n° 257.

⁴⁰⁷ L. MAURIN, « *Contrat et droits fondamentaux* », thèse, LGDJ, 2013, n° 301.

⁴⁰⁸ A. PELISSIER, « *La participation des droits fondamentaux à la construction d'un droit européen des contrats* », in « *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain* », Société de Législation comparée, coll. Droit privé comparé et européen, vol 8, 2008, p. 29 et s., spec. p. 33.

⁴⁰⁹ P. MALAURIE, « *Les contrats contraires à l'ordre public - étude de droit civil comparé : France, Angleterre, URSS* », éd. Matot-Braine, 1953, n° 52.

⁴¹⁰ G. HELLERINGER, « *Les clauses du contrat* », Thèse, 2010, n°243.

validité de la clause de renonciation portant atteinte à un droit fondamental⁴¹¹. Dans un arrêt *Tabbane c/ Suisse*⁴¹², la CEDH a montré qu'il était possible de renoncer au droit d'accès à la justice sous réserve du respect de certaines conditions : le droit accordé n'est pas atteint dans sa substance, le but poursuivi est légitime et il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Néanmoins, si la renonciation à un droit est « totale » ou « générale »⁴¹³ ou qu'elle emporte un « *anéantissement complet, sans limite d'un droit fondamental* »⁴¹⁴, le consentement à la renonciation ne peut valoir, puisque la « *substance du droit (...) est nécessairement affectée* »⁴¹⁵. Dans ce cas, la clause de renonciation n'induirait pas une simple atteinte mais une véritable privation de la faculté d'exercer un droit fondamental et c'est précisément dans ce cas que cette clause devrait se heurter au « *noyau dur* »⁴¹⁶ d'ordre public que renferme chaque droit fondamental. En effet, l'ordre public est une « *limite à la liberté qui fait positivement ressortir les valeurs fondamentales qu'elle protège contre les abus de la liberté* »⁴¹⁷. Partant, ce dernier a pour fonction de protéger les valeurs fondamentales exprimées au sein des droits fondamentaux, c'est-à-dire leur substance même et celle-ci ne peut être atteinte que par leur privation totale. En droit des contrats, un mouvement de montée en puissance et de rayonnement⁴¹⁸ des droits fondamentaux est en marche et les sanctions de l'inexécution du contrat n'y échappent pas. A notre connaissance, la prise en compte des droits fondamentaux dans le cadre des sanctions contractuelles a été amorcée pour l'heure concernant la résolution du contrat⁴¹⁹. La jurisprudence s'est donc jusqu'à présent essentiellement prononcée qu'en matière de clauses de renonciation à la résolution du contrat (PARAGRAPHE I). Même si la jurisprudence ne s'est pas prononcée de manière similaire s'agissant des autres sanctions contractuelles (exécution forcée, réduction du prix), il reste qu'au stade du raisonnement juridique, les autres sanctions contractuelles sont également un jour susceptibles d'être en proie à l'influence des droits fondamentaux. Cette manifestation des droits fondamentaux pourra être identifiée par le droit à la libération (PARAGRAPHE II), à la sauvegarde (PARAGRAPHE III), à l'exécution forcée (PARAGRAPHE IV) du lien contractuel.

PARAGRAPHE I : La renonciation au droit à la libération du lien contractuel

L'identification du droit à la libération du lien contractuel. S'agissant du droit à la libération du lien contractuel, ce dernier est inextricablement lié à la liberté individuelle, qui est constitutive d'un droit fondamental constitutionnellement protégé au titre de l'article 4 de

⁴¹¹ CEDH, 10 févr. 1983, *Albert et Le Compte c/ Belgique*, § 35 : « *Sans doute la nature de certains des droits garantis par la Convention exclut-elle un abandon de la faculté de les exercer* ».

⁴¹² CEDH, *Tabbane c/ Suisse*, 1^{er} mars 2016, 41069/12.

⁴¹³ L. MAURIN, « *Contrat et droits fondamentaux* », thèse, LGDJ, 2013, n° 357

⁴¹⁴ J. RAYNAUD, « *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés* », thèse, 2001, n° 278.

⁴¹⁵ L. MAURIN, « *Contrat et droits fondamentaux* », thèse, LGDJ, 2013, n° 357

⁴¹⁶ F. FAVENNEC, « *La hiérarchie des normes en droit du travail : rupture ou continuité* », SSL 2016, n° 1742 : « *l'ordre public renvoie à un noyau dur de normes indérogeables tels que les principes généraux du droit, les principes fondamentaux (...)* »

⁴¹⁷ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Ordre public* », I.

⁴¹⁸ V. G. HELLERINGER, K. GARCIA, « *Le rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux en droit privé* », RID comp., p. 292.

⁴¹⁹ TGI, Paris, 3^e ch., 21 sept. 2001, référence INPI : M20010808

la DDHC selon lequel « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* » et au titre des Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR)⁴²⁰. La protection de la liberté individuelle se décline en matière contractuelle sous la dénomination de liberté contractuelle prévue et encadrée à l'article 1102 du Code civil « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.* ». Concrètement, la liberté contractuelle est matérialisée par la possibilité pour tout contractant en cas d'inexécution « *de provoquer la résolution du contrat* » (art. 1217 C. civ.). Généralement, la doctrine⁴²¹ semblait restreindre le « *droit à la liberté* » au regard du lien contractuel aux seules résiliations « *amicales* » sur le fondement du *mutuus dissensus* ou « *unilatérales* ». En réalité, la liberté contractuelle et le droit à la libération du lien contractuel concernent toutes formes d'actions résolutoires. La jurisprudence⁴²² semble s'être engagée dans cette voie en considérant que s'agissant de la possibilité de renoncer à l'action résolutoire, visée par l'ancien article 1184 du Code civil, celle-ci « *ne peut avoir pour résultat de priver la partie victime d'une mauvaise exécution du contrat (...) du droit fondamental de se retirer de la situation contractuelle* ». La doctrine n'est pas en reste et semble admettre cette qualification de « *droit à la résiliation du contrat* »⁴²³, voire de « *droit fondamental* »⁴²⁴ à la résiliation unilatérale du contrat. Aussi, cette solution a pu être prolongée en droit des sociétés, faisant du droit pour un associé de se retirer d'une société et de dissoudre le pacte social pour un juste motif un droit d'ordre public⁴²⁵. Il en résulte que, de manière implicite, « *le droit de contracter ou de ne pas contracter* » prévu à l'article 1102 du Code civil induit en quelque sorte le droit de ne « *plus contracter* » (nous verrons plus loin que la formulation de ce droit est impropre même si sur le fond il pourrait être reconnu), cette lecture de la liberté contractuelle fait l'objet d'une consécration avec le principe d'interdiction des engagements perpétuels. A l'occasion de l'examen de la loi instaurant le PACS, le Conseil constitutionnel érige au rang constitutionnel⁴²⁶ le principe d'interdiction des engagements perpétuels en ces termes « *la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants, l'information du cocontractant, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, devant toutefois être garanties* ». Ce principe de prohibition des engagements perpétuels est prévu par l'article 1210 du Code civil « *Les engagements perpétuels sont prohibés. Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée.* » C'est donc à la lumière d'une lecture combinée des principes de liberté contractuelle et d'interdiction des engagements perpétuels (dont l'assise textuelle commune est la liberté individuelle telle que garantie par l'article 4 de la DDHC) que peut être reconnu le droit fondamental à la libération du contrat. Il reste qu'à l'instar des autres droits et libertés fondamentaux, la liberté contractuelle ne « *permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public* » (art. 1102 C. civ.). C'est pourquoi l'objet de nos futurs développements sera de déterminer à partir de

⁴²⁰ Cons. const., n° 76-75, du 12 janv. 1977, « *fouille des véhicules* ».

⁴²¹ C. CHABAS, « *Résolution – Résiliation* », R. dr. civ. (Daloz), Oct. 2010 (actualisation : nov. 2018), n° 260 à 264.

⁴²² TGI, Paris, 3^e ch., 21 sept. 2001, référence INPI : M20010808 ; le raisonnement tenu dans ce jugement a fait l'objet d'une confirmation devant la cour d'appel de Paris (CA de Paris, 28 fév. 2003, 4^e ch. civ. sec. B) et la chambre commerciale de la Cour de cassation (Cass. com., 5 avr. 2005, n°03-14.169).

⁴²³ C. CHABAS, « *Résolution – Résiliation* », R. dr. civ. (Daloz), Oct. 2010 (actualisation : nov. 2018), n° 265 à 293.

⁴²⁴ J. MESTRE, B. FAGES, « *Force d'une clause de résiliation unilatérale* », RTD civ. 2001. 584.

⁴²⁵ Cass. 8 juin 1939 : S. 1939, 1, 249, note H. Rousseau ; CA Paris, 14^e ch., 9 févr. 2000, n° 1999/22824, *Sté Rente-Soprogépa c/ Épx Clément* ; CA Paris, 3^e ch., 20 oct. 2000, n° 99.14578, *Sté civile Rente-Soprogépa c/ Tempa*.

⁴²⁶ Cons. const., n° 99-419 DC du 9 nov. 1999, cons. 61.

quel moment l'atteinte au droit à la libération du lien contractuel par voie conventionnelle constitue une atteinte au « *noyau dur* »⁴²⁷ d'ordre public que contiendrait l'action résolutoire. En effet, il semble que faculté de pouvoir rompre un contrat est dans son principe et dans son essence protégée par l'ordre public. Ainsi comme le souligne le Professeur BUY, il est essentiel de vérifier que toute clause (il s'agissait en l'occurrence de la clause de résiliation unilatérale) « *ne confisque pas aux parties leur droit de rompre, qui est d'ordre public* »⁴²⁸. Aussi, de manière plus spécifique, le droit à la libération du lien contractuel, que l'on a déduit de l'article 1102 du Code civil, s'appuie sur un autre fondement constitutionnel dont le domaine est plus restreint, il s'agit de l'article 66 de la constitution du 4 octobre 1958 selon lequel « *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle* ». Cette garantie constitutionnelle a été notamment retranscrite en matière contractuelle à l'article 1227 du Code civil selon lequel « *La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice.* ». Le droit à la libération du lien contractuel est couvert par une garantie toute particulière lorsqu'il est réclamé auprès de l'autorité judiciaire. Cette garantie est étroitement imbriquée avec une autre garantie, le droit d'accès au juge prévu par l'article 6§1 de la CEDH « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.* » En somme, le droit à la libération du lien contractuel en tant que droit ou liberté fondamentale puise sa source originelle à la fois, de manière générale, au sein de la liberté individuelle (dont procède la liberté contractuelle) et, de manière particulière, dans le droit de s'en prévaloir en justice auprès de l'autorité judiciaire en tant que garante de la liberté individuelle.

Un lien distendu entre la faculté de résiliation unilatérale et la prohibition des engagements perpétuels ? Comme expliqué plus haut, il peut être soutenu que la résolution unilatérale est sous-tendue par une liberté fondamentale qui est celle de la liberté individuelle du contractant. Or, cette liberté individuelle, de rang constitutionnel sur le fondement de l'article 4 DDHC, relève de l'ordre public⁴²⁹ sur le fondement du principe de la prohibition des engagements perpétuels⁴³⁰, également élevé au rang de principe à valeur constitutionnelle⁴³¹. En ce sens, le Professeur TESTU⁴³² établit ce lien entre l'interdiction des engagements perpétuels et la résolution unilatérale de la manière suivante : « *ce droit de résiliation unilatérale est une prérogative d'ordre public qu'on ne peut exclure par une clause contraire. Si la faculté de résiliation, en effet, n'existait pas, le contrat à durée indéterminée contreviendrait à l'interdiction des engagements perpétuels formulée à l'article 1780 du Code civil* ». Après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, d'autres auteurs, tels les Professeurs LATINA et CHANTEPIE, retiennent également que « *la stipulation qui donnerait à l'engagement un caractère perpétuel, en interdisant par exemple la faculté de résiliation unilatérale, n'a aucun effet* »⁴³³ et que « *L'effectivité de ce texte (l'article 1210 du Code civil) supposera cependant que la jurisprudence annule les clauses écartant la faculté de résiliation unilatérale* »⁴³⁴. Toutefois, l'ordonnance du 10 février 2016, semble remettre en

⁴²⁷ F. FAVENNEC, « *La hiérarchie des normes en droit du travail : rupture ou continuité* », SSL 2016, n° 1742 : « *l'ordre public renvoie à un noyau dur de normes indérogeables tels que les principes généraux du droit, les principes fondamentaux (...)* »

⁴²⁸ F. BUY, *Lamy droit du contrat*, n°2476, sous la direction de B. FAGES, P. FLEURY, J. MESTRE.

⁴²⁹ Cass. civ. 20 mars 1929, DP 1930. 1. 13. ; Cass. civ. 3^{ème}, 20 fév. 1991, JCP N 992. II. 22. ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 déc. 1999, n° 98-10.430.

⁴³⁰ Cons. const. 9 déc. 1999, n°99-419 DC.

⁴³¹ Cons. const. 9 nov. 1999, n°99-419 DC.

⁴³² F.X. TESTU, « *Contrats d'affaires* », Dalloz Référence, éd. 2010 -2011, n° 103.46.

⁴³³ M. LATINA, « *Contrat : généralités* », mai 2017, n°133.

⁴³⁴ G. CHANTEPIE, « *Contrat : effets* », janv. 2018, n°141.

cause le lien étroit établi entre la résolution unilatérale aux risques et périls et le principe de l'interdiction des engagements perpétuels. En effet, l'ordonnance codifie ce principe à l'article 1210 du Code civil⁴³⁵ et son corollaire est prévu par une disposition spécifique, l'article 1211 du Code civil : « *Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable.* ». Or, à la lecture de ces deux articles du Code civil, il apparaît que la prohibition des engagements perpétuels entretient un lien plus étroit à l'égard de la durée du contrat que de la faculté d'y mettre fin unilatéralement en cas d'inexécution suffisamment grave. Partant, cette prohibition se justifie moins par la nécessité de mettre fin à un contrat en raison de la commission d'une « *faute suffisamment grave* » qu'en raison de la durée « *indéterminée* » de ce dernier. Le rapport remis au président de la République⁴³⁶ précise ce lien entre l'interdiction des engagements perpétuels et la nature indéterminée de la durée du contrat en indiquant que cet article est la « *Conséquence logique de la prohibition des engagements perpétuels* ». La structure de l'article 1210 du Code civil illustre lui-même ce lien en affirmant dans son premier alinéa « *Les engagements perpétuels sont prohibés.* » et, dans son second alinéa « *Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée.* ». Il en résulte qu'il n'est pas certain que la résolution unilatérale aux risques et périls puisse avoir pour fondement direct le principe de la prohibition des engagements perpétuels. On peut toutefois affirmer que la résolution unilatérale aux risques et périls est *a minima* indirectement justifiée par ce principe. Le périmètre de l'interdiction des engagements perpétuels n'est pas aussi large que la faculté de résolution unilatérale pour inexécution. En effet, si ces derniers se recoupent en matière de contrat à durée indéterminée, en revanche, en matière de contrat à durée déterminée, le lien entre la possibilité d'invoquer la résolution unilatérale aux risques et périls et la prohibition des engagements perpétuels est plus ténu. Il reste qu'un contrat à durée déterminée peut également être rattaché au principe de la prohibition des engagements perpétuels, dès lors qu'il est prévu pour une durée excessivement longue, par exemple, en matière de contrat de société⁴³⁷ et de bail⁴³⁸ dont la durée peut aller jusqu'à 99 ans. Cependant, si le contrat a une durée relativement courte (par exemple 1 an), la clause de renonciation devrait être valable⁴³⁹. En somme, le principe d'interdiction des engagements perpétuels concerne essentiellement le contrat à durée indéterminée⁴⁴⁰ et, dans une moindre mesure, le contrat à durée déterminée⁴⁴¹. Ce principe concernera essentiellement le contrat conclu pour une durée excessivement longue ou, lors de son renouvellement, le droit pour les parties de ne pas renouveler le contrat⁴⁴². Ainsi, il pourrait être reconnu l'établissement d'un droit autonome à la libération du lien contractuel en lien avec la résolution unilatérale du contrat en matière de contrats à durée indéterminée ou déterminée. Si le droit à la libération du lien contractuel et le principe de l'interdiction des engagements perpétuels se rejoignent en matière de contrats à durée indéterminée, ils ne se superposent pas réellement. En effet, en cas de stipulation

⁴³⁵ Art. 1210 C. civ. : « *Les engagements perpétuels sont prohibés.* »

⁴³⁶ 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.

⁴³⁷ C. civ., art. 1838. ; Décret n° 78-704 du 3 juill. 1978, art. 3, D. 1978. 289.

⁴³⁸ Décret des 18 et 19 sept. 1790. ; Cass. civ. 22 nov. 1932, DH 1933. 51.

⁴³⁹ Cass. com. 15 déc. 2009, n° 08-10.148.

⁴⁴⁰ V. sur ce point, Monsieur Maurin démontrant la consécration de « *La liberté fondamentale de rompre un contrat à durée indéterminée* » (L. MAURIN, « *Contrat et droits fondamentaux* », thèse, LGDJ, 2013, n°284).

⁴⁴¹ V. sur ce point, Monsieur Maurin démontrant la consécration de « *La liberté fondamentale de se délier, au terme échu, d'un contrat à durée déterminée* » (L. MAURIN, « *Contrat et droits fondamentaux* », thèse, LGDJ, 2013, n°283).

⁴⁴² Dans l'hypothèse d'un contrat conclu à durée déterminée, le droit à la libération du lien contractuel se traduira par le droit pour les parties de ne pas renouveler le contrat conformément à l'article 1212 du Code civil selon lequel « *Nul ne peut exiger le renouvellement du contrat.* ».

d'engagement perpétuel, l'article 1210 du Code civil indique que chaque contractant pourra y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée. De ce fait, selon l'article 1211 du Code civil, « *chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable.* » En revanche, en cas d'inexécution suffisamment grave dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, le créancier agira sur le fondement de l'article 1226 du Code civil en résolution du contrat, à ses risques et périls, par voie de notification et moyennant une mise en demeure préalable. Cette autonomisation du droit à la libération du contrat apparaît avec davantage d'acuité s'agissant de contrats à durée déterminée. Dans ce cas, en dehors de la stipulation d'une durée excessivement longue, le principe de prohibition des engagements perpétuels n'a pas vocation à s'appliquer. Ce qui pourrait autoriser la stipulation de clauses de renonciation à la résolution unilatérale et judiciaire, pour une durée non excessivement longue (par exemple, sur plusieurs décennies). Le contractant souhaitant se prévaloir de la résolution unilatérale se trouverait alors « *prisonnier* » du lien contractuel, puisqu'il ne pourrait se prévaloir ni de la prohibition des engagements perpétuels, ni de la résolution unilatérale ou judiciaire pour en sortir. Il apparaît donc que dans cette situation, il apparaîtrait comme légitime de reconnaître le caractère d'ordre public de la résolution unilatérale afin de préserver le droit pour un contractant de se libérer d'un lien contractuel. Toutefois, cette appréciation devrait être différente si une clause résolutoire accompagne la clause de renonciation à la résolution unilatérale, puisque dans ce cas le contractant a la possibilité de se libérer du lien contractuel malgré ladite clause de renonciation. Encore faudra-t-il que le champ d'application de la clause résolutoire soit suffisamment large pour permettre au contractant d'exercer son droit à la libération du contrat. Somme toute, il serait donc nécessaire de reconnaître à côté de l'interdiction des engagements perpétuels, le droit de se retirer d'un lien contractuel. Il reste que l'article 1102 du Code civil semble faire obstacle à cette consécration, ce dernier dispose que « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.* ». La liberté contractuelle n'inclut donc que la liberté « *de contracter* » ou de ne « *pas contracter* », à l'exclusion de la liberté de ne « *plus contracter* » faisant référence à la possibilité de recourir à la résiliation unilatérale du contrat. On peut toutefois penser que le législateur n'a pas souhaité introduire en principe général le droit de ne « *plus contracter* » probablement pour ne pas réduire à néant la force obligatoire du contrat. En effet, le droit de ne « *plus contracter* » entrerait, de manière frontale, en contradiction avec le respect de la parole donnée. Or, comme expliqué plus haut, le droit à la libération du lien contractuel serait particulièrement opportun en matière de contrats à durée déterminée et une interprétation extensive de l'article 1102 du Code civil pourrait aboutir à son officialisation. D'ailleurs, c'est ce qu'avait déjà pu faire l'ancien Tribunal de grande instance de Paris lorsqu'il énonçait que la renonciation anticipée à la résolution du contrat « *ne peut avoir pour résultat de priver la partie victime d'une mauvaise exécution du contrat (...) du droit fondamental de se retirer de la situation contractuelle* »⁴⁴³. On ne voit donc pas ce qui pourrait s'opposer à une interprétation extensive de l'article 1102 du Code civil ce qui permettrait à des contractants dans le cadre de contrats à durée déterminée, d'en sortir lorsqu'ils en sont empêchés contractuellement (clause de renonciation à la résolution unilatérale et judiciaire et absence de stipulation d'une clause résolutoire). Il s'agirait alors de reconnaître un droit « *de ne plus contracter* » uniquement dans certaines conditions, à savoir, dans un contrat à durée déterminée d'une durée excessivement longue.

La proposition d'une interprétation renouvelée de la renonciation à l'action résolutoire à l'aune du droit fondamental à la libération du lien contractuel. Il revient de savoir si la

⁴⁴³ TGI, Paris, 3^e ch., 21 sept. 2001, référence INPI : M20010808

licité de la clause de renonciation anticipée à la résolution unilatérale du contrat pourrait se heurter aux droits et libertés fondamentaux, en particulier, au droit du contractant à se libérer de sa position contractuelle ou du lien contractuel ? Si en doctrine, il apparaît que « *la faculté de rompre (le contrat) est assurément une liberté fondamentale ne justifiant aucune motivation dans sa mise en œuvre* »⁴⁴⁴, la jurisprudence au moins une fois a consacré le droit à la libération du lien contractuel en matière d'action en résolution du contrat. C'est ainsi, l'ancien Tribunal de grande instance de Paris, le 21 septembre 2001⁴⁴⁵, a affirmé que la renonciation anticipée à la résolution du contrat « *ne peut avoir pour résultat de priver la partie victime d'une mauvaise exécution du contrat (...) du droit fondamental de se retirer de la situation contractuelle* ». Si cette référence au droit fondamental de se libérer du lien contractuel n'a pas été reprise par la Cour d'appel⁴⁴⁶, ni par la Cour de cassation⁴⁴⁷, qui ont préféré éluder le débat portant sur l'absence de caractère d'ordre public de la résolution judiciaire et aller davantage sur le terrain de bonne foi contractuelle (la « *déloyauté constituait un juste motif de rupture du contrat de licence, peu important les stipulations de l'article 10 de la convention* »), le raisonnement adopté par ce jugement reste valable puisqu'il n'a pas fait l'objet d'infirmité au terme de l'affaire. On peut également relever une décision intéressante rendue par la Cour de cassation où certes la renonciation à l'action en résolution n'était pas en cause mais où l'action en résiliation est reconnue au rang d'un droit fondamental. La Cour de cassation a pu affirmer qu'en « *refusant à Rocamat le droit fondamental de résilier unilatéralement le contrat litigieux, ce dont il résultait que pour la cour d'appel, l'intention des parties avait été de conclure un engagement à durée illimitée et non un contrat à durée indéterminée, résiliable ad nutum, la cour d'appel qui a ainsi donné effet à un engagement perpétuel a violé les textes susvisés* »⁴⁴⁸. Une autre décision intéressante a été rendue par la Cour d'appel de Paris en matière de droit des assurances⁴⁴⁹ où il était stipulé la clause suivante : « *Lorsque vous résiliez le contrat ou si vous cessez d'être membre de la FNAIM, la garantie cessera pour les sinistres déclarés avant la date de résiliation à la fin du 12ème mois de celle-ci. L'indemnité due à ce titre pendant cette période s'exercera à concurrence d'un maximum de 8 000 euros par sinistre, toutes garanties confondues* ». Les assurances concurrentes estimaient que cette clause réduisait l'indemnisation versée à l'assuré en cas de résiliation du contrat et que « *cette limitation, qui aboutit à indemniser dans ce cas un assuré dix fois moins que ce qu'il aurait perçu s'il avait conservé le contrat et pendant un an seulement, ne peut que dissuader les assurés de résilier leur contrat et ne peut que conduire à empêcher la mise en œuvre du droit d'ordre public de résiliation prévu par l'article L. 113-12 du code des assurances.* ». Ils soutenaient donc que cette clause avait pour effet de dissuader les assurés de résilier leur contrat en réduisant considérablement leur droit à être indemnisés en cas de sinistre déclaré avant la date de résiliation. Les assureurs ont tenté d'exciper de l'inapplicabilité de l'article L. 113-12 du Code des assurances en se prévalant de l'une de ses dérogations en son alinéa 5. Toutefois, la Cour d'appel réplique que « *l'exception énoncée à cette disposition comme concernant « la règle » et non « le droit » vise seulement les modalités de rupture et non le droit de résilier le contrat qui est un droit fondamental découlant de la liberté contractuelle.* » Ainsi, le fait de prévoir une telle clause a été jugé comme un acte fautif constitutif de concurrence déloyale et la Cour a déclaré cette clause illicite. En effet, la Cour d'appel a refusé de faire droit à la dérogation prévue par cet article L. 113-12 car au-delà des modalités de rupture du contrat, il existe un droit de le résilier qui constitue un droit fondamental auquel on ne peut pas déroger par voie conventionnelle. Cet

⁴⁴⁴ L. MAURIN, « *Contrat et droits fondamentaux* », thèse, LGDJ, 2013, 281.

⁴⁴⁵ TGI, Paris, 3^e ch., 21 sept. 2001, référence INPI : M20010808

⁴⁴⁶ CA de Paris, 28 février 2003, 4^e ch. civ. sec. B

⁴⁴⁷ Cass. com., 5 avr. 2005, n°03-14.169

⁴⁴⁸ Cass. com., 4 mai 1993, n° 91-17.937.

⁴⁴⁹ CA, Paris, pôle 5, ch. 5, 23 janv. 2014, n° 12/02577.

arrêt a d'ailleurs été confirmé par la Cour de cassation⁴⁵⁰. Même si le raisonnement tenu dans cet arrêt est certes intimement lié à la rédaction de l'article L. 113-12, le fait d'ériger le droit de résiliation au rang de droit fondamental peut être extrapolé en dehors du droit spécial des assurances. C'est cette circonstance qui a rendu illicite la clause en cause. Nous pensons donc que timidement un droit à la libération du lien contractuel tente d'émerger en jurisprudence. Seulement cette appréciation de l'atteinte au droit à la libération du lien contractuel devrait se faire au cas par cas afin d'en déduire si une atteinte disproportionnée à ce droit est caractérisée, revenant à le priver de sa substance. En ce sens, le rapport remis au président de la République s'agissant des clauses de renonciation à la résolution judiciaire dispose que « *Il appartiendra donc aux juridictions saisies de vérifier au cas par cas que la restriction ainsi consentie ne porte pas atteinte à la substance même du droit et au droit d'agir en justice.* » L'interprétation que l'on pourrait en tirer serait d'ailleurs plus satisfaisante, car la clause de renonciation ne serait illicite que si le droit à la libération du lien contractuel était vidé de sa substance. Ce qui signifie que la clause de renonciation anticipée pourrait écarter de manière temporaire la résolution judiciaire et unilatérale du contrat (la substance du droit étant préservée puisque non définitivement écartée). En revanche, une renonciation collective à la résolution judiciaire et unilatérale de manière définitive pourrait priver de sa substance le droit à la libération du lien contractuel. Néanmoins, l'appréciation de l'atteinte à ce droit devrait être différente, si une clause de résiliation (clause résolutoire ou de résiliation unilatérale) était insérée cumulativement avec la clause de renonciation à la résolution judiciaire et unilatérale. En effet, si les parties sont privées d'agir en résolution judiciaire ou unilatérale du contrat, elles pourront toujours se « libérer » de leur position contractuelle en recourant à cette clause de résiliation. Chaque partie ayant toujours la possibilité de sortir du contrat par un autre moyen, le droit à la libération du contrat ne serait alors pas totalement vidé de sa substance. Il reste que si séduisante que puisse paraître cette interprétation à l'aune du droit fondamental de la libération du lien contractuel, il peut être objecté, d'une part, que le lien entre l'interdiction constitutionnelle des engagements perpétuels et la faculté de résilier de manière unilatérale le contrat est discutable et, d'autre part, que la liberté contractuelle ne semble pas inclure le droit à la libération du contrat. En conséquence, il apparaît que le droit à la libération du lien contractuel correspond à un objectif d'intérêt général visant à la protection du contractant, privé de toute possibilité de sortir d'un contrat, dont la valeur d'ordre public devrait être reconnue dans certaines circonstances comme expliqué ci-avant (en particulier, en matière de contrat à durée déterminée). Il reste que pour l'instant la jurisprudence ne s'est pas étendue sur la possibilité de renoncer au droit à la libération du lien contractuel, recouvrant un certain nombre de sanctions contractuelles (résolution conventionnelle, judiciaire et unilatérale). Seuls certains éléments⁴⁵¹ à l'heure actuelle sous-tendent l'existence d'un noyau dur de l'action résolutoire dont il ne peut être renoncé conventionnellement. De *lege lata*, il est donc encore trop tôt pour considérer que les clauses visant à renoncer de manière anticipée à toute action en résolution (conventionnelle, judiciaire et unilatérale) sont frappées d'illicéité en vertu du caractère fondamental du droit à libération du lien contractuel, pour cela, il faudra attendre que la jurisprudence se prononce clairement en ce sens en droit commun ; se prévaloir du seul jugement du 21 septembre 2001 précité nous semble en effet insuffisant. Comme nous allons le voir, la réduction du prix et l'exécution forcée en nature et par équivalent peuvent également conceptuellement être reconnues comme des sanctions contractuelles protégées par un droit fondamental. Toutefois,

⁴⁵⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 10 déc. 2015, n° 14-14.512.

⁴⁵¹ Principalement, un jugement du 21 septembre 2001 (TGI, Paris, 3^e ch., 21 sept. 2001, référence INPI : M20010808) et le rapport remis au président de la République (selon lequel, s'agissant des clauses de renonciation à la résolution judiciaire, « *Il appartiendra donc aux juridictions saisies de vérifier au cas par cas que la restriction ainsi consentie ne porte pas atteinte à la substance même du droit et au droit d'agir en justice.* »).

comme nous le verrons également, en jurisprudence les juges sont plus taiseux encore s'agissant de ces deux sanctions contractuelles.

PARAGRAPHE II : La renonciation au droit à la sauvegarde du lien contractuel

L'identification du droit à la sauvegarde du lien contractuel. Ce droit a pour fondement textuel de rang constitutionnel les articles 4 et 16 DDHC. En effet, cette protection est liée au principe de liberté individuelle et de sécurité juridique (via l'article 16 de la DDHC : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, (...), n'a point de Constitution.* »). La valeur constitutionnelle du principe de sauvegarde du lien contractuel a connu une consécration indirecte dans plusieurs décisions rendues par le Conseil constitutionnel. Ainsi, « *le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* »⁴⁵², « *le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* »⁴⁵³ ou encore « *le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789* »⁴⁵⁴. On constate que le Conseil constitutionnel protège le droit à la sauvegarde du lien contractuel sur le fondement de la liberté individuelle visée à l'article 4 de la DDHC et sur le fondement du principe de sécurité juridique garanti par l'article 16 de la DDHC. Dans le Code civil, ce principe de protection de la stabilité des relations contractuelles apparaît formellement à l'article 1103 du Code civil selon lequel « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». On constate également que l'exécution forcée en nature, dont la primauté était traditionnellement reconnue, même après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016⁴⁵⁵, a fait l'objet d'une consolidation par une décision rendue le 17 novembre 2019 par la Cour de cassation dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité⁴⁵⁶. La question posée à la Cour de cassation portait sur le fait de savoir si l'article 1124, alinéa 2, du Code civil portait atteinte au principe de la liberté contractuelle (protégée par l'article 4 de la DDHC) et au droit de propriété (protégé à l'article 17 de la DDHC). Pour rappel, l'article 1124, alinéa 2 prévoit désormais que l'exécution forcée peut être réclamée dans le cadre d'une promesse unilatérale en cas de rétractation dans le délai laissé pour lever l'option : « *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.* ». Si la Cour de cassation admet que la disposition contestée est applicable au litige en cours et qu'elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution, elle retient que la question posée n'est pas nouvelle et ne revêt pas un caractère sérieux. En effet, d'après la Cour de cassation, cette question ne revêt pas de caractère sérieux puisque « *selon l'article 1124, alinéa 1er, du code civil, dans une promesse unilatérale de vente, le promettant donne son consentement à un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire, de*

⁴⁵² Cons. const. 10 juin 1998, n° 98-401 DC.

⁴⁵³ Cons. const., 13 janv. 2013, n° 2002-465 DC, cons. 4.

⁴⁵⁴ Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, cons. 6.

⁴⁵⁵ J. MESTRE, « *Le bonheur contractuel !* », AJCA 2016, p.105.

⁴⁵⁶ Cass., civ. 3^{ème}, 17 oct. 2019, 19-40.028.

sorte que la formation du contrat promis malgré la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter ne porte pas atteinte à la liberté contractuelle et ne constitue pas une privation du droit de propriété ». De ce fait, la Cour de cassation considère que l'exécution forcée de la promesse unilatérale ne porte atteinte ni à la liberté contractuelle, ni au droit de propriété et refuse de la transmettre au Conseil constitutionnel. Il découle en filigrane de cette décision que l'exécution forcée est une manifestation du droit à la sauvegarde du lien contractuel et c'est pour cette raison que la question a été posée de savoir si mis en balance avec d'autres droits et libertés, elle portait atteinte à la liberté contractuelle et au droit de propriété. La sauvegarde du lien contractuel, garantie par le Conseil constitutionnel au regard des articles 4 et 16 de la DDHC, recouvre la réduction du prix prévue à l'article 1223 du Code civil. En effet, à la différence de l'action résolutoire (art. 1225, 1226 et 1227 du Code civil), la réduction du prix poursuit un objectif distinct qui est la sauvegarde ou le maintien du lien contractuel.

Le lien pouvant être établi entre le droit à la sauvegarde du lien contractuel et l'action en réduction du prix. Certains auteurs mettent en exergue l'objectif d'intérêt général poursuivi par la réduction du prix « *Compte tenu de l'objectif général de sauvegarde du contrat qui est, à notre avis, d'intérêt général, le créancier ne saurait renoncer par avance à la possibilité de sauver le contrat, laquelle relève de l'intérêt général dont il ne peut disposer.* »⁴⁵⁷. D'autres auteurs soulignent ce même objectif s'agissant de la réfaction du contrat en matière ventes commerciales (mécanisme similaire et antérieur à la réduction du prix). Selon ces derniers « *De la réfaction, l'objectif est de sauvegarder l'intérêt licite et légitime poursuivi par le contrat (voire la clause) – et donc voulu par les parties (...)* »⁴⁵⁸ ou encore « *La réduction du prix (...) permet de sauvegarder le contrat* »⁴⁵⁹. Certains s'appuient même sur le concept issu du droit international, la *favor contractus*, pour justifier la sauvegarde du contrat : « *La sauvegarde du contrat présume donc de la protection d'un intérêt évident pour les parties contractantes tout en poursuivant un certain but social.* »⁴⁶⁰. Le droit à la sauvegarde du lien contractuel est en quelque sorte le versant positif de « *l'impératif de pérennité contractuelle* » ou de « *la pérennité du contrat* », concept théorisé et défini par Madame LAVEFVE LABORDERIE. Selon elle, la protection de l'objectif de pérennité du contrat se traduit par « *son exécution durable et efficace, en limitant les conditions d'admission des cas de rupture du contrat.* »⁴⁶¹. En effet, pour cette dernière le principe de pérennité contractuelle doit être circonscrit « *aux cas suffisamment extrêmes, qui justifient qu'une partie décide de mettre fin au contrat* ». C'est donc le fait de restreindre les conditions de mise en œuvre des mécanismes de rupture du contrat qui fonde ce principe. A l'inverse, le principe de sauvegarde du lien contractuel se manifeste par la mise à disposition de sanctions contractuelles dédiées à la sauvegarde du contrat, c'est leur mise en œuvre et non leur encadrement qui fonde ce principe. Cette dernière concède d'ailleurs que « *la réfaction, dans le cadre de la vente commerciale, constitue une mesure qui protège la pérennité contractuelle puisqu'elle contribue à maintenir efficacement la convention dans le temps.* »⁴⁶². Il appert que la réduction du prix prévue à l'article 1223 du Code civil concourt à la garantie d'un droit fondamental des parties cocontractantes, la sauvegarde du lien contractuel.

⁴⁵⁷ Mémento Droit commercial 2019, édit. Francis Lefebvre, n°14913.

⁴⁵⁸ Y. PAGNERRE, « *Rupture du contrat par annulation* », JCl. fasc. 172, Contrats Distribution, 1^{er} mai 2010 (mise à jour le 16 Août 2016), n°306.

⁴⁵⁹ D. HOUTCIEFF, « *Acte de commerce* », rép. dr. com., mai 2008 (mise à jour en avril 2016), n°202.

⁴⁶⁰ Y. PAGNERRE, « *Rupture du contrat par annulation* », JCl. fasc. 172, Contrats Distribution, 1^{er} mai 2010 (mise à jour le 16 Août 2016), n°308.

⁴⁶¹ A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, « *La pérennité contractuelle* », thèse, L.G.D.J., 2005, n° 761.

⁴⁶² A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, « *La pérennité contractuelle* », thèse, L.G.D.J., 2005, n°847.

Partant, si un tel droit à la sauvegarde du lien contractuel devait être confirmé par la jurisprudence et mis en lien avec la réduction du prix, on pourrait soutenir que stipuler une clause de renonciation totale à la réduction du prix en atteindrait la substance, puisque cette clause viserait à en entraîner la privation totale. A l'inverse, stipuler une clause de facilitation visant à aménager les modalités de fond de la réduction du prix devrait rester valable, car si le droit fondamental à la sauvegarde serait ici affecté, cette dernière n'entraînerait pas une privation totale de ce droit et laisse la possibilité aux parties de s'en prévaloir, même de façon partielle. Néanmoins, pour l'heure et à la différence de l'action en résiliation du contrat, à notre connaissance, aucune jurisprudence n'a été rendue pour ériger la réduction du prix au rang de droit fondamental visant à la sauvegarde du lien contractuel. Le lien pouvant exister entre cette sanction contractuelle et un droit fondamental reste donc pour l'heure hypothétique.

PARAGRAPHE III : La renonciation au droit à l'exécution du lien contractuel

L'identification du droit fondamental à l'exécution du lien contractuel et son lien avec l'exécution forcée en nature. De prime abord, l'existence d'un droit à l'exécution forcée du lien contractuel pourrait paraître douteuse. En effet, en matière de voies d'exécution, le droit fondamental à l'exécution forcée est consacré par la jurisprudence européenne concernant certains titres exécutoires mentionnés à l'article L 111-3 du Code des procédures civiles d'exécution (CPCE). Il s'agit des décisions de justice (définitives et obligatoires)⁴⁶³, des actes de conciliation⁴⁶⁴ ou encore des actes notariés⁴⁶⁵. Cependant, cet article, dont la liste est limitative, ne mentionne pas les contrats à moins que ces derniers soient érigés en « *actes notariés revêtus de la formule exécutoire* ». Le contrat est en principe un acte rédigé sous seing privé et, à moins qu'il soit rédigé sous la forme d'un acte notarié, il ne peut donc être considéré en lui-même comme un titre exécutoire. Il pourrait donc en être déduit que le droit fondamental à l'exécution forcée ne vaut que pour l'exécution des titres exécutoires expressément reconnus par la loi et non pour la seule inexécution d'un contrat en lui-même. Toutefois, plusieurs arguments devraient convaincre que le droit à l'exécution forcée en nature est ou devrait être un droit fondamental. Certains en doctrine reconnaissent qu'il existe « *un droit fondamental à l'exécution du contrat, et plus précisément de son exécution en nature* »⁴⁶⁶ et augurent de « *l'émergence de l'exécution en nature comme un droit, reconnu au créancier, non seulement à l'exécution - « droit à l'exécution » -, mais à l'exécution de la prestation promise - « droit à la prestation* » »⁴⁶⁷, ce droit à l'exécution « *prendrait ainsi les atours d'un droit subjectif* »⁴⁶⁸. Aussi, l'existence d'un droit à l'exécution est également soutenue par les Principes Unidroits (art. 7.2.2 et dont la section 2 est intitulée « *Droit à l'exécution* ») et les principes du droit européen du contrat (art. 9 : 102 et dont la section 1 du chapitre 9 est intitulée « *droit à l'exécution* »). Par ailleurs, la jurisprudence a reconnu le statut de droit fondamental au droit de propriété portant sur des biens corporels et incorporels

⁴⁶³ CEDH, 19 mars 1997, Hornsby c/ Grèce.

⁴⁶⁴ CEDH, 28 oct. 1998, Perez de Rada Cavamilles c/ Espagne.

⁴⁶⁵ CEDH, 21 avr. 1998, Estima Jorge c/ Portugal.

⁴⁶⁶ L. MAURIN, « *Contrat et droits fondamentaux* », thèse, LGDJ, 2013, n° 280

⁴⁶⁷ J. ROCHFELD, « *Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivisation du droit de l'exécution* », RDC, n°1, p.13, 1^{er} janv. 2006, n°8.

⁴⁶⁸ J. ROCHFELD, « *Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivisation du droit de l'exécution* », RDC, n°1, p.13, 1^{er} janv. 2006, n°8.

et, de manière plus extensive, la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁶⁹ affirme que le droit de propriété protégé au titre de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme s'étend à tout type de « biens » (qu'il s'agisse de biens corporels, incorporels ou de créances). Or, le droit à l'exécution en matière d'inexécution du contrat porte sur la prestation ou contreprestation, pécuniaire ou non, du débiteur, c'est-à-dire sur une créance contractuelle. Il devrait donc en être déduit que l'exécution forcée en nature devrait se voir reconnaître ce statut de droit fondamental sur le fondement du droit de propriété prévu aux articles 2 et 17 de la DDHC. Enfin, force est de constater que le droit commun des contrats évolue sur le modèle des voies d'exécution et la rédaction des nouveaux articles issus de la réforme du droit des contrats démontre ce rapprochement. Un principe général de droit à l'exécution est reconnu au créancier. En droit commun, il est consacré à l'article 1341 du Code civil de la manière suivante : « *Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi.* » ce qui n'est pas sans rappeler l'article L. 111-1 du CPCE prévoyant que : « *Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi* ». En matière de voies d'exécution, la mise en œuvre de l'exécution en nature doit se faire « *dans les conditions prévues par la loi* » ce qui signifie que « *Le droit de l'exécution forcée relève ainsi d'un ordre public qui tend essentiellement à la protection du débiteur.* »⁴⁷⁰. Ce caractère d'ordre public des dispositions du CPCE, notamment en matière de saisie-vente, saisie immobilière ou sureté judiciaire provisoire⁴⁷¹, ne fait guère de doutes et tend à protéger les intérêts du débiteur mais aussi ceux du créancier. En raison de cette atteinte à l'ordre public, la clause de voie parée est formellement interdite en droit positif⁴⁷², ce qui a fait dire à un auteur qu'« *on ne peut concevoir que le créancier agisse en exécution forcée en dehors des voies tracées par le législateur. Le caractère d'ordre public s'impose dans l'intérêt de tous, créancier et débiteurs* »⁴⁷³. En effet, le droit à l'exécution forcée du créancier découle de l'article L. 111-2 du CPCE selon lequel « *Le créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut en poursuivre l'exécution forcée sur les biens de son débiteur dans les conditions propres à chaque mesure d'exécution.* ». Et il est clair que pour la jurisprudence il s'évince de cet article L. 111-2 du CPCE un caractère d'ordre public⁴⁷⁴. Ainsi, l'évolution similaire que connaît désormais l'exécution forcée en nature laisse à penser qu'elle vise également à protéger les intérêts du débiteur et du créancier contractuel. Ce rapprochement et ces similitudes entre les dispositions du droit commun et celles du droit des voies d'exécution permettent de penser que les premières reproduisant une rédaction similaire

⁴⁶⁹ CEDH, 18 nov. 2010, Cts Richet et Le Bert c/ France.

⁴⁷⁰ F. VINCKEL, « *Droit de l'exécution. - présentation générale* », Fasc. 120, JCl. voies d'exécution, 30 Mars 2013 (à jour au 5 oct. 2017), n°56.

⁴⁷¹ A titre d'illustration, voir les applications du principe de proportionnalité : en matière de saisie-vente (art. L111-7 CPCE), de sureté judiciaire provisoire (art. R. 532-9 CPCE), de saisie immobilière (art. L. 311-5 CPCE).

⁴⁷² Art. L. 311-3 du CPCE : « *Est nulle toute convention portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier peut faire vendre les immeubles de son débiteur en dehors des formes prescrites pour la saisie immobilière.* »

⁴⁷³ A. LEBORGNE, « *Voies d'exécution et procédures de distribution* », Dalloz 2019, 3^{ème} éd., n° 4.

⁴⁷⁴ V. par exemple : Cass. civ., 2^{ème}, 1 déc. 2016, n° 14-27.169 : « *il ressort de l'article L. 111-2 du Code des procédures civiles d'exécution, d'ordre public, que le créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut en poursuivre l'exécution forcée sur les biens de son débiteur* » ; CA Basse-Terre, 2^{ème} ch. civ., 20 juill. 2015, n°15/00084 et n°15/00018 ; CA Basse-Terre, 2^{ème} ch. civ., 22 juin 2015, n°13/01561 ; CA Basse-Terre, 2^{ème} ch. civ., 2 févr. 2015, n°14/00740 ; CA Basse-Terre, 2^{ème} ch. civ., 24 nov. 2014, n° 13/01555 ; CA Basse-Terre, 2^{ème} ch. civ., 10 nov. 2014, n°14/00095 ; CA Basse-Terre, 2^{ème} ch. civ., 13 oct. 2014, n°13/00061 et n°13/00062 ; CA Basse-Terre, 2^{ème} ch. civ., 27 janv. 2014, n°10/01860 ; CA Basse-Terre, 2^{ème} ch. civ., 13 janv. 2014, n°13/00059 : « *il s'évince de l'article L 111-2 du code des procédures civiles d'exécution, d'ordre public, que le créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut en poursuivre l'exécution forcée sur les biens de son débiteur* ».

ou proche à celle des secondes, il doit en résulter dans les deux cas un caractère d'ordre public au droit à l'exécution du créancier.

L'identification du droit fondamental à l'exécution du lien contractuel et son lien avec l'exécution par équivalent. Il en va de même s'agissant de l'action en dommages-intérêts prévue par l'article 1231 du Code civil. Il a été démontré que la responsabilité civile est à la fois confortée et tempérée au nom des droits fondamentaux⁴⁷⁵. Le Conseil constitutionnel considère que la responsabilité civile, et plus particulièrement la responsabilité contractuelle, découle d'une exigence constitutionnelle et constitue donc par prolongement une liberté fondamentale. En effet, s'agissant de l'article 515-7 du Code civil concernant le PACS prévoyant que le partenaire auquel la rupture est imposée pourra demander réparation du préjudice éventuellement subi, notamment en cas de faute tenant aux conditions de la rupture. Le Conseil en déduit que « *l'affirmation de la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* »⁴⁷⁶.

Ainsi et de façon similaire à ce qui a été expliqué concernant l'action en résolution, la clause de renonciation anticipée ne devrait en principe porter atteinte à la substance du droit à l'exécution que si toute forme d'exécution du contrat est conventionnellement écartée. Ainsi, dans cette optique, il ne devrait pas être possible de renoncer contractuellement à la fois à l'exécution forcée en nature directe (1221 du Code civil) et indirecte (art. 1222 du Code civil). Précisons toutefois que l'article 1222 du Code civil comprend une option entre, d'une part, le remplacement du débiteur défaillant en faisant « *exécuter lui-même l'obligation* » et, d'autre part, la destruction de « *ce qui a été fait en violation de celle-ci* ». Selon une logique d'appréciation *in concreto*, à laquelle nous invite le rapport remis au président de la République⁴⁷⁷, l'atteinte au droit à l'exécution forcée du lien contractuel ne devrait être caractérisée que si ces deux actions (en remplacement et en destruction) sont exclues contractuellement alors que toutes deux présentaient une utilité en l'espèce pour le créancier ou que seulement l'une d'entre elles est évincée alors qu'elle présente une utilité en l'espèce pour le créancier. De même, la renonciation à toute forme de réparation de nature contractuelle (les dommages-intérêts compensatoires et moratoires prévus par l'article 1231-2 du Code civil) devrait être qualifiée de renonciation au droit fondamental à la réparation du préjudice causé. Néanmoins, si sur le plan des principes, on peut conceptuellement estimer qu'une clause de renonciation anticipée prive du droit fondamental à l'exécution du contrat, aucune jurisprudence n'est pour l'heure venue juger illicite une telle clause. Tant que la jurisprudence ne se prononcera pas clairement en ce sens, il ne peut donc pas être soutenu qu'une telle clause est illicite.

⁴⁷⁵ C'est effectivement l'objet que traitent les deux parties de la thèse de Mme GIRARD (B. GIRARD, « *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux* », thèse, 2015, LGDJ).

⁴⁷⁶ Cons. const. 9 nov. 1999, DC n° 99-419, cons. 70.

⁴⁷⁷ 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, le rapport en matière de clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire énonce qu' « *Il appartiendra donc aux juridictions saisies de vérifier au cas par cas que la restriction ainsi consentie ne porte pas atteinte à la substance même du droit et au droit d'agir en justice.* ».

CHAPITRE II : la licéité des clauses de facilitation

Le Professeur MEKKI affirme que l'expression « *légalement formée* » employée par l'ancien article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil (devenu l'actuel article 1103 du Code civil) invite à combiner un contrôle de « *licéité* » avec un contrôle de « *légitimité* ». En effet, il s'agit de combiner deux formes de contrôle « *un contrôle de licéité, dogmatique, formel et axiologique essentiellement mis en œuvre par l'ordre public, et un contrôle de légitimité, pragmatique, reposant principalement sur le contrôle de proportionnalité* »⁴⁷⁸. Il ressort que de la licéité des clauses de facilitation s'évince deux types de contrôle cumulatifs faisant référence à deux standards juridiques distincts : l'abus de droit (I.) et le contrôle de proportionnalité (II.). Comme le souligne Monsieur MEKKI, « *l'abus concernerait les limites internes du droit subjectif, tandis que le contrôle de proportionnalité concernerait les limites externes de ce droit* »⁴⁷⁹. Ainsi, l'abus de droit serait un contrôle interne au contrat, tandis que « *Le contrôle de proportionnalité serait une technique de contrôle externe du contrat* »⁴⁸⁰. Comme nous le verrons, bien qu'ils puissent porter sur des termes identiques prévus par la loi (pour ne citer que cet exemple : la « *disproportion manifeste* » de l'article 1221 du Code civil) l'appréciation juridique qui en découle n'est pas la même. Le raisonnement tenu et la méthode du contrôle appliqués pour le standard juridique de l'abus de droit ne sont pas identiques par rapport à ceux de la proportionnalité.

SECTION I : la clause de facilitation à l'épreuve de l'abus de droit exprimé au sein des sanctions contractuelles

Définition de la notion d'abus de droit. A titre liminaire, notons que l'abus de droit est une notion assez large et souffre de tentatives d'appréhensions dispersées, de sorte qu'en tant que « *notion plurielle* »⁴⁸¹, il ne semble pas exister, de manière unitaire et unifiée, « *un* » abus de droit mais « *des* » abus de droits. Pourtant, on peut retenir au moins deux grandes acceptions théoriques de l'abus de droit que l'on retrouve dans la définition proposée par le doyen CORNU⁴⁸², qui considère l'abus de droit comme une « *faute qui consiste à exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui, ou, suivant un autre critère, à l'exercer en méconnaissance de ses devoirs sociaux* ». De fait, cette définition

⁴⁷⁸ M. MEKKI, « *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* », 2004, L.G.D.J, n°620.

⁴⁷⁹ M. MEKKI, « *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* », 2004, L.G.D.J, n°774. De même, le Professeur Mekki explique que l'expression « *légalement formée* » employée par l'ancien article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil (devenu l'actuel article 1103 du Code civil) invite à combiner un contrôle de « *licéité* » avec un contrôle de « *légitimité* », en effet, il s'agit de combiner deux formes de contrôle « *un contrôle de licéité, dogmatique, formel et axiologique essentiellement mis en œuvre par l'ordre public, et un contrôle de légitimité, pragmatique, reposant principalement sur le contrôle de proportionnalité* » (M. MEKKI, « *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* », 2004, L.G.D.J, n°620).

⁴⁸⁰ P. LOKIEC, « *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels* », Thèse, L.G.D.J, 2004, n°113.

⁴⁸¹ C. MINGAM, A. DUVAL, « *L'abus de droit, état du droit positif* », Revue Juridique de l'Ouest, 1998, p. 555 à 568.

⁴⁸² G. CORNU, Association Henri Capitant « *Vocabulaire juridique* », 2018, PUF, *Abus de droit*.

englobe les deux grandes conceptions doctrinales de l'abus de droit que sont celles de JOSSERAND (sur le détournement de la fonction sociale du droit) et de RIPERT (sur l'exercice du droit dans l'intention de nuire).

Différentes acceptions de la théorie de l'abus de droit. On peut tout d'abord retenir l'approche de l'abus de droit de JOSSERAND. Selon lui, « *les droits, produits sociaux, comme le droit objectif lui-même, puisent leur origine dans la communauté à laquelle ils empruntent leur esprit et leur finalité ; c'est par elle et pour elle qu'ils existent ; chacun d'eux a sa raison d'être, sa mission à accomplir ; chacun d'eux est dirigé vers un but dont il n'appartient pas à son titulaire de le faire dévier ; ils sont fait pour la société et non la société pour eux ; leur finalité est en dehors, au-dessus d'eux mêmes* »⁴⁸³. Ainsi, la finalité de chaque droit comme celui de réclamer l'exécution forcée en nature du contrat (qui n'est rien d'autre que l'exercice d'un droit de propriété incorporel portant sur une créance contractuelle) poursuit une finalité sociale qui dépasse ce même droit. Aussi, « *l'acte sera normal ou abusif selon qu'il s'expliquera ou non par un motif légitime qui constitue ainsi la véritable pierre angulaire de toute la théorie de l'abus des droits et comme son précipité visible* »⁴⁸⁴. Mais est-ce à dire que tout droit qui n'est pas exercé conformément à sa finalité sociale est nécessairement abusif ? Certains auteurs comme RIPERT ont critiqué la conception de JOSSERAND que ce dernier a qualifié d'« *idéaliste convaincu* »⁴⁸⁵. En effet, le paradigme de JOSSERAND revient à attribuer à chaque droit une finalité sociale et que lors de leur exercice tout écart avec cette finalité constitue un abus de droit. Or, tout détournement de la finalité d'un droit n'entre pas nécessairement en contrariété avec ceux de la société. On peut, par exemple, exercer un droit à des fins personnelles tout en ne nuisant pas à la société. Une telle approche « *idéalisée* » ou « *philosophique* » de la théorie de l'abus de droit de JOSSERAND⁴⁸⁶ serait inappropriée, car elle rognait de manière exacerbée la liberté individuelle et se heurterait à l'ordre public dès lors que tout ce qui n'est pas interdit est réputé autorisé⁴⁸⁷. On ne pourrait donc envisager de sanctionner en droit positif une telle approche de l'abus de droit. D'autant que le paradigme de JOSSERAND n'a pas fait l'unanimité en doctrine. RIPERT retient une autre conception de l'abus de droit qui devait selon lui se limiter la seule intention de nuire. Cette conception de RIPERT qui est aussi celle de BOULANGER⁴⁸⁸ peut se résumer ainsi : « *L'abus n'existera que si le droit a été exercé avec l'intention de nuire ; que lorsque le droit légal ou contractuel, à l'application ou à l'exécution duquel le demandeur vient prétendre, apparaît tout à la fois inutile pour lui-même*

⁴⁸³ L. JOSSERAND, « *Relativité et abus de droit* », in « *Évolutions et actualités, conférences de droit civil*, Sirey 1936, p. 71 s., p. 73.

⁴⁸⁴ L. JOSSERAND, « *De l'esprit des droits et de leur relativité* », 1927, Dalloz, 2^e éd., 2006, n° 296.

⁴⁸⁵ G. RIPERT, « *Abus ou relativité des droits* », Rev. crit. Lég. et jur. 1929, 33, n°4.

⁴⁸⁶ On peut relever que Jossierand avait lui-même conscience et ne cachait pas la vocation « *idéalisée* » de la théorie de l'abus de droit telle qu'il l'entendait dans sa thèse, il résumait ainsi son ouvrage : « *On conçoit que la fin puisse justifier les moyens, du moins lorsque ceux-ci sont légitimes en eux-mêmes ; mais il serait intolérable que des moyens, même intrinsèquement irréprochables, pussent justifier toute fin, fût-elle odieuse et inconcevable. C'est précisément contre une telle éventualité que se dresse la thèse de l'abus des droits qui a pour ambition et pour raison d'être d'assurer le triomphe de l'esprit des droits, et, par là, de faire régner la justice, non point seulement, ce qui est relativement aisé, dans les textes des lois et dans des formules abstraites, mais, ce qui est un idéal plus substantiel, dans leur application même et jusque dans la réalité vivante* » (L. JOSSERAND, « *De l'esprit des droits et de leur relativité (Théorie dite de l'abus de droit)* », 2^e éd., 1939).

⁴⁸⁷ Cette approche de l'ordre public réputant autorisé tout ce qui n'est pas interdit peut être rattachée à l'article 4 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 selon lequel « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.* »

⁴⁸⁸ G. RIPERT, J. BOULANGER, « *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol* », t. 2, 1957.

et préjudiciable au défendeur, cette conjonction révélant l'intention de nuire. »⁴⁸⁹. On peut donc résumer ces deux conceptions de l'abus de droit de la manière suivante : soit le droit est exercé dans un intérêt égoïste mais en violation de l'intérêt social (JOSSERAND), soit le droit est exercé ni pour un intérêt égoïste, ni pour un intérêt social mais uniquement dans l'intérêt de nuire à autrui (RIPERT). Ces deux critères posés par RIPERT et JOSSERAND seront par la suite repris et enrichis par plusieurs auteurs. Selon une vue synoptique, et en tenant compte des conceptions de RIPERT et JOSSERAND, MARKOVITCH⁴⁹⁰ a proposé de synthétiser les critères jurisprudentiels retenus concernant l'abus de droit. Selon lui, ces derniers peuvent relever de six ordres : l'intention de nuire, la faute dans l'exécution, le défaut d'intérêt, l'anormalité de l'exercice, la rupture d'équilibre et le détournement du droit de sa fonction sociale. Toutefois, MARKOVITCH ne reconnaît pas un caractère autonome à l'ensemble de ces critères. Selon lui, les « *critères déterminés de l'abus de droit* » sont : le critère de l'intention de nuire, le critère de la faute dans l'exécution et le critère finaliste lequel englobe quatre rubriques, le défaut d'intérêt, l'anormalité de l'exercice, la rupture d'équilibre et le détournement du droit de sa fonction. Au travers de ces trois critères, MARKOVITCH s'inspire notamment des travaux de RIPERT, concernant le critère de l'intention de nuire et de JOSSERAND concernant le critère finaliste. Ce dernier critère avant JOSSERAND avait également été développé par GENY⁴⁹¹ et SALEILLES⁴⁹². En effet, MARKOVITCH adopte une conception large du critère finaliste, il le définit de la manière suivante : « *Les droits subjectifs, prérogatives sociales, sont concédés aux particuliers dans un but déterminé ; par conséquent, ils doivent être exercés dans un certain esprit, celui-là même qui a présidé à leur institution, c'est-à-dire celui qui correspond à leur but ; sinon le titulaire les détourne de leur destination économique et sociale ; il en abuse* »⁴⁹³. En particulier, en matière de contrats, Mme MARSON énonce trois « *critériums* »⁴⁹⁴ de l'abus de droit, à savoir, l'intention de nuire, l'absence d'intérêt légitime et le détournement du droit de sa fonction sociale. On s'aperçoit alors que ce sont plus ou moins toujours les mêmes critères qui sont imputés à la théorie de l'abus de droit. Aujourd'hui, dans sa conception moderne, l'abus de droit ou l'exercice abusif d'un droit est défini par le Doyen CORNU de la manière suivante : « *L'exercice d'un droit est abusif lorsqu'il inflige à des intérêts légitimes un sacrifice manifestement disproportionné avec la satisfaction dérisoire qu'il procure à son titulaire* »⁴⁹⁵. Selon une approche plus moderne, des auteurs Belges, Messieurs STROWEL⁴⁹⁶ et COIPEL⁴⁹⁷, en reprenant la doctrine française relative à l'abus de droit ont donné une lecture neuve de l'abus de droit à la lumière de la jurisprudence rendue par les cours et tribunaux belges. Selon eux, l'abus de droit devrait s'appliquer dans trois hypothèses : lorsque le droit est exercé dans le seul but de nuire (RIPERT), lorsque l'exercice d'un droit porte un préjudice à autrui sans motif légitime (JOSSERAND) et lorsqu'un droit peut être exercé de deux manières présentant la même utilité et que l'on choisit celle qui est la plus préjudiciable pour autrui ou lorsque ces deux manières d'exercer un droit présentant la même utilité, on décide de choisir celle qui est la plus préjudiciable pour autrui alors que l'avantage retiré de ce mode d'exercice du droit est nettement inférieur à l'inconvénient subi par autrui. Or, ce

⁴⁸⁹ P. TOURNEAU, L. CADIET, « *Abus de droit* », Dalloz, Répertoire droit civil, juin 2015, n°25.

⁴⁹⁰ M. MARKOVITCH, « *La théorie de l'abus des droits en droit comparé* », LGDJ, 1936, p. 126 et 127.

⁴⁹¹ F. GENY, « *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique* », préf. R. Saleilles, 1^{ère} éd., 1899, p. 120.

⁴⁹² SALEILLES, « *La théorie générale de l'obligation* », la mémoire du droit, 3^{ème} éd., 1914, p. 371.

⁴⁹³ M. MARKOVITCH, « *La théorie de l'abus des droits en droit comparé* », thèse, LGDJ, 1936, p. 154 et 155.

⁴⁹⁴ J. MARSON, « *L'abus du droit en matière de contrat* », thèse, Paris : A. Rousseau, 1935, p. 139 à 152.

⁴⁹⁵ G. CORNU, « *Les biens* », introduction, Montchrestien, 13^e éd., 2007.

⁴⁹⁶ A. STROWEL, « « *Rien ne change, tout se transforme* » : réflexions sur le premier principe de la science juridique – De « *l'abus de droit* » au contrôle de « *proportionnalité* » : l'habit nouveau d'un principe immuable – Illustration par le droit d'auteur », In : Mélanges au Professeur F. DESSEMONTET, Cedidac, 2009, p. 381.

⁴⁹⁷ M. COIPEL, « *Eléments de théorie générale des contrats* », Bruxelles 1999, n° 112.

troisième et dernier critère se « rapproche bien entendu la doctrine de l'abus de droit du principe de proportionnalité »⁴⁹⁸, les juristes MM. VAN GERVEN et WATHELET soutiennent que la théorie de l'abus de droit et le principe de proportionnalité sont l'application d'un même principe⁴⁹⁹. Toutefois, le problème de l'articulation de la théorie de l'abus de droit avec le principe de proportionnalité, et en particulier se pose la question de savoir si le principe de proportionnalité, sous l'influence du droit européen et du droit public, tend à supplanter la théorie de l'abus de droit. Autrement dit, il faut savoir si « le principe de proportionnalité, et la pondération des intérêts qu'il requiert, est donc devenu le nouveau paradigme et la pierre angulaire du raisonnement juridique » en lieu et place de la théorie de l'abus de droit⁵⁰⁰, notamment, sur le fondement de l'article 55 de la Constitution française ? Nous considérerons qu'en droit français l'abus de droit et le principe de proportionnalité constituent des standards juridiques qui cohabitent et ne sauraient être amalgamés. A présent, les critères de l'abus de droit étant identifiés, il revient de déterminer la force contraignante de ce concept tout particulièrement en matière contractuelle, en cas de stipulation d'une clause relative à l'inexécution du contrat.

Reconnaissance du statut d'ordre public de la théorie de l'abus de droit. De manière assez classique, la doctrine reconnaît à la notion d'abus de droit un statut d'ordre public ou l'assimile à une règle impérative. Ainsi, cette vocation d'ordre public de l'abus de droit est parfaitement illustrée par MARKOVITCH, reprenant les enseignements de SALEILLES⁵⁰¹ : « la théorie de l'abus des droits relève de l'idée de l'ordre public et des bonnes mœurs et on peut dire de l'une et l'autre de ces notions ce que Saleilles avait dit de l'ordre public : ce sont des conceptions évolutives qui se transforment incessamment. »⁵⁰². Avec la même vigueur, LARDENNOIS affirmait que « Sans doute il est juste de dire que la défense d'abuser de ses droits est une loi impérative. (...) Dès lors, il faut considérer comme une règle impérative très générale la prohibition d'abuser de ses droits. Sa généralité la fait rentrer tout naturellement dans la classe des quasi-délits. »⁵⁰³. Ces auteurs reconnaissent donc de manière générale que la notion d'abus de droit relève de l'ordre public ou de la règle impérative. Dans le même sens et selon une approche plus spécifique, le Professeur STOFFEL-MUNCK propose de rattacher à l'abus de droit, tel que conçu et pensé par JOSSERAND, la notion d'ordre public. Selon lui, il existe une « ambiguïté inaperçue »⁵⁰⁴ dans la manière dont JOSSERAND concevait l'abus de droit qui impliquait de remplir une double condition : la finalité sociale du droit en cause doit non seulement être dévoyée (lorsque le titulaire du droit met « ses prérogatives au

⁴⁹⁸ A. STROWEL, « « Rien ne change, tout se transforme » : réflexions sur le premier principe de la science juridique – De « l'abus de droit » au contrôle de « proportionnalité » : l'habit nouveau d'un principe immuable – Illustration par le droit d'auteur », In : Mélanges au Professeur F. DESSEMONTET, Cedidac, 2009, p. 381.

⁴⁹⁹ W. VAN GERVEN, « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », J.T. 1992, p. 305 : « la théorie de l'abus de droit et les critères appliqués dans le cadre de celle-ci constituent en réalité une application du même principe de proportionnalité » ; M. WATHELET, « Principe de proportionnalité : utilisation disproportionnée ? », J.T. 2007, p. 313 : « Dans la mesure où l'abus de droit sanctionne un comportement abusif – c'est-à-dire non proportionné ! – il n'est en effet pas incongru de voir dans ce principe, une déclinaison du principe général de proportionnalité. A moins que ce ne soit le principe de proportionnalité qui soit le succédané' de l'abus de droit ? ».

⁵⁰⁰ A. STROWEL, « « Rien ne change, tout se transforme » : réflexions sur le premier principe de la science juridique – De « l'abus de droit » au contrôle de « proportionnalité » : l'habit nouveau d'un principe immuable – Illustration par le droit d'auteur », In : Mélanges au Professeur F. DESSEMONTET, Cedidac, 2009, p. 371-389.

⁵⁰¹ R. SALEILLES, « De l'abus des droits » (Rapport présenté à la 1^{ère} sous-commission de la commission de révision du Code civil, dans « Bull. Soc. d'ét. légis. » 1905), p. 326 ; R. SALEILLES, « De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand », Paris, Pichon, 1901, p. 196.

⁵⁰² M. MARKOVITCH, « La théorie de l'abus des droits en droit comparé », thèse, LGDJ, 1936, p. 185

⁵⁰³ G. LARDENNOIS « De l'application de l'article 1384, § I (responsabilité du fait des choses) en matière contractuelle », thèse, Paris : F. Loviton, 1935, p. 126.

⁵⁰⁴ P. STOFFEL-MUNCK, « L'abus dans le contrat – essai d'une théorie », Thèse, L.G.D.J., 2000, n°539.

service de ses intérêts »⁵⁰⁵ et ne respecte pas la finalité sociale de son droit), mais aussi, ce dévoiement doit entrer « *en opposition avec les intérêts vitaux de la communauté* »⁵⁰⁶ (il faut donc que le détournement de la finalité sociale du droit cause une atteinte effective aux intérêts sociaux). Selon le Professeur STOFFEL-MUNCK, la première condition est qualifiée d'« *exercice antisocial du droit* »⁵⁰⁷ alors que la seconde est qualifiée d'« *exercice simplement "déviacionniste" du droit* »⁵⁰⁸. C'est donc la combinaison de ces deux conditions qui permet de faire sanctionner l'abus de droit en droit positif, puisque dans ce cas, il y a bien une atteinte causée à un intérêt social. Ce dernier en déduit que l'atteinte constituée par l'exercice « *antisocial du droit* » n'est alors rien d'autre qu'une « *appellation moderne de l'ordre public virtuel* »⁵⁰⁹. Ce dernier impliquant de rechercher les intérêts défendus (et donc la ou les finalités) par une règle de droit, il peut ainsi s'agir d'intérêt privé (on parle alors d'ordre public de protection) ou général (on parle alors d'ordre public de direction). Partant, le Professeur STOFFEL-MUNCK défend le rattachement du critère de la « *finalité sociale d'un droit* » de JOSSERAND à l'ordre public virtuel ce qui revient à établir un lien étroit entre l'abus de droit et l'ordre public. Cependant, du fait du caractère théorique des acceptions de la théorie de l'abus de droit, certains auteurs ont tenté d'opter pour une approche plus « *réaliste* » de la théorie de l'abus de droit par rattachement à des notions plus concrètes.

Périmètre de l'étude de l'abus de droit dans la présente section. La notion d'abus de droit présente un champ d'application assez vaste et est polysémique, en tout cas si l'on s'en tient à la définition du Doyen CORNU⁵¹⁰. Selon lui, celui-ci constitue une « *faute qui consiste à exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui, ou, suivant un autre critère, à l'exercer en méconnaissance de ses devoirs sociaux* ». Le lien le plus évident est celui existant entre l'abus de droit et la bonne foi contractuelle. En effet, certains auteurs ont démontré ce lien étroit entre l'abus de droit et le devoir impératif de bonne foi contractuelle a été mis en exergue par le Professeur STOFFEL-MUNCK⁵¹¹ et les Professeurs CADIET et LE TOURNEAU ont mis en perspective ce lien avec la jurisprudence existante en la matière en ces termes : « *la jurisprudence et la doctrine rapprochent de plus en plus, en matière contractuelle, les deux notions, voire les assimilent. L'abus se traduira donc par une faute du contractant (le contrat étant regardé comme un lien), consistant d'une manière générale à manquer à la bonne foi (l'abus par déloyauté ou par malice). Elle crée à la charge de l'agent une dette de responsabilité, d'ordre délictuel ou quasi délictuel (STOFFEL-MUNCK, op. cit., nos 115 s. – Req. 22 juill. 1884, Gaz. Pal. 1885. 1. 87. – Soc. 11 juin 1953, D. 1953. 661. – Civ. 3^e, 23 mai 1968, Bull. civ. III, n° 232 ; RTD civ. 1969. 140, obs. Cornu. – Com. 26 avr. 1994, n° 92-15.884, Bull. civ. IV, n° 158. – Com. 10 déc. 1996, n° 95-20.931, Bull. civ. IV, n° 309. – Dijon, 10 sept. 1998, JCP E 1999. 864, note Voinot).* »⁵¹². Dans la présente section, nous n'aborderons pas cette acception de l'abus de droit. Nous distinguerons ainsi les conditions de forme des conditions de fond relatives aux sanctions contractuelles. Les premières concernent les modalités formelles (« *notification* », « *motif de*

⁵⁰⁵ L. JOSSERAND, « *De l'esprit des droits et de leur relativité (Théorie dite de l'abus de droit)* », 2^e éd., 1939, n°237.

⁵⁰⁶ L. JOSSERAND, « *De l'esprit des droits et de leur relativité (Théorie dite de l'abus de droit)* », 2^e éd., 1939, n°237.

⁵⁰⁷ P. STOFFEL-MUNCK, « *L'abus dans le contrat – essai d'une théorie* », Thèse, L.G.D.J, 2000, n°542.

⁵⁰⁸ P. STOFFEL-MUNCK, « *L'abus dans le contrat – essai d'une théorie* », Thèse, L.G.D.J, 2000, n°542.

⁵⁰⁹ P. STOFFEL-MUNCK, « *L'abus dans le contrat – essai d'une théorie* », Thèse, L.G.D.J, 2000, n°545.

⁵¹⁰ L'abus de droit est une « *faute qui consiste à exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui, ou, suivant un autre critère, à l'exercer en méconnaissance de ses devoirs sociaux* » (G. CORNU, Association Henri Capitant « *Vocabulaire juridique* », 2018, PUF, *Abus de droit*.)

⁵¹¹ P. STOFFEL-MUNCK, th. préc. p.79, op. cit.

⁵¹² L. CADIET ; P. le TOURNEAU, « *Abus de droit* », R. dr. civ. Dalloz, Juin 2015 (actualisation : mai 2017), n° 81.

la rupture », « mise en demeure infructueuse » etc.) et temporelles (« délai raisonnable », « dans les meilleurs délais » etc.) des sanctions contractuelles, alors que les secondes concernent les modalités de fond des sanctions contractuelles (l'« inexécution suffisamment grave », la « disproportion manifeste », l'« exécution imparfaite » etc.). Partant, s'inscrit dans le périmètre de notre analyse seulement les conditions de fond de l'exercice des sanctions contractuelles. Aussi, nous verrons que parmi ces conditions de fond, toutes ne relèvent pas de l'abus de droit au sens strict en ce qu'il prime sur la volonté des parties. Différentes formes d'abus coexistent et c'est l'importance de l'abus ou de la « faute » qui permettra de savoir dans quel cas l'abus de droit enserme ou non la volonté des parties. Ainsi, cette clé de répartition est opérée via l'usage de critères assez caractéristiques, tel que celui du « manifestement déraisonnable », de la « disproportion manifeste » ou encore de la « disproportion excessive ». L'usage de ces expressions constituent une « superposition de standards » juridiques lesquels « imposent une certaine évidence qui amoindrit corrélativement le pouvoir d'appréciation des juges du fond »⁵¹³. A titre d'illustration, en matière de résolution, un lien est établi entre les conditions de fond de l'exercice de cette sanction contractuelle et l'abus de droit. L'article 1224 du Code civil « *La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.* » En doctrine, il a largement été reconnu la mise en application de la théorie de l'abus de droit en matière de résiliation de contrats, la rupture abusive du contrat peut être établie en raison de son caractère injustifié ou non motivé. Mme MARSON dans sa thèse consacrée précisément au sujet de l'abus de droit en matière contractuelle affirme qu'« *il est impossible ici encore de laisser complètement libre l'exercice de ce droit de résiliation des contrats, et il faudra nécessairement le limiter par la théorie de l'abus* »⁵¹⁴. Le Professeur MARKOVITCH en prenant pour exemple le contrat de louage de service (qui à l'époque était davantage soumis au droit commun des contrats) affirmait que « *la jurisprudence apprécie les raisons de la résiliation unilatérale du contrat, et qualifie cette résiliation d'abus à défaut de raisons justificatives chez l'auteur de la rupture. Très nombreux sont les arrêts qui identifient l'abus du droit de résiliation, avec une faute commise à l'occasion de son exercice ; si les parties sont libres de rompre unilatéralement le contrat, elles doivent justifier cette rupture par une raison plausible, — au moins lorsque cette rupture est productive de dommage pour l'autre partie* ». De même, JOSSERAND érigeait, au moyen de la théorie de l'abus de droit, comme principe général l'idée selon laquelle la résiliation unilatérale d'un contrat, sans motif légitime, est une rupture abusive. En effet, selon lui, « *Le principe est donc tout à fait général : la résiliation unilatérale d'un contrat, même dans les cas où elle est formellement autorisée par la loi, constitue rarement un droit absolu. Les parties contractantes peuvent bien s'évader de la convention, mais à la condition d'avoir, pour ce faire, des motifs légitimes, — et c'est le juge qui appréciera cette légitimité.* »⁵¹⁵ De même, cette prise en compte de la théorie de l'abus de droit en matière de résolution, bien que non définitivement adoptée par l'ordonnance du 10 février 2016, était projetée par le projet d'ordonnance de réforme du droit des contrats du 16 février 2015⁵¹⁶. Ce dernier prévoyait que « *La responsabilité du contractant qui met fin unilatéralement au contrat ne peut être engagée qu'en cas d'abus.* ».

Partant il conviendra de distinguer, d'une part, la licéité de principe de la clause aménageant

⁵¹³ N. BLANC, « *Le juge et les standards juridiques* », RDC 2016, n° 113, p. 394, n°14. Il est à noter toutefois que Madame BLANC ne fait pas exactement référence aux sanctions contractuelles que nous abordons ici, selon elle, la superposition de standard « *diminue la marge d'appréciation du juge puisque ce n'est pas n'importe quelle faute, mais la faute lourde ou dolosive, pas n'importe quel excès, mais l'excès manifeste, pas n'importe quel déséquilibre mais un déséquilibre significatif qui sont requis.* ».

⁵¹⁴ J. MARSON, « *L'abus du droit en matière de contrat* », thèse, Paris : A. Rousseau, 1935, p. 64.

⁵¹⁵ L. JOSSERAND, « *De l'Abus des droits* », Paris librairie nouvelle de droit et de jurisprudence : A. Rousseau, 1905, p. 42.

⁵¹⁶ L. n° 2015-177, 16 Févr. 2015, art. 1212.

les modalités d'exercice des sanctions contractuelles (I.), laissant une marge de manœuvre importante à la volonté des parties, et, d'autre part, l'illicéité de la clause aménageant certaines modalités d'exercice de ces sanctions qui laisse quant à elle un champ plus mince à la volonté des parties (II.). En outre, dans ces développements, nous n'aborderons pas certaines clauses en raison de leur licéité de principe, il s'agit de la clause résolutoire, de la clause pénale et de la clause limitative de responsabilité.

PARAGRAPHE I : La licéité de la clause d'aménagement des modalités supplétives des sanctions contractuelles

Il sera démontré que la clause d'aménagement facilitant l'exception d'inexécution effective (art. 1219 C. civ.) et pour risque d'inexécution (art. 1220 C. civ.) (I.) et l'action résolutoire (art. 1224 C. civ.) (II.) est licite et relève du simple exercice abusif d'une sanction contractuelle (III.). Enfin, s'il est vrai que la ligne de démarcation entre le licite et l'illicite est moins saillante s'agissant de l'action en réduction du prix (art. 1223 C. civ.), il sera abordé ici uniquement les dispositions de l'article 1223 du Code civil pour lesquelles la clause de facilitation devrait être licite (IV.).

I. La facilitation conventionnelle de l'exercice de l'exception d'inexécution effective et pour risque d'inexécution

La clause écartant le caractère suffisamment grave de l'inexécution en matière d'exception d'inexécution est-elle licite ? Comme en matière de résolution, il revient de déterminer ici si les parties peuvent contractuellement écarter l'appréciation judiciaire du caractère suffisamment grave de l'inexécution en cause. Tout comme l'action en résolution du contrat, l'exercice de l'exception d'inexécution est subordonné « *à l'existence d'un manquement contractuel suffisamment grave dont l'appréciation relève du pouvoir souverain du juge* »⁵¹⁷. En ce sens, le rapport remis au président de la République⁵¹⁸ dispose que l'exception d'inexécution mise en œuvre « *par un créancier face une inexécution insignifiante constituera dès lors un abus ou à tout le moins une faute susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle.* ». En principe, le pouvoir d'apprécier l'inexécution suffisamment grave est donc réservé aux juges du fond, néanmoins, la clause qui viendrait préciser ou éluder l'appréciation de ce critère pourrait s'imposer aux juges et donc les soustraire de leur pouvoir d'appréciation dès lors que cette dernière est « *claire et précise* »⁵¹⁹. Or, selon un raisonnement par analogie avec la résolution du contrat, la clause stipulant simplement le contenu du caractère suffisamment grave de l'inexécution ne devrait pas être considérée comme « *claire et précise* » puisqu'il existerait un doute quant à la réelle volonté des parties d'écarter la marge d'appréciation des juges du fond dès lors qu'elle n'a pas été

⁵¹⁷ CA, Paris, Pôle 5, ch. 11, 20 oct. 2017, n° 14/12043 ; V. aussi dans le même sens : Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 1995, n° 93-18.469 ; Cass. com., 10 juill. 1989, n° 87-20.120 ; Cass. com., 31 mai 1983, n° JurisData :1983-701369 ; CA, Aix-en-Provence, 11^{ème} ch. A, 13 sept. 2018, n° 17/22163 ; CA, Toulouse, 3^{ème} ch., 1^{ère} sect., 23 oct. 2007, n° 06/02105 ; CA, Paris, Pôle 5, ch. 11, 20 oct. 2017, n° 14/12043.

⁵¹⁸ 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.

⁵¹⁹ La jurisprudence reconnaît classiquement qu'elle ne peut dénaturer les obligations résultant d'une clause claire et précise (Cass. civ., 15 avr. 1872 : DP 1872, 1, p. 176).

stipulée de « *plein droit* » à la manière d'une sorte de clause résolutoire. En effet, à l'image de la clause résolutoire l'absence de cette formule sacramentelle devrait être considérée comme un simple rappel de la faculté pour le juge de se prononcer sur le caractère suffisamment grave de l'inexécution et devrait être interprétée comme n'écartant pas l'intervention du juge. En réalité, il n'en est rien. Il existe une distinction fondamentale entre l'exception d'inexécution et la résolution judiciaire, la première est une faculté unilatérale et extra-judiciaire pouvant être mise en œuvre par le créancier « *à ses risques et périls* »⁵²⁰ alors que la seconde est une faculté judiciaire devant être prononcée par le juge. Il ressort donc que le raisonnement par analogie opéré entre l'exception d'inexécution et la résolution judiciaire atteint ses limites. L'exception d'inexécution étant une faculté extra-judiciaire, la stipulation d'une clause déterminant les manquements contractuels autorisant à mettre en œuvre l'exception d'inexécution, indépendamment de leur caractère suffisamment grave, devrait être valable sans qu'elle soit stipulée de « *plein droit* » à l'instar de la clause résolutoire. Même si la rédaction de cette clause aménageant l'exception d'inexécution pourra prendre comme modèle celle de la clause résolutoire (notamment, sur la détermination des manquements contractuels qui dès lors qu'ils sont constatés et non judiciairement « *appréciés* » rendent acquise ladite clause), il ne sera nullement nécessaire de la stipuler de « *plein droit* ». Aussi, ce raisonnement devrait pouvoir s'appliquer *mutatis mutandis* à l'exception pour risque d'inexécution visée à l'article 1220 du Code civil qui, à la différence de l'exception d'inexécution visée à l'article 1219 du Code civil, exige la démonstration selon laquelle « *les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves* ». L'aménagement de l'article 1219 du Code civil concernant le caractère « *suffisamment grave* » de l'inexécution serait *a fortiori* d'autant plus recommandé s'agissant des conséquences « *suffisamment graves* » de l'inexécution visées à l'article 1220 du Code civil. En effet, les conséquences de la mise en œuvre de l'exception pour risque d'inexécution pourraient causer un préjudice plus grave pour le contractant la subissant alors même que cette mesure pourrait être mise en œuvre de manière injustifiée *a posteriori*. De surcroît, le degré de certitude du dommage causé à son cocontractant est moins certain, l'exception pour risque d'inexécution permet de suspendre des obligations « *avant toute inexécution* »⁵²¹. Il paraîtrait donc d'autant plus logique d'exiger de stipuler une clause facilitant la mise en œuvre de l'exception pour risque d'inexécution. Par ailleurs, il existe une pratique fréquente, notamment en matière de contrats informatiques et télécoms⁵²², consistant à stipuler des clauses de suspension de service. Ces clauses visent en matière d'exception d'inexécution à abaisser « *le seuil de déclenchement à tout type d'inexécution* »⁵²³ ou même à écarter « *de la riposte du créancier certaines de ses obligations* »⁵²⁴. La stipulation de ces clauses de suspension a été incidemment confortée par les juges du fond dans le cadre de plusieurs affaires⁵²⁵. Tout d'abord, la Cour d'appel de Pau⁵²⁶ avait estimé que « *Dès lors que le manquement du concessionnaire à ses engagements financiers est établi, le concédant était fondé à suspendre toute livraison jusqu'à apurement de la situation financière entre les parties.* » et le concédant « *n'a fait qu'appliquer une des clauses du contrat expressément consenties par les parties* ». Puis, la Cour d'appel d'Aix-en-

⁵²⁰ Cass. civ., 1^{ère}, 5 mars 1974, n°72-11.884.

⁵²¹ 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.

⁵²² Voir O. DORCHIES, « *Pratique contractuelle. La clause de suspension du service dans les contrats informatiques et télécoms* » Communication Commerce Électronique, n°1 2016.

⁵²³ G. CHANTEPIE « *Contrat : effet* », janv. 2018, n° 183.

⁵²⁴ G. CHANTEPIE « *Contrat : effet* », janv. 2018, n° 183.

⁵²⁵ CA Rouen, ch. civ. et com., 1^{er} mars 2012, n° 11/03111 ; CA, Aix-en-Provence, 2^e ch., 5 Févr. 2009, n° 07/10827 ; CA, Pau, ch. 2, 8 Oct. 1991, n°3392/91 ; V. aussi : T. com. Paris, ord. Réf., 30 nov. 2015, Norm'Action Centre-Pays de Loire c/ Nerim.

⁵²⁶ CA, Pau, ch. 2, 8 Oct. 1991, n°3392/91.

Provence⁵²⁷ a validé une clause de suspension de livraisons de marchandises, selon la Cour « *Les conditions générales de vente de cette société précisent dans leur article 6.6 que le non-paiement de ses factures lui permet (...) de suspendre l'intégralité des livraisons en cours ou à venir* » et « *cette suspension constitue par ailleurs l'exception d'inexécution applicable en matière contractuelle.* ». Enfin, la Cour d'appel de Rouen⁵²⁸ a reconnu la stipulation de clauses de suspension notamment de ligne téléphonique en cas de factures impayées, la clause prévoyait « *qu'en cas de non règlement dans le délai de 15 jours, des suspensions de service pouvaient être mises en application* ». Au demeurant, si cette jurisprudence concerne l'exception d'inexécution (article 1219 du Code civil), il devrait être possible d'extrapoler cette jurisprudence et de contractualiser les modalités de fond de d'exception pour risque d'inexécution (article 1220 Code civil).

II. La facilitation conventionnelle de l'exercice de l'action résolutoire

Exclusion de la présente étude des clauses de résiliation pour convenance et de dédit. A titre liminaire, il convient d'exclure du champ de la présente étude, les clauses de résiliation pour convenance et la clause de dédit. S'agissant de la clause de dédit, « *Le terme de dédit a une signification double : il désigne aussi bien le fait de retirer sa parole que la somme d'argent due par celui qui s'est retiré* »⁵²⁹. De ce fait, la clause de dédit a pour objet de conférer à « *l'une des parties (voire aux deux) le droit de se dégager de ses obligations contractuelles, c'est-à-dire celui de résoudre unilatéralement le contrat moyennant le versement d'une somme d'argent forfaitaire* »⁵³⁰. Si parfois certains auteurs ont proposé de « *rattacher la clause de dédit à l'inexécution d'une obligation contractuelle* »⁵³¹, il semble bien que la jurisprudence la plus récente considère que la clause dédit n'a pas pour fonction de sanctionner une inexécution contractuelle ou un manquement contractuel (notamment au moyen de la distinction entre la clause de dédit et la clause pénale)⁵³². De même, selon le Professeur DROSS « *la clause de dédit se distingue fondamentalement des clauses de résiliation ou de résolution en ce qu'elle ne suppose nullement une inexécution de la part du cocontractant qui viendrait en quelque sorte justifier qu'il soit mis fin au contrat* »⁵³³. Par conséquent, la clause de dédit a pour objet d'offrir à son bénéficiaire « *le choix entre l'exécution du contrat ou sa résolution* »⁵³⁴ et ne vise pas à sanctionner l'inexécution d'une obligation au contrat, cette clause ne rentre donc pas dans le champ de notre étude. Puis, de la même façon, la clause de résiliation pour convenance, issue de la pratique contractuelle, est la faculté « *de résilier tout ou partie des prestations objet de la commande à sa convenance et à*

⁵²⁷ CA, Aix-en-Provence, 2^e ch., 5 févr. 2009, n° 07/10827.

⁵²⁸ CA Rouen, ch. civ. et com., 1^{er} mars 2012, n° 11/03111.

⁵²⁹ L. BOYER, « *La clause de dédit* », Mélanges P. RAYNAUD, Dalloz 1985, p.41 et s.

⁵³⁰ E. LOQUIN, refondu et mis à jour par F. LEBORGNE, « *Clauses dissuasives des litiges* », fasc. 135, JCl. Contrats – Distribution, 1^{er} juin 2006 (dernière mise à jour : 4 févr. 2008), n°61.

⁵³¹ V. notamment : Cass. civ. 3^{ème}, 5 déc.1984, JCP G, n° 11, 12 mars 1986, II 20555, comm. G. PAISANT. V. également la jurisprudence antérieure confondant la clause de dédit et la clause pénale : CA Paris, 9 nov. 1981 : D. 1982, jurispr. p. 171, note J.-L. Aubert, Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 1978 : Bull. civ. 1, n° 241, p. 191.

⁵³² V. notamment en ce sens : Cass. com. 8 nov. 2016, n° 15-12.445 ; CA, Paris, Pôle 5, ch. 5, 8 oct. 2015, n° 14/03785 ; CA, Bordeaux, 1^{ère} ch. civ., sec. A, 6 févr. 2012, n° 11/02698 ; CA Paris, 25^{ème} ch. B, 21 janv. 2005 : Juris-Data n° 2005-263152 ; CA Paris, 25^{ème} ch. A, 11 juin 2004 : Juris-Data n° 2004-248812 ; CA Metz, 1^{ère} ch., 21 oct. 2003 : Juris-Data n° 2003-226534 ; CA Metz, ch. urgences, 4 juin 2003 : Juris-Data n° 2003-226392 ; CA Colmar, 2^{ème} ch. civ. A, 7 mars 2002 : Juris-Data n° 2002-183180 ; CA Paris, 5^{ème} ch. A, 16 janv. 2002 : Juris-Data n° 2002-167615 ; CA Paris, 16^{ème} ch. B, 17 mars 2000 : Juris-Data n° 2000-119769.

⁵³³ W. DROSS, « *Clausier – dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne* », LexisNexis Litec, 2^{ème} éd., p.175.

⁵³⁴ CA Paris, 25^{ème} ch. B, 21 janv. 2005 : Juris-Data n° 2005-263152.

tout moment après préavis »⁵³⁵. Cette clause est donc mise en œuvre en l'absence de manquement contractuel. Bien souvent, la pratique distingue la clause de résiliation pour faute (soit, pour inexécution) de la clause de résiliation pour convenance (soit, sans motif)⁵³⁶. Partant, la clause de résiliation pour convenance ne concerne donc pas l'inexécution du contrat et ne sera pas traitée dans la présente étude. Après avoir procédé à ces exclusions, il revient à présent d'analyser les clauses susceptibles d'aménager la principale règle de fond relative à l'action résolutoire (judiciaire, extrajudiciaire ou conventionnelle) : l'« *inexécution suffisamment grave* ».

La clause de résolution judiciaire écartant l'appréciation de l'« *inexécution suffisamment grave* » est-elle licite ? En principe, la résolution unilatérale du contrat ne peut être exercée sans démontrer l'existence « *d'inexécution suffisamment grave* » et moyennant le respect « *Sauf urgence (...) (d'un délai raisonnable)* ». Toutefois, la caractérisation d'un abus de droit peut être encadrée par la loi. Ainsi, l'article 1224 du Code civil prévoit que la résolution peut résulter « *de l'application d'une clause résolutoire* » sans démontrer l'existence d'inexécution suffisamment grave, dans ce cas, la clause résolutoire pour être valable devra être « *précise* » et, à défaut de stipulation contraire, « *subordonnée à une mise en demeure infructueuse* » conformément à l'article 1225 du Code civil. En conséquence, l'abus de droit tel qu'il existe en matière de résolution du contrat correspond donc *a minima* aux conceptions de RIPERT (soit, le critère de l'intention de nuire) et de JOSSERAND (le détournement de la finalité sociale d'un droit ou l'exercice d'un droit portant un préjudice à autrui sans motif légitime), et ceci même si la résolution résulte d'une clause résolutoire. En effet, la clause résolutoire, même si elle facilite la résolution du contrat, devra tout de même être justifiée par l'inexécution des engagements qu'elle vise, elle ne peut pas être mise en œuvre sans motif légitime. Il en résulte que l'abus de droit peut être établi si la résolution a lieu sans démontrer l'existence d'inexécution suffisamment grave, à moins qu'une clause résolutoire valable soit stipulée, ou sans respecter un délai raisonnable (sauf urgence) et une mise en demeure préalable (sauf stipulation contraire). Dans le cas où la clause stipulée n'est pas conforme aux exigences de la clause résolutoire (et n'est ne peut donc emporter cette qualification) mais vise tout de même à évincer l'appréciation d'inexécution « *suffisamment grave* », il s'agirait d'une « *clause de résolution judiciaire* ». Si en doctrine certains ont pu justifier que dès lors que ce type de clause prévoit, de manière précise, ses modalités de mise en œuvre, le pouvoir d'appréciation judiciaire devrait être écarté, la jurisprudence ne semble pas aller en ce sens. Et cela semble devoir être approuvé. En effet, la « *clause résolutoire* » qui n'est pas stipulée de plein droit laisse planer un doute sur l'intention des parties de résoudre immédiatement ou non le contrat en cas d'inexécution commise visée par ladite clause. Cette prétendue « *clause résolutoire* » n'étant donc pas claire et précise⁵³⁷, les juges devraient retrouver leur pouvoir souverain d'appréciation de caractère suffisamment grave de l'inexécution. Or, dans une telle situation, la jurisprudence a affirmé que la « *clause résolutoire insérée dans l'acte notarié du 28 octobre 1971 constitue, non pas une clause expresse prévoyant une résolution de plein droit que le juge se borne à constater, mais une clause de résolution judiciaire, facultative pour la juridiction saisie, laquelle statue dans le cadre de l'article 1184 du Code civil ; (...) c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel a estimé "que les manquements ne revêtaient pas un caractère de gravité justifiant la résolution de la vente"* »⁵³⁸. Dans le même sens, un arrêt

⁵³⁵ CA Rouen, ch. civ., 12 déc. 2012, n° 12/01200.

⁵³⁶ M. MARTIN, « *Contrat informatique - Pratique contractuelle. Contrats de l'informatique. La clause de réversibilité* », Comm. Comm. électr. n° 3, mars 2014, 4.

⁵³⁷ La jurisprudence reconnaît classiquement qu'elle ne peut dénaturer les obligations résultant d'une clause claire et précise (Cass. civ., 15 avr. 1872 : DP 1872, 1, p. 176).

⁵³⁸ Cass. civ 1^{ère} 10 oct. 1995, n°94-10.649.

rendu par la Cour de cassation à la même date dispose que : « *Attendu qu'en retenant ainsi que la résolution du contrat était intervenue de plein droit, alors que l'arrêt constatait que la clause résolutoire avait pour seul objet de permettre au créancier de demander cette résolution en justice, la cour d'appel, qui s'est interdit d'exercer le pouvoir d'appréciation qui était le sien, n'a pas donné de base légale à sa décision* »⁵³⁹. Il apparaît alors que les parties, à défaut de stipuler une véritable clause résolutoire⁵⁴⁰, ne peuvent aménager le caractère suffisamment grave de l'inexécution reprochée qui doit rester sous le giron de l'office du juge. Or, il est vrai qu'un arrêt du 2 juillet 1996 semblait autoriser les parties à « contourner » et donc aménager ce pouvoir d'appréciation réservé au juge s'agissant d'inexécution suffisamment grave. Ce dernier affirmait que « *en réservant la résolution d'un contrat synallagmatique aux seuls cas d'inexécution totale par l'une des parties de ses obligations, alors qu'une telle résolution peut être prononcée par le juge en cas d'inexécution partielle dès lors qu'elle porte sur une obligation déterminante de la conclusion du contrat* »⁵⁴¹. En effet, étant donné que le juge est tenu de respecter la stipulation de clauses claires et précises, si les parties venaient à désigner par voie de clause les engagements qu'elles estiment comme « déterminants », c'est-à-dire par la stipulation d'une clause d'intention, le juge n'aurait d'autres choix que de prononcer la résolution du contrat dès lors que lesdits engagements visés seraient inexécutés. Au sujet de cette jurisprudence de 1996, un auteur en déduit que « *force est donc de reconnaître qu'elle semble bien autoriser les parties à lier le juge par une clause de résolution judiciaire* »⁵⁴². Néanmoins, depuis l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats, l'article 1224 du Code civil dispose que « *La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice.* » Ainsi, les seuls critères pouvant donner lieu à la résolution sont soit la stipulation d'une « clause résolutoire », soit la constatation d' « *inexécution suffisamment grave* ». Or, le fait que l'inexécution porte sur une « obligation déterminante » de la volonté des parties lors de la conclusion du contrat n'est pas officiellement reconnu comme un critère pouvant justifier le prononcé de la résolution du contrat. A tout le moins, ce critère de l' « obligation déterminante » peut simplement avoir une vocation incitative pour les juges du fond en vue de constater une inexécution suffisamment grave. D'ailleurs, par le passé, la jurisprudence considérait bien souvent, en matière d'inexécution partielle, que le critère de l'obligation déterminante était simplement un élément d'appréciation du caractère suffisamment grave de l'inexécution⁵⁴³, voire considérait parfois même que ce dernier est un critère distinct de l'inexécution suffisamment grave⁵⁴⁴. Or, l'article 1224 du Code civil n'autorise désormais plus la jurisprudence à considérer l'obligation « déterminante » comme un critère alternatif à l'inexécution suffisamment grave. Il est clair que le seul critère autorisé, à côté de la stipulation d'une clause résolutoire, est l'inexécution suffisamment grave. Un arrêt rendu par la Cour de cassation érige clairement le critère du caractère suffisamment grave comme

⁵³⁹ Cass. civ 1^{ère} 10 oct. 1995, n°93-14.581.

⁵⁴⁰ V. par exemple une clause dans laquelle toute exécution imparfaite des obligations contractuelles au contrat de bail autorisait à mettre en œuvre une clause résolutoire. Cette clause déroge ainsi au caractère « suffisamment grave » de l'inexécution du fait de la stipulation d'une clause résolutoire (CA Aix-en-Provence, Ch. 1, C, 18 oct. 2018, n° 17/20350 : « *Le bail comporte également une clause résolutoire prévoyant qu'à défaut d'exécution parfaite par le preneur de l'une quelconque de ses obligations issues du présent contrat, celui ci sera résilié de plein droit un mois après la délivrance d'un commandement d'exécuter resté infructueux.* »)

⁵⁴¹ Cass. com., 2 juill. 1996, n°93-14.130.

⁵⁴² M. LAMOUREUX, « *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants* », Thèse, LGDJ, Tome I, n° 387.

⁵⁴³ CA, Paris, pôle 5, Ch. 11, 22 nov. 2019, n° 17/22789 ; Cass. soc, 12 sept. 2018, n° 16-22.503 ; CA, Rennes, 2^{ème} ch., 10 Oct. 2013, n° 11/02365.

⁵⁴⁴ CA, Basse-Terre, 2^{ème} ch. civ., 8 oct. 2018, n° 17/00266 ; CA, Douai, 2^{ème} ch., 1^{ère} sec., 17 Mai 2018, n° 16/06793 ; CA, Aix-en-Provence, 4^{ème} ch. A, 19 oct. 2012, n° 11/12424 ; CA, Douai, 21 nov. 2007, n° 06/01863.

critère principal pour prononcer ou non la résolution du contrat en ces termes « *cette inexécution partielle constituait un manquement suffisamment grave à l'une des obligations déterminantes de la convention pour en justifier la résolution* »⁵⁴⁵. Il en résulte que la résolution est prononcée en raison du caractère suffisamment grave d'un ou plusieurs manquement(s) en cause ; ces derniers peuvent être établis selon un faisceau d'indices à l'instar de l'importance des engagements concernés (donc leur éventuel caractère déterminant) ou du caractère répété des manquements. Par conséquent, il semble bien que les juges même en cas de stipulation d'une clause de résolution judiciaire (et non d'une clause résolutoire) prévoyant des engagements déterminants pour les parties ne devraient pas être tenus de prononcer la résolution du contrat dès lors qu'un manquement touche un engagement déterminant. Ce n'est seulement qu'après une évaluation *in concreto* de l'inexécution en cause et en s'appuyant sur un faisceau d'indices que le juge peut ou non retenir la gravité dudit manquement. Il apparaît alors que les parties ne peuvent déroger au caractère suffisamment grave de l'inexécution, couvert par la réserve de l'abus de droit, puisqu'elle causerait à autrui un préjudice sans motif légitime (qui normalement est la gravité de l'inexécution). Ce lien entre la qualification d'abus et l'inexécution suffisamment grave est parfois souligné par la jurisprudence⁵⁴⁶ (dans une affaire concernant la résiliation judiciaire d'un contrat de travail). En conséquence, il semble possible de se prévaloir de l'invalidité de la clause de résolution judiciaire mais sans que cela relève de l'abus de droit. Ici l'exigence de « *gravité* » ne relève pas de l'ordre public, puisqu'en cas de stipulation d'une clause résolutoire, les parties peuvent déterminer les manquements contractuels qui donneront lieu à la résolution du contrat. La résolution sera « *constatée* » et non « *appréciée* » par le juge. Partant, même si la clause de résiliation judiciaire ne devrait pas retirer le pouvoir souverain des juges du fond, la validité de la clause résolutoire démontre le caractère supplétif du critère de la « *gravité* » de l'inexécution.

La clause de résiliation unilatérale écartant l'appréciation de l'« *inexécution suffisamment grave* » est-elle licite ? La particularité de cette clause est liée à son objet qui est d'aménager conventionnellement la résolution unilatérale du contrat (soit, l'article 1226 du Code civil). Cette clause se différencie donc de la clause de résolution judiciaire, puisque celle-ci aménage la résolution judiciaire (soit, l'article 1227 du Code civil) et non la résolution unilatérale du contrat. Initialement, la doctrine⁵⁴⁷ et la jurisprudence⁵⁴⁸ s'étaient montrées assez favorables à la licéité de principe de cette clause de résiliation unilatérale, un arrêt rendu par la Cour Régulatrice du 10 juillet 2012 est venu, de manière non équivoque, confirmer leur licéité de principe. En l'espèce, la Chambre commerciale estimait que « *l'article 20 autorisait chacune des parties à résilier le contrat pour faute, ce dont il résultait que les parties avaient écarté l'appréciation judiciaire de la gravité de leur comportement, la cour d'appel n'avait pas à procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante* »⁵⁴⁹. Tout d'abord, il apparaît que cette clause de résiliation unilatérale a été analysée par les juges comme aménageant spécifiquement la faculté de résiliation unilatérale

⁵⁴⁵ Cass. soc, 12 sept. 2018, n° 16-22.503 ; v. aussi : Cass. com., 26 avr. 1994, n° 92-15.726.

⁵⁴⁶ CA, Bourges, ch. soc., 15 juin 2018, n° 17/00408 : « *Le fait pour l'employeur d'avoir ainsi imposé une telle mutation caractérise (...) un abus, lequel constitue un manquement suffisamment grave de l'employeur pour empêcher la poursuite du contrat de travail* »

⁵⁴⁷ F. BUY, *Lamy droit du contrat*, n°2476, sous la direction de B. FAGES, P. FLEURY, J. MESTRE ; J. MESTRE, B. FAGES, « Force d'une clause de résiliation unilatérale » –RTD civ. 2001. 584 ; C. CHABAS, « *Résolution – Résiliation* », R. dr. civ. (Dalloz), oct. 2010 (actualisation : nov. 2018), n° 287.

⁵⁴⁸ Cass. civ. 1^{re}, 3 avr. 2001, n° 99-18.442 ; CA Paris, 5^e ch. A, 25 janv. 1995, *Bull. Joly*, 1995, p. 413, note A. Couret.

⁵⁴⁹ Cass. com., 10 juill. 2012, n° 11-20.060.

(au regard de la référence faite à la « *gravité du comportement* »⁵⁵⁰). Puis, les juges reconnaissent expressément la possibilité pour les parties via la stipulation d'une clause de résiliation unilatérale d'éviter l'appréciation judiciaire de « *la gravité de leur comportement* ». Bien que postérieurement à cette décision, l'ordonnance du 10 février 2016 ait introduit l'article 1224 du Code civil exigeant un même critère d'appréciation de la résolution judiciaire et unilatérale (l'« *inexécution suffisamment grave* ». ») et non l'ancien critère de la « *gravité du comportement* », l'arrêt du 10 juillet 2012 devrait toujours pouvoir être invoqué.

La recherche d'une explication sur le sort différencié consacré par la jurisprudence concernant la clause de résolution judiciaire et la clause de résiliation unilatérale. Il ressort des développements ci-dessus que la jurisprudence rend des solutions différentes selon que la clause à analyser soit qualifiée de clause de résolution judiciaire ou de clause de résiliation unilatérale. La première a pour objet d'aménager la résolution judiciaire et les juges ne semblent pas reconnaître la possibilité d'écarter conventionnellement l'appréciation de la gravité de l'inexécution alors que pour la seconde les juges reconnaissent explicitement la possibilité d'écarter la gravité du comportement. Comment alors expliquer cette différence de traitement entre la clause de résolution judiciaire et la clause de résiliation unilatérale ? Cette distinction établie par la jurisprudence est due au fait que traditionnellement la résolution judiciaire et unilatérale ne bénéficiaient pas de la même reconnaissance en droit positif. La sanction de principe était la résolution judiciaire alors que la résiliation unilatérale ainsi que la clause résolutoire étaient des exceptions⁵⁵¹ à ce principe. Ainsi, l'invalidation de la clause de résolution judiciaire serait due au fait que la jurisprudence avait déjà reconnu la validité des clauses résolutoires par le passé et que ces dernières en tant qu'exception au principe, devaient s'interpréter restrictivement. C'est pourquoi une ancienne jurisprudence de la fin du XIX^{ème} siècle, souvent citée en la matière, prévoit que les parties peuvent « *attacher à l'inexécution, constatée dans une certaine forme, les effets d'une condition résolutoire précise, absolue et opérant de plein droit* »⁵⁵². Par conséquent, la clause de résolution judiciaire n'étant pas strictement qualifiable de clause résolutoire, puisqu'elle ne fait que rappeler la faculté de résolution judiciaire (elle n'opère pas de « *plein droit* »), la jurisprudence n'a pas souhaité étendre la possibilité de déroger à la résolution judiciaire et donc à son pouvoir d'appréciation de l'opportunité de la résolution. Toutefois, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, la clause résolutoire n'est plus consacrée comme une exception au principe de la résolution judiciaire, elle constitue désormais une modalité de résolution du contrat, au même titre que la résolution judiciaire et unilatérale. Mais est-ce à dire que cette évolution devrait avoir une incidence sur la jurisprudence relative à la clause de résolution judiciaire, puisque la clause résolutoire n'ayant plus le statut d'exception, le principe d'interprétation stricte ne s'applique plus ? Il est vrai que la clause résolutoire n'est plus considérée aujourd'hui comme une exception au principe de la résolution judiciaire et que les seules exigences de validité de la clause résolutoire sont fixées à l'article 1225 du Code civil, à savoir, qu'elle « *précise les engagements* » et respecte une mise en demeure préalable infructueuse mentionnant expressément ladite clause résolutoire.

⁵⁵⁰ Cette formulation de la « *gravité du comportement* » est un critère d'appréciation qui était propre à la faculté de résiliation unilatérale (Cass. civ., 1^{ère}, 13 oct. 1998, n°96-21.485) jusqu'à l'ordonnance du 10 février 2016 qui a introduit l'article 1224 du Code civil requérant désormais un seul et même critère s'agissant de la résolution unilatérale et judiciaire, à savoir, l'« *inexécution suffisamment grave* ».

⁵⁵¹ V. par exemple : le Professeur STORCK classe la clause résolutoire parmi les « *Dérogations au principe d'une intervention judiciaire* » (M. STORCK, « *Contrat – Inexécution du contrat – Clause résolutoire* », 1^{er} août 2019, fasc. 20 : JCl. Civil Code.) ou le Professeur LACHIEZE considère la résiliation unilatérale du contrat « *comme une dérogation particulière à la règle de l'(ancien)article 1184 du Code civil* » (C. LACHIÈZE, « *La rupture unilatérale pour comportement grave, évolution ou révolution ?* », JCP G, n° 28, 7 juill. 2004, II 10108.

⁵⁵² Cass. civ. 2 juill. 1860, D 1860, 1, 284.

Si aucune référence n'est faite sur le fait que la clause résolutoire ne doit pas être un simple rappel de la possibilité d'agir en résolution judiciaire, qu'elle doit être stipulée selon la formule sacramentelle de « *plein droit* », rien n'indique non plus que l'article 1225 du Code civil mentionne, de manière exhaustive, l'ensemble des conditions de validité de la clause résolutoire. Il peut donc être soutenu que la jurisprudence antérieure⁵⁵³ sur le caractère non-ambiguë et expresse de la clause résolutoire (requérant la preuve de la commune intention des parties de mettre fin « *de plein droit* » au contrat) devrait continuer à s'appliquer. La clause de résolution judiciaire devrait donc encore aujourd'hui rester invalide en raison de son défaut de clarté quant à la volonté commune des parties de résoudre de plein droit leur contrat.

En revanche, la possibilité de stipuler une clause de résiliation unilatérale paraît étonnante, étant donné que la résolution extrajudiciaire était déjà en elle-même une dérogation au principe de la résolution judiciaire et que le critère d'appréciation de ce type de résiliation, soit la « *gravité du comportement* », semblait plus difficile à établir que la simple « *gravité de l'inexécution* ». Néanmoins, depuis le début des années 2000, la résolution extrajudiciaire « *s'impose progressivement en jurisprudence comme un principe général* »⁵⁵⁴ et constitue une sanction distincte de la résolution judiciaire. Ainsi, il apparaît que la jurisprudence, selon un raisonnement analogue avec celui tenu en matière de résolution judiciaire, reconnaît la clause de résiliation unilatérale comme un aménagement à la désormais sanction de principe à côté de la résolution judiciaire, la résolution unilatérale. Cette mise sur un pied d'égalité de la résolution judiciaire et unilatérale est prolongée par la jurisprudence⁵⁵⁵ puis, parachevée par l'ordonnance du 10 février 2016, avec l'introduction de l'article 1224 du Code civil. La réforme du droit des contrats semble donc implicitement confirmer la validité de la clause de résiliation unilatérale. Néanmoins, dans ce changement de paradigme, il n'a pas été saisie l'occasion de clarifier le régime juridique de la clause de résiliation unilatérale, doit-elle suivre le régime juridique déterminé par la loi en matière de clause résolutoire ? Est-elle soumise à un régime juridique *ad hoc*, avec ses propres conditions ? Ou encore est-elle purement et simplement régie par la liberté contractuelle à l'exclusion de tout régime juridique spécifique ? Depuis l'ordonnance du 10 février 2016, la résolution conventionnelle, c'est-à-dire la clause résolutoire, est devenue au même titre que la résolution unilatérale et judiciaire une sanction distincte, générale et de principe (sous réserve bien entendu qu'elle ait été stipulée). Or, la clause de résiliation unilatérale n'a pas fait l'objet d'une telle consécration légale, ce qui en conséquence pourrait laisser penser que cette dernière devrait désormais suivre le régime juridique de la clause résolutoire (cf. art. 1225 du Code civil). Une telle position favoriserait assurément la prévisibilité de l'application de la règle de droit et contribuerait à préserver la stabilité ou « *pérennité* »⁵⁵⁶ du lien contractuel. Mais il pourrait également être soutenu que la clause de résiliation unilatérale ne devrait pas être soumise au régime des clauses résolutoires et relèverait de la liberté contractuelle des parties en raison de l'objectif particulier poursuivi par la résiliation unilatérale qui est de ne pas contrevenir à

⁵⁵³ V. notamment : Cass. civ., 1^{ère}, 2 nov. 1994, n°92-13.669 ; Cass. civ., 1^{ère}, 16 juill. 1992, n°90-17.760 ; Cass. civ. 2 juill. 1860, D 1860, 1, 284.

⁵⁵⁴ Cass. com. 10 fév. 2009, n° 08-12.415 ; CCC 2009. Comm. 123, obs. L. L. ; RTD civ. 2009. 318, obs. B. Fages.

⁵⁵⁵ En effet, la jurisprudence amorce un alignement du critère d'appréciation de l'opportunité de la résolution unilatérale sur le modèle de la résolution judiciaire : « *Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la résiliation ne trouvait pas sa justification dans la **gravité des manquements** de la société SLH, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » (Cass. civ. 3^{ème}, 8 fév. 2018, n° 16-24.641).

⁵⁵⁶ A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, « *La pérennité contractuelle* », thèse, L.G.D.J., 2005, : « *l'impératif de pérennité contractuelle* » ou de « *la pérennité du contrat* », concept théorisé et défini par Madame Lavefve Laborderie. Selon elle, la protection de l'objectif de pérennité du contrat se traduit par « *son exécution durable et efficace, en limitant les conditions d'admission des cas de rupture du contrat.* ».

l'interdiction des engagements perpétuels⁵⁵⁷. Il reste que cette question n'est pas encore tranchée par la jurisprudence, puisque pour l'heure cette dernière ne s'est pas à notre connaissance encore prononcée sur le régime juridique applicable à la clause de résiliation unilatérale.

III. La facilitation conventionnelle de l'exercice de la réduction du prix

La clause écartant « l'acceptation » du débiteur en cas de décision du créancier de réduire unilatéralement le prix dès lors qu'il ne l'a pas payé préalablement est-elle licite ? Cette exigence posée de l' « *acceptation* » du débiteur est une retouche non négligeable réalisée par la loi n°2018-287 du 20 avril 2018 de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016. Dans sa version initiale, l'article 1223 du Code civil prévoyait qu'en cas de non-paiement du prix par le créancier, celui-ci pouvait notifier « *sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais.* ». Cependant, dans une telle situation, la loi de ratification du 20 avril 2018 ajoute l'exigence (si tant est qu'il s'agisse bien d'une exigence) supplémentaire suivante : « *L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit.* ». La question qui nous est posée est de savoir si une clause qui viendrait écarter cette disposition pourrait être considérée comme valide. La réponse à cette question dépendra du sens et de l'interprétation que l'on retiendra de cette « *acceptation* ». Nous envisagerons une interprétation littérale (A.) téléologique (B.) avant de conclure sur la licéité de la clause écartant « *l'acceptation* » prévue à l'article 1223 du Code civil (C.).

A) La première interprétation littérale de l'article 1223 du Code civil en faveur du caractère obligatoire de l' « acceptation » du débiteur

De prime abord, on pourrait considérer que l'article 1223 du Code civil pose une exigence supplémentaire, qui n'existait pas dans la version initiale du texte, lorsqu'il ajoute que « *L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit.* ». Ce qui signifie que si le créancier venait à réduire le prix payé au débiteur alors qu'il n'a pas encore effectivement acquitté tout ou partie du prix à ce dernier, il devra non seulement notifier « *sa décision de réduire le prix dans les meilleurs délais.* », ceci « *Pour éviter des manœuvres dilatoires* »⁵⁵⁸, mais aussi, obtenir « *l'acceptation* » du débiteur par écrit. D'ailleurs, à sa seule lecture, le texte semble poser une règle impérative puisque « *l'acceptation (...) doit être rédigée par écrit* ». L'objectif poursuivi par cette règle pourrait ainsi être de protéger les intérêts du débiteur ne souhaitant pas que l'inexécution que le créancier lui reproche entraîne une diminution unilatérale du prix qu'il était censé lui verser, sans intervention *a priori* du juge. L' « *acceptation* » du débiteur serait ainsi comme le

⁵⁵⁷ Par exemple, le Professeur Testu soulève le lien consubstantiel existant entre l'interdiction des engagements perpétuels et la résolution unilatérale du contrat : « *ce droit de résiliation unilatérale est une prérogative d'ordre public qu'on ne peut exclure par une clause contraire. Si la faculté de résiliation, en effet, n'existait pas, le contrat à durée indéterminée contreviendrait à l'interdiction des engagements perpétuels formulée à l'article 1780 du Code civil* » (F.X. TESTU, « *Contrats d'affaires* », Dalloz Référence, éd. 2010 -2011, n° 103.46.).

⁵⁵⁸ Travaux préparatoires de la loi du 10 avril 2018 : propos de M. S. HOULIE, rapporteur, sur l'art. 9, Assemblée nationale XV^e législature, session ordinaire de 2017-2018, compte rendu intégral séance du lundi 11 décembre 2017.

souligne M. CORNU⁵⁵⁹ « *Le consentement d'une personne à une offre qui lui a été faite* » ou la « *Manifestation de volonté, expresse ou tacite, par laquelle une personne consolide un droit que la loi (...) lui accorde* » et serait donc assimilable à une sorte de « *consentement* » ou au moins de « *manifestation de volonté* » du débiteur. Cette interprétation de l'article 1223 du Code civil reviendrait à adopter une vision « *contractualisée* » de la réduction du prix étant parachevée par la conclusion d'un « *contrat de réduction du prix* » entre le créancier et le débiteur. Ce contrat serait précédé par la formulation d'une offre de réduction du prix émanant du créancier, qui devra, le cas échéant, être acceptée par le débiteur. En faveur du caractère obligatoire de l'« *acceptation* », on pourrait également ajouter que si les retouches opérées par la loi du 20 avril 2018 sont pour la plupart interprétatives⁵⁶⁰ (elles s'appliquent ainsi de manière rétroactive, notamment, parce que ces modifications ne modifient pas de façon substantielle les dispositions concernées), il en va autrement de la modification réalisée à l'article 1223 du Code civil applicable à compter du 1^{er} octobre 2018 (donc non rétroactive). De ce fait, il pourrait être soutenu que le législateur considère l'ajout de l'« *acceptation* » du débiteur comme substantiel et donc marquant ainsi une rupture avec le caractère unilatéral initialement reconnu à la réduction du prix. Si l'« *acceptation* » du débiteur occupe désormais une place importante au sein de l'article 1223 du Code civil, il reste à savoir si l'« *acceptation* » du débiteur, qui doit être rédigée par écrit, est une règle posée *ad probationem*, *ad validitatem* ou même *ad opposabilitatem*.

A vrai dire, la rédaction est quelque peu déroutante, car elle emploie une formule impérative caractéristique des contrats solennels à l'instar du nantissement de créance lequel « *doit être conclu par écrit* » (art. 2356 C. civ.). Néanmoins, à défaut de précision de la mention « *à peine de nullité* » et compte tenu de l'usage tautologique de la formule « *rédigée par écrit* » (en lieu et place de « *conclu par écrit* », ce qui suggère moins une condition de validité qu'une obligation à des fins de preuve), l'« *acceptation* » du débiteur devrait être une formalité posée à des fins probatoires. Même si cette règle de l'« *acceptation* » n'est pas une condition de validité de la mise en œuvre de la réduction du prix, elle constitue un moyen privilégié pour démontrer la preuve de l'« *acceptation* » du débiteur. Mais alors dans ce cas s'il s'agit d'une simple formalité probatoire, on ne comprend pas le caractère obligatoire que le texte lui consacre, il aurait dû s'agir d'une faculté, d'une possibilité pour le créancier d'obtenir l'acceptation du débiteur, à défaut, il aurait dû alors prouver par tout moyen cette acceptation. L'idée de la consécration d'une formalité *ad probationem* n'emporte donc pas la conviction. Une autre proposition pourrait également être d'analyser l'« *acceptation* » comme une condition *ad opposabilitatem* de la réduction du prix. Un parallèle peut être opéré entre le « *contrat de réduction du prix* » et deux autres contrats, la « *cession de contrat* » (1216 et s. C. civ.) et la cession de créance (1321 et s. C. civ.). En effet, l'usage du terme « *acceptation* » peut être rapproché de l'« *acceptation* » du débiteur cédé employée naguère par l'ancien article 1690 du Code civil s'agissant de la cession de créance. S'agissant de la cession de contrat, elle est opposable *erga omnes* au débiteur cédé dès lors qu'elle a fait l'objet d'un accord par écrit entre les parties. Or, dans sa première version issue de la loi du 20 avril 2018, l'article 1223 du Code civil était rédigé ainsi : « *L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit et met définitivement fin à la contestation.* »⁵⁶¹. L'idée initiale du législateur en ajoutant l'« *acceptation* » du débiteur, était de rendre définitivement opposable la réduction du prix au débiteur en l'empêchant de pouvoir saisir le juge de toute contestation. La réduction du prix

⁵⁵⁹ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, p. 9, « *acceptation* ».

⁵⁶⁰ Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, art. 16. I. (soit les articles 1112, 1143, 1165, 1216-3, 1217, 1221, 1304-4, 1305-5, 1327-1, 1328-1, 1347-6 et 1352-4 du Code civil).

⁵⁶¹ <http://www.assemblee-nationale.fr/15/ta/ta0046.asp>

serait ainsi opposable *inter partes*⁵⁶² à l'égard du débiteur, mais aussi, *erga omnes* à l'égard du juge. Même si finalement le passage « **et met définitivement fin à la contestation.** »⁵⁶³ a été tronqué dans la version définitive de l'article 1223 du Code civil, son esprit était bien de rendre opposable la réduction du prix, notamment, à l'égard du juge. Ainsi, de la même façon, on pourrait considérer que l'« *acceptation* » constitue une modalité d'opposabilité non plus *erga omnes* (le passage « **et met définitivement fin à la contestation.** »⁵⁶⁴ ayant été supprimé) mais seulement *inter partes* de la réduction du prix à l'égard du débiteur.

B) La seconde interprétation téléologique (retenue par la majorité de la doctrine)⁵⁶⁵ de l'article 1223 du Code civil en faveur du caractère facultatif de l'« *acceptation* » du débiteur

L'interprétation littérale de « *l'acceptation* » du débiteur comme une sorte de « *consentement* » obligatoire (*ad validitatem, ad probationem* ou *ad opposabilitatem*) donné par ce dernier à la décision du créancier de réduire le prix ne semble pas conforme à l'esprit de la loi du 20 avril 2018 au regard, notamment, de ses travaux préparatoires. En effet, l'« *acceptation* » ne devrait pas être comprise comme le « *consentement* » du débiteur « *nous avons prévu que le créancier notifie sa réduction du prix au débiteur, qui peut l'accepter par écrit, auquel cas la voie du juge est fermée.* »⁵⁶⁶. Dans sa première version issue de la loi du 20 avril 2018, l'article 1223 du Code civil était rédigé ainsi : « *L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit et met définitivement fin à la contestation.* »⁵⁶⁷. Cette « *acceptation* » du débiteur était donc pensée comme optionnelle, comme une simple faculté du débiteur qui pouvait librement décider d'exclure toute intervention *a posteriori* du juge. Finalement, lors de l'adoption définitive de la loi du 20 avril 2018, la dernière partie de cette disposition a été tronquée car « *priver le débiteur de tout recours judiciaire pourrait s'avérer excessif si celui-ci se voyait contraint d'accepter une réduction du prix, notamment en raison de difficultés financières importantes, ce qui emporterait une nouvelle inégalité contractuelle* »⁵⁶⁸. On comprend cette suppression car le fait d'exclure définitivement la possibilité de saisir le juge en cas de contestation par une simple « *acceptation* » n'aurait guère de sens. En effet, à l'instar de la jurisprudence rendue en matière de renonciation à l'action résolution judiciaire⁵⁶⁹, la clause de renonciation à saisir le juge en contestation de la réduction du prix devrait être « *rédigée de manière claire,*

⁵⁶² En effet, comme le souligne Monsieur Lagarde « *l'opposabilité, si elle est souvent erga omnes, peut aussi se concevoir inter partes.* » (Xavier LAGARDE, « *Contrats et obligations - Économie, indivisibilité et interdépendance des contrats* », JCP G, n° 48, 25 nov. 2013, doctr. 1255, n°12).

⁵⁶³ <http://www.assemblee-nationale.fr/15/ta/ta0046.asp>

⁵⁶⁴ <http://www.assemblee-nationale.fr/15/ta/ta0046.asp>

⁵⁶⁵ L. LEVENEUR, « *Contrats - Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats et des obligations : des ajustements certes importants, mais pas de bouleversement* », CCC, n° 8-9, Août 2018, étude 11, n° 24 ; O. DESHAYES et T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Contrats et obligations - Ratification de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018* », JCP G, n° 18, 30 avr. 2018, doctr. 529, n°18 ; C. SIZAIRE, « *Construction - La détermination du prix dans les marchés de travaux privés après la réforme du droit des contrats* », Construction - Urbanisme n° 2, fév. 2019, étude 17, n° 35 à 39.

⁵⁶⁶ Travaux préparatoires de la loi du 10 avril 2018 : propos de M. S. HOULIE, rapporteur, Assemblée nationale XV^e législature, session ordinaire de 2017-2018, compte rendu intégral séance du lundi 11 décembre 2017.

⁵⁶⁷ <http://www.assemblee-nationale.fr/15/ta/ta0046.asp>

⁵⁶⁸ Travaux préparatoires de la loi du 10 avril 2018 : propos de M. S. HOULIE, rapporteur, Assemblée nationale XV^e législature, session ordinaire de 2017-2018, compte rendu intégral, troisième séance du jeudi 15 février 2018.

⁵⁶⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 3 nov. 2011, n° 10-26.203.

précise, non ambiguë et compréhensible (...) non équivoque ». La seule « *acceptation* » du débiteur quant à la réduction du prix ne permettrait pas d'exclure l'office du juge. Partant, il semblerait alors que la notion d' « *acceptation* », adoptée de manière impropre par le législateur, aurait été confondue avec celle de transaction qui elle peut permettre de mettre fin définitivement à toute contestation en ce qu'elle termine « *une contestation née, ou prévient une contestation à naître.* » (art. 2044 Code civil). Il ressort que l' « *acceptation* » doit être appréhendée dans son sens originel, conformément à la *ratio legis* de l'article 1223 du Code civil, comme un moyen d'opposer le principe de la réduction du prix au débiteur.

Puis, l'interprétation littérale de l'article 1223 du Code civil ne serait pas non plus conforme à l'esprit de l'ordonnance du 10 février 2016 qui la concevait davantage comme un mécanisme relevant du pouvoir unilatéral du créancier. Le rapport remis au président de la République souligne de manière assez claire qu'à la différence des mécanismes de réduction du prix déjà existant en droit positif (soit, les actions estimatoires prévues en matière de garantie des vices cachés visée à l'article 1644 du Code civil ou en matière de vente immobilière en cas de contenance erronée ou de mesure erronée de plus d'un vingtième visée aux articles 1617 et 1619 du Code civil), « *l'article 1223 offre la possibilité au créancier d'une obligation imparfaitement exécutée d'accepter cette réduction sans devoir saisir le juge en diminution du prix.* ». Ledit rapport indique également que l'action visée à l'article 1223 du Code civil est « *inspirée des projets d'harmonisation européens.* » et ces derniers envisagent l'exercice de la réduction du prix de manière unilatérale dès lors que le prix n'a pas été préalablement versé par le créancier⁵⁷⁰. De même, l'ancienne écriture de l'article 1223 du Code civil sous la plume de l'ordonnance du 10 février 2016⁵⁷¹ et du projet d'ordonnance de février 2015⁵⁷² semblait reconnaître une faculté unilatérale d'agir en réduction du prix. Même s'il faut reconnaître que plus le processus législatif avançait, plus l'incertitude quant au caractère unilatéral de la réduction du prix était exponentielle en passant du projet d'ordonnance à l'ordonnance et en de l'ordonnance à la loi de ratification. En effet, le projet initial de 2015 penchait nettement en faveur d'une faculté unilatérale (« *S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision dans les meilleurs délais.* »), puis, l'ordonnance de 2016 est venue installer un doute en ajoutant que le créancier peut « *solliciter* » la réduction du prix (aux articles 1217 et 1223 du Code civil). Enfin, si la loi de 2018 avait tenté d'apporter un palliatif en remplaçant le terme « *solliciter* » par « *obtenir* » à l'article 1217 du Code civil, donc en faveur de l'unilatéralisme de cette mesure, il a également ajouté à l'article 1223 du Code civil une condition importante « *L'acceptation* » du débiteur. Quoiqu'il en soit, il est clair qu'assimiler l' « *acceptation* » du débiteur à l'obtention d'un « *consentement* » viendrait paralyser, voire même neutraliser, toute possibilité d'exercer l'action en réduction unilatérale du prix dès lors que le prix n'a pas encore été payé par le créancier (à moins d'en convenir conventionnellement). C'est en ce sens que selon la formule du Professeur CHENEDE « *La réduction du prix en cas d'inexécution imparfaite est tout à la fois l'innovation la plus marquante, la plus maladroite, et peut-être la plus inutile* » de la section du Code civil relative à l'inexécution du contrat⁵⁷³.

Ensuite, l'obtention de l' « *acceptation* » du débiteur comme condition *sine qua non* de l'efficacité de la réduction du prix, reviendrait à renier à la réduction du prix sa qualité de

⁵⁷⁰ V. art. 113, Code européen des contrats ; art. 9 :401 ; les principes du droit européen des contrats ; art. 120, proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente.

⁵⁷¹ Ord. n°2016-13110 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, art. 2 : « *Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix.* ».

⁵⁷² Projet d'ordonnance 25 févr. 2015 portant réforme du droit des contrats, art. 1223 : « *S'il n'a pas encore payé, le créancier notifie sa décision dans les meilleurs délais.* ».

⁵⁷³ F. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2016, Dalloz, n° 28.131.

« sanction ». En effet, le Vocabulaire juridique du Doyen CORNU⁵⁷⁴ définit la sanction comme « *tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation* ». Il est ainsi donné pour exemple, le fait que « *l'action en justice ouverte au titulaire d'un droit est la sanction de ce droit* ». Or, le respect et l'exécution d'un droit ou d'une obligation n'auront d'effectivité que s'ils sont réellement opposables. Un créancier ne devrait donc pouvoir opposer le respect et l'exécution de ses droits et obligations au contrat à l'encontre de son débiteur que s'il existe une forme de « *moyen de pression* », de « *contrainte* » ou de « *dissuasion* ». En ce sens, dans son étymologie, le mot « *sanction* » vient du latin *sanctio* (à l'infinitif de *sancire*) qui signifie « *établir une loi* », ce qui fait ressortir sa vocation contraignante et punitive. Puis, c'est également cette conception des sanctions contractuelles comme un « *moyens de pression* » qui distingue le droit français civiliste par rapport à la *Common law* : « *Approche morale pour celui-ci [le droit français] qui veut sanctionner un fautif, approche économique pour ceux-là [la Common law] qui recherchent des solutions à l'inexécution - des remedies.* »⁵⁷⁵. Plus précisément, « *la notion de « remède » désigne l'ensemble des conséquences de l'inexécution envisagées du point de vue du créancier lésé. (...) il s'agit de l'ensemble des moyens tendant à assurer la satisfaction du créancier en cas de refus d'exécution ou d'exécution défectueuse du contrat. En revanche, le terme ne fait pas partie du langage conceptuel français. (...) parce que la question des effets de l'inexécution y est envisagée essentiellement sous le rapport de la **sanction** de celle-ci, c'est-à-dire du point de vue du débiteur défaillant ou fautif* »⁵⁷⁶. Or, l'article 1223 du Code civil impose l'« *acceptation* » du débiteur et fait de la réduction du prix la seule sanction contractuelle nécessitant l'assentiment du débiteur pour être mise en œuvre, si tant est qu'elle en constitue une condition d'efficacité. Si une telle interprétation de l'article commenté devait être retenue, cela aurait pour conséquence de sortir la réduction du prix du giron des « *sanctions* » pour la ranger parmi les « *remèdes* ». Pourtant, le fait que l'article 1217 du Code civil énumère l'ensemble des sanctions contractuelles relatives à l'inexécution du contrat, en incluant la réduction du prix⁵⁷⁷ et qualifie expressément ces dernières de « *sanctions* » milite en faveur du maintien de la conception française civiliste considérant les sanctions contractuelles comme des « *moyens de pression* » ou « *contraintes* » pesant sur la tête du débiteur. Partant, l'interprétation téléologique de l'article 1223 du Code civil devrait l'emporter sur son interprétation littérale, faisant malencontreusement fût de sa qualification de « *sanction* » contractuelle. En outre, on peut également noter qu'il y a un certain paradoxe à exiger de la part du contractant auquel est reproché l'inexécution (le débiteur) de donner son « *acceptation* » à la mise en œuvre d'une mesure qui vient précisément le sanctionner. Initialement, que ce soit le projet d'ordonnance ou l'ordonnance du 10 février 2016, il était prévu que ce soit le créancier qui « *accepte* » de réduire le prix du contrat. Et cela était logique, car le créancier a à sa disposition un panel de sanctions visées à l'article 1217 du Code civil en cas d'inexécution du débiteur et peut au lieu d'agir en résolution ou en exécution forcée du contrat, accepter de mettre en œuvre une sanction intermédiaire, empruntant en partie à ces deux dernières, la réduction du prix. Enfin, alors que certains présentaient la réduction du prix comme « *une innovation majeure de la réforme du droit des contrats.* »⁵⁷⁸, voir comme « *l'innovation la plus importante de la réforme de 2016* »⁵⁷⁹, si un

⁵⁷⁴ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, p. 943, « *sanction* ».

⁵⁷⁵ G. LARDEUX, « *Plaidoyer pour un droit contractuel efficace* », Recueil Dalloz 2006 p. 1406.

⁵⁷⁶ S. LEGAC-PECH, « *Vers un droit des remèdes* », LPA, 4 déc. 2007, n° PA200724202, p. 7 ; V. également : Y.-M. LAITHIER, « *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat* », thèse, L.G.D.J., 2004, préf. par H. MUIR-WATT ; F. COLLART DUTILLEUL et C. COULON (dir.), « *Le renouveau des sanctions contractuelles* », coll. Études juridiques, Economica 2007.

⁵⁷⁷ Art. 1217 C. civ. : « *La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut (...) obtenir une réduction du prix* ».

⁵⁷⁸ C. LACHIEZE, « *Droit des contrats* », 4^{ème} éd., ellipses, n°582.

accord sur le principe de la réduction convenue entre les parties devait être recherché, l'article 1223 du Code civil ne modifierait en rien le droit positif. En effet, la recherche d'un accord sur la réduction du prix était déjà pratiquée par la jurisprudence antérieure⁵⁸⁰ et n'est rien d'autre que l'application du *mutuus dissensus* visé à l'article 1193 du Code civil⁵⁸¹.

Somme toute, il en résulte que deux interprétations de l'« *acceptation* » du débiteur se confrontent, la première littérale (la concevant comme une obligation) et la seconde téléologique (la concevant comme une faculté ou une possibilité). Si les deux interprétations peuvent être soutenues, il est clair que la seconde serait celle qui donnerait à l'article 1223 du Code civil sa véritable raison d'être et son sens. Si d'aventure la première interprétation devait l'emporter, elle ne devrait pas avoir pour conséquence d'invalider la régularité de la mise en œuvre de la réduction du prix. Tout au plus, elle devrait simplement permettre au débiteur s'il amène l'affaire devant le juge de contester à la fois le principe même de la réduction ainsi que son ampleur et ses conséquences. Par ailleurs, on ne peut pas écarter non plus l'hypothèse où les juges ignoreraient purement et simplement cette acceptation du débiteur, laquelle ressemblerait à une omission des parlementaires ayant certes supprimé le passage « *met définitivement fin à la contestation* » mais sans en faire autant pour le passage « *l'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit* », de sorte que la réduction unilatérale du prix pourrait être mise en œuvre sans aucun égard pour la seconde phrase du 1^{er} alinéa de l'article 1223 du Code civil. Mais il est encore possible de séquencer l'acte de notification et d'acceptation de la réduction du prix⁵⁸². Le premier serait un acte « *constitutif* », il ferait « *naître les droits spécifiques que produit la sanction (ici la libération partielle).* » alors que le second constitue un acte « *abdcatif* » emportant renonciation à « *contester devant le juge* » cette réduction du prix ainsi qu'à « *reconnaître tant l'inexécution que le caractère proportionné de la réduction opérée par le créancier* ». Ainsi, l'acceptation serait un acte abdcatif valant renonciation à contester le bien-fondé de la réduction opérée devant un juge, celle-ci serait précaire et facultative en ce qu'à tout moment son auteur pourrait revenir sur cette renonciation (contrairement à la transaction). Selon nous, c'est l'interprétation que l'on devrait retenir de l'acceptation prévue à l'article 1223 du Code civil. Néanmoins, la succession de ces deux actes unilatéraux (la notification et l'acceptation) ne pourrait constituer une transaction⁵⁸³, la transaction et la renonciation n'étant pas des notions identiques puisque « *la transaction est synallagmatique, tandis que la renonciation est unilatérale.* »⁵⁸⁴. Par conséquent, l'acceptation de réduction du prix offerte par le débiteur ne constituerait pas véritablement un obstacle juridique à ce que ce dernier puisse en contester le principe et les conséquences en justice, seule la transaction ayant cet effet.

C) La licéité de la clause évinçant « l'acceptation » prévue à l'article 1223 du Code civil

⁵⁷⁹ A. BENABENT, « *Droit des obligations* », 16^{ème} éd., L.G.D.J., 2017, n°378.

⁵⁸⁰ Cass. com. 10 oct. 1989, n° 87-16.334 ; Cass. com. 22 juin 1993, n° 91-17.169 ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996, n° 94-13.239.

⁵⁸¹ « *Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise.* »

⁵⁸² O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 563.

⁵⁸³ V. en ce sens : O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 563, v. sous la note 417.

⁵⁸⁴ L. THIBIERGE, « *Transaction* », Rép. dr. civ. (Dalloz), oct. 2020, n°60.

La licéité de la clause écartant « l'acceptation » du débiteur en cas de décision du créancier de réduire unilatéralement le prix. Par conséquent, la licéité de la stipulation d'une clause écartant l' « *acceptation* » pourrait être douteuse dans la mesure où la finalité poursuivie par cette dernière n'est pour l'heure pas certaine. Toutefois, l'interprétation qui devrait selon nous être la plus conforme à lettre de l'article 1223 du Code civil serait de considérer l' « *acceptation* » comme une formalité *ad opposabilitatem*. En effet, si la considérer comme une formalité *ad probationem* aurait permis de rendre à la réduction du prix son efficacité économique, elle ne paraît pas conforme à l'intention du législateur. Comme rappelé précédemment, la volonté du législateur dans le cadre des travaux préparatoires de la loi du 20 avril 2018 était que « *L'acceptation* » du débiteur qui « *doit être rédigée par écrit (...) met définitivement fin à la contestation.* »⁵⁸⁵, c'est-à-dire que la réduction du prix soit opposable *erga omnes* à l'égard du juge et corrélativement que le débiteur ne puisse saisir le juge en contestation de cette mesure⁵⁸⁶. Les discussions dans le cadre des travaux préparatoires ne font donc pas d'allusions à une supposée finalité probatoire. Il pourrait ainsi être proposé de prévoir une clause dans le contrat initial conclu entre le créancier et le débiteur prévoyant qu'en cas de décision du créancier de mettre en œuvre la réduction du prix et dès lors qu'il ne s'est pas acquitté préalablement du prix, le débiteur « *accepte* » par avance et de manière anticipée la décision du créancier. On pourrait également proposer, à titre de solution dégradée, une clause considérant que le silence gardé par le débiteur à l'issue d'un délai déterminé, alors que la réduction du prix lui est notifié par le créancier, présume son consentement à ladite mesure. Tout d'abord, cette clause stipulée antérieurement au jour où la décision de réduire le prix est effectivement prise reviendrait à stipuler une condition suspensive où l'acceptation du débiteur se réalise dès lors que le créancier notifie à ce dernier sa décision de réduire unilatéralement le prix en cas d'exécution imparfaite du contrat. Or, cette condition n'est pas potestative dans la mesure où le débiteur peut ne pas en être le seul bénéficiaire (le créancier également), et en tout état de cause, cette dernière ne dépend pas « *de la seule volonté du débiteur* » mais aussi de celle du créancier (art. 1304-2 du Code civil). Puis, cette clause devrait être reconnue comme valable sur le modèle de l' « *accord* » exigé en matière de cession de contrats, constituant à l'instar de l' « *acceptation* », une formalité *ad opposabilitatem*. On pourrait ainsi comparer cette dernière avec l' « *accord* » requis entre le créancier (cédant) et le débiteur (cessionnaire) en matière d'opposabilité de la cession de contrat (art. 1216 et s. C. civ.) au contractant cédé. Or, la jurisprudence a eu une interprétation assez libérale de cet « *accord* », la jurisprudence antérieure avait jugé que cet « *accord* » pouvait être donné par avance par le débiteur cédé⁵⁸⁷, solution désormais consacrée par l'article 1216 du Code civil. De même, la jurisprudence estimait que l' « *accord* » pouvait également être seulement tacite⁵⁸⁸, par exemple, en cas de continuation du contrat entre le contractant cédé et le cessionnaire. On pourrait alors penser que l' « *acceptation* » anticipée ou tacite du débiteur pourrait être admise par la jurisprudence dans la mesure où il s'agit également d'une formalité d'opposabilité. Enfin, il en résulte que si l' « *acceptation* » serait une formalité *ad opposabilitatem* alors le fait de ne pas la respecter donne droit au débiteur d'ignorer la réduction du prix mise en œuvre par le créancier. Le débiteur pourrait alors agir réclamer en justice le remboursement de la créance soustraite indûment par le créancier. En revanche, si l' « *acceptation* » est donnée de manière anticipée ou tacitement par le débiteur, le débiteur ne pourrait se prévaloir de son ignorance de la mesure de réduction du prix puisqu'il y a consenti en amont dans le cadre du contrat initial

⁵⁸⁵ <http://www.assemblee-nationale.fr/15/ta/ta0046.asp>

⁵⁸⁶ Travaux préparatoires de la loi du 10 avril 2018 : propos de M. S. HOULIE, rapporteur, Assemblée nationale XV^e législature, session ordinaire de 2017-2018, compte rendu intégral, troisième séance du jeudi 15 février 2018.

⁵⁸⁷ Cass. com., 6 mai 1997 n° 94-16.335 et n°95-10.252.

⁵⁸⁸ Cass. com. 14 sept. 2010, n° 09-13.508 ; Cass. com. 28 avr. 2004, n° 00-22.354.

avec le créancier. Une telle clause permettrait alors de juguler le risque de contestation de la mise en œuvre de la réduction du prix par le créancier.

PARAGRAPHE II : L'illicéité de la clause d'aménagement des modalités impératives des sanctions contractuelles

A présent, il sera démontré que les clauses facilitant l'exécution forcée en nature directe (I.) et indirecte (II.) sont illicites puisqu'elle se heurtent à la réserve restrictive de l'abus de droit. Enfin, la ligne de démarcation entre le licite et l'illicite étant moins saillante s'agissant de l'action en réduction du prix (art. 1223 C. civ.), les quelques cas où certaines dispositions de l'article 1223 du Code civil pourraient rendre illicite la clause de facilitation (III.).

I. La facilitation conventionnelle de l'exercice de l'exécution forcée en nature directe

La traditionnelle absence de prise en compte de la théorie de l'abus de droit en matière d'exécution forcée en nature. L'absence d'application de la théorie de l'abus de droit en matière d'exécution forcée en nature, dans des cas où celle-ci aurait pu être admise, a longtemps perduré en jurisprudence. Ce n'est qu'avec l'ordonnance du 10 février 2016 et les récentes évolutions jurisprudentielles que l'exercice abusif de l'exécution forcée en nature finira par s'imposer. Initialement, la jurisprudence antérieure à la réforme du droit des contrats ne tenait pas compte de l'abus de droit en matière d'exécution forcée en nature, les seules limites encadrant l'exécution forcée étaient matérialisées par trois cas d'impossibilités : l'impossibilité matérielle, juridique et morale. Or, un parallèle important existe s'agissant de l'évolution de la jurisprudence en matière d'exécution forcée en nature (découlant de la responsabilité contractuelle) et de réparation en nature (découlant de la responsabilité délictuelle). En matière d'exécution forcée en nature, l'exécution forcée des dispositions contractuelles a parfois été admise en ordonnant la démolition-reconstruction alors que « *le niveau de la construction présentait une insuffisance de 0, 33 mètre par rapport aux stipulations contractuelles* »⁵⁸⁹. Bien que la mise en œuvre de cette mesure d'exécution paraît aussi inutile pour le créancier qu'excessivement périlleuse et onéreuse pour le débiteur, « *la Cour de cassation refusait mordicus de tenir compte des conséquences financières, fussent-elles exorbitantes de l'exécution imposée au débiteur* »⁵⁹⁰. Notons toutefois que la Cour de cassation avait pu se référer dans son dispositif au caractère « *disproportionné* » de l'exécution forcée en nature⁵⁹¹ sans pour autant refuser au créancier cette mesure en se fondant sur ce motif. Il s'agit ici de soustraire de l'appréciation du juge la possibilité d'écarter

⁵⁸⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2005, n° 03-21.136.

⁵⁹⁰ D. MAZEAUD, « *L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats* », D. 2016. P.2477, n°12.

⁵⁹¹ Cass. civ. 3^{ème}, 21 janv. 2016, n° 15-10.566 « *la réalisation de l'extension contrevenant aux dispositions de l'article 15 du cahier des charges constituait pour M. X... un trouble manifestement illicite et que la démolition de la totalité de l'extension devait être ordonnée pour faire cesser le trouble subi, une telle mesure poursuivant le but légitime d'assurer le respect du cahier des charges régissant les droits des colotis et n'apparaissant pas disproportionnée eu égard à la gravité de l'atteinte causée par l'extension litigieuse* ».

une mesure d'exécution forcée en nature disproportionnée. En matière de réparation en nature, il est constant que la défense du droit de propriété (par l'action en empiètement) est insusceptible de dégénérer en abus de droit⁵⁹². La Cour de cassation⁵⁹³ a derechef confirmé cette jurisprudence au visa de l'article 545 du Code civil et affirme que les juges du fond ne peuvent pas tenir compte du caractère « *disproportionné* » d'une mesure de réparation en nature (en démolition). En effet, la Cour d'appel de Bastia avait écarté la demande d'exécution forcée estimant que « *la démolition des éléments de la toiture est disproportionnée* ». La Cour Régulatrice casse cet arrêt au motif que « *en statuant ainsi, par des motifs inopérants, alors que les consorts X... étaient en droit d'obtenir la démolition de la partie du toit empiétant sur leur propriété, la cour d'appel a violé le texte susvisé (article 545 du Code civil)* ». En somme, sous l'empire de cette jurisprudence, qu'il s'agisse de l'exécution forcée en nature ou de la réparation en nature, aucune éviction de la mesure demandée, pourtant disproportionnée, n'était permise. Cette évolution similaire de la jurisprudence n'est pas étonnante dans la mesure où bien que l'exécution forcée en nature ne relève pas de la responsabilité civile⁵⁹⁴ (mais de la responsabilité contractuelle), elle a, comme l'empiètement, vocation à protéger le droit de propriété du créancier portant sur une créance de nature contractuelle⁵⁹⁵. En effet, les jurisprudences rendues sur l'étendue de l'exercice de la réparation en nature (en matière d'empiètement) et d'exécution forcée en nature sont semblables car toutes deux visent à protéger le droit de propriété, qu'il soit corporel pour l'empiètement ou incorporel pour l'exécution forcée en nature. En revanche, le titulaire de ce droit de propriété n'est pas le même, en cas d'empiètement, c'est la victime de l'atteinte à ce droit qui est titulaire de la réparation en nature alors qu'en matière d'exécution forcée en nature, c'est le créancier qui a subi l'inexécution du contrat garantissant la protection de sa créance qui en est titulaire. Puis, la raison de l'absence de prise en compte de l'abus de droit en matière de réparation en nature et d'exécution forcée en nature n'est pas la même. En effet, l'abus de droit ne pouvait être établi concernant la réparation en nature car le droit de propriété qu'elle protégeait était traditionnellement qualifié de « *discrétaire* » (c'est-à-dire insusceptible de contrôle judiciaire)⁵⁹⁶. Alors que s'agissant de l'exécution forcée en nature, la raison de l'absence de prise en compte de son exercice abusif était intimement liée à la primauté traditionnelle qui lui était reconnue par la doctrine⁵⁹⁷ et la jurisprudence⁵⁹⁸ sur le

⁵⁹² Cass. civ. 3^{ème}, 7 juin 1990, n°88-16.277 ; Cass. civ. 3^{ème}, 7 nov. 1990, n° 88-18.601 ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 juin 2011, n°10-20.337 ; Cass. civ. 3^{ème}, 30 oct. 2013, n°12-22.169 ; Cass. civ. 3^{ème}, 13 janv. 2015, n°13-17.339.

⁵⁹³ Cass. civ. 3^{ème}, 10 nov. 2016, n° 15-19.561.

⁵⁹⁴ En effet, la jurisprudence rattache la réparation en nature à la responsabilité civile pour faute, V. par exemple : Cass. civ. 3^{ème}, 5 oct. 2017, n°16-21.243 ; Cass. civ. 3^{ème}, 10 nov. 1992, n° 90-19.944. Cela implique notamment qu'à la différence de la responsabilité contractuelle, la responsabilité civile délictuelle revêt un caractère d'ordre public, mais uniquement s'agissant de la responsabilité civile pour faute (V. notamment : Cass. civ. 2^{ème}, 17 fév. 1955, n°55-02.810 : « *sont nulles les clauses d'exonération ou d'atténuation de responsabilité en matière délictuelle, les articles 1382 et 1383 du Code Civil étant d'ordre public* ») et non de responsabilité sans faute (Req. 31 Nov. 1931).

⁵⁹⁵ La jurisprudence de la CEDH (CEDH, 12 juillet 2001, Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c/ Allemagne) considère les créances comme des biens et donc admet qu'elles fassent l'objet d'un droit de propriété.

⁵⁹⁶ P. LE TOURNEAU, « *Droit de la responsabilité et des contrats* », Chap. 2213 – Agissements fautifs dans l'exercice des droits et abus de droit, 11^{ème} éd., Dalloz, 2018-2019, 2213.19.

⁵⁹⁷ P. GROSSER, « *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification* », Thèse, 2000, n° 542 et s. ; E. DEBILY, « *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires* », Thèse, 2002, n° 15 s. ; V. LONIS-APOKOURASTOS, « *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature* », 2003, PUAM, *passim*. ; A. MIGNON-COLOMBET, « *L'exécution forcée en droit des sociétés* », 2004, LGDJ, n° 3. ; Ph. le TOURNEAU, « *Droit de la responsabilité et des contrats* », 2014, Dalloz Action, n° 2426 ; V. en sens inverse : Y.-M. LAITHIER, « *La prétendue primauté de l'exécution en nature* », RDC 2005, n° 1, p. 161.

⁵⁹⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 16 juin 2015, n°14-14.612 ; Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2005, n° 03-21.136 (sur la primauté de l'exécution forcée en nature, c'est-à-dire de l'action en démolition, lorsqu'une maison est construite en contrariété avec les stipulations contractuelles) ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 mai 2013, n°12-16.217 (sur la primauté de l'exécution forcée en nature indépendamment de la preuve de la gravité du manquement contractuel).

fondement de la force obligatoire du contrat. Or, l'exécution forcée en nature et la réparation en nature vont toutes deux connaître un infléchissement, débouchant *in fine* sur la prise en compte de l'abus de droit. S'agissant de l'exécution forcée en nature, l'ordonnance du 10 février 2016 est venue prendre le contre-pied de la jurisprudence rendue en la matière en admettant l'éventuel échec de cette sanction contractuelle si elle est « *manifestement disproportionnée* »⁵⁹⁹. Désormais, l'exécution forcée en nature est susceptible de dégénérer en « *abus de droit* »⁶⁰⁰.

S'agissant de la réparation en nature ou de l'empiètement, il est vrai que la catégorie de droits « *discrétionnaires* » est aujourd'hui en voie de disparition⁶⁰¹ (puisqu'ils restent susceptibles d'abus dans certains cas⁶⁰²), la seule chose qui resterait de leur spécificité est que l'abus serait plus difficile à caractériser⁶⁰³. Il reste qu'il est vrai que la jurisprudence relative à la réparation en nature manifeste une résistance plus tenace par rapport à l'exécution forcée en nature et les dernières décisions rendues par la Cour de cassation⁶⁰⁴ en font encore la démonstration. Mais cette résistance ne devrait plus durer longtemps. En effet, d'une part, un récent arrêt⁶⁰⁵ marque un infléchissement sans précédent de la jurisprudence constante de la Cour de cassation en refusant d'ordonner la réparation en nature de l'empiètement, celui-ci en l'espèce étant « *minime* » et le projet de réforme de la responsabilité civile prévoyant désormais que le refus de la réparation en nature est admise « *en cas d'impossibilité ou de disproportion manifeste entre son coût pour le responsable et son intérêt pour la victime* »⁶⁰⁶, ce qui constitue la reprise de l'article 1221 du Code civil en matière de responsabilité civile.

La « *disproportion manifeste* », mise en œuvre de la théorie de l'abus de droit ? Il pourrait être soutenu que la « *disproportion manifeste* », mentionnée à l'article 1221 du Code civil, est une mise en application de la théorie de l'abus de droit, comme semble l'affirmer le rapport remis au président de la République⁶⁰⁷. Pourtant, rien mis à part ce rapport n'indique si cette « *disproportion manifeste* » relève de la seule « *intention de nuire* »⁶⁰⁸ au débiteur ou de « *l'acte abusif contraire au but de l'institution, à son esprit, à sa finalité* »⁶⁰⁹ qui « *apparaît comme un moyen de résoudre des conflits entre différents usages d'un même droit* »⁶¹⁰. Ce rapport⁶¹¹ nous indique simplement, sans plus de précisions, que « *Le texte proposé s'analyse en une déclinaison de l'abus de droit, formulée de façon plus précise* ». Il revient alors d'analyser cette affirmation consistant à considérer la « *disproportion manifeste* » comme une mise en application de « *l'abus de droit* ». Classiquement, la doctrine moderne soutient que la

⁵⁹⁹ Art. 1221 C. civ.

⁶⁰⁰ 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.

⁶⁰¹ *Ibid.*

⁶⁰² Pour des illustrations de l'application de la théorie de l'abus de droit à des droits jugés « *discrétionnaires* » voir : Cass. civ. 3^{ème}, 2 févr. 2005, n°03-15.409 ; Cass. civ. 2^{ème}, 19 mai 2016, n°15-12.767 ; Cass. civ. 2^{ème}, 9 juin 2016, n° 15-20.218.

⁶⁰³ C. CARON, « *Abus de droit et droit d'auteur* », Thèse, LGDJ, 1998, n°131.

⁶⁰⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 10 nov. 2016, n°15-21.949, n°15-25.113 et n°15-19.561 ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 déc. 2016, n°16-40.240.

⁶⁰⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 5 oct. 2017, n°16-21.243.

⁶⁰⁶ Projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017, art. 1261.

⁶⁰⁷ 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 : s'agissant de la « *disproportion manifeste* » : « *Le texte proposé s'analyse en une déclinaison de l'abus de droit, formulée de façon plus précise, pour encadrer l'appréciation du juge et offrir une sécurité juridique accrue.* »

⁶⁰⁸ G. RIPERT, « *Abus ou relativité des droits* », Rev. crit. Lég. et jur. 1929, 33 spéc. p. 62.

⁶⁰⁹ L. JOSSERAND, « *De l'esprit des droits et de leur relativité (Théorie dite de l'abus de droit)* », 2^e éd., 1939.

⁶¹⁰ Ph. Le TOURNEAU et J. JULIEN, « *Agissements fautifs* », Dalloz Action, Droit de la responsabilité et des contrats, Œuvre collective sous la direction de Ph. Le TOURNEAU, Chap. 1, 2014.

⁶¹¹ 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.

clause d'exclusion de la « *disproportion manifeste* » pourrait se heurter à l'abus de droit en raison du fait que ce dernier « *canalise l'exercice des prérogatives nonobstant toute clause contraire* »⁶¹². En ce sens, le professeur MAZEAUD estime que la validité d'une clause écartant l'exception de « *disproportion manifeste* » se heurte à un obstacle, « *celui-ci nous paraît infranchissable, celui de la réserve d'abus dont l'exception (de « disproportion manifeste ») nous semble être une expression ; on voit mal, en effet, qu'un créancier puisse conventionnellement se ménager l'exercice abusif d'un droit dont il est titulaire* »⁶¹³. Ces auteurs évoquent l'abus de droit sans pour autant préciser ce qu'ils entendent au travers d'une telle notion, il nous faut donc en revenir à sa définition et à son contenu. Le Professeur STOFFEL-MUNCK propose de rattacher l'abus de droit à l'une de ces notions prévues par le droit positif. Selon lui, il existe une « *ambiguïté inaperçue* »⁶¹⁴ dans la manière dont JOSSERAND conçoit l'abus de droit, une double condition doit être satisfaite pour qu'il soit établi. La finalité sociale doit non seulement être dévoyée (lorsque le titulaire du droit met « *ses prérogatives au service de ses intérêts* »⁶¹⁵ et ne respecte pas la finalité sociale de son droit), mais aussi, ce dévoiement doit entrer « *en opposition avec les intérêts vitaux de la communauté* »⁶¹⁶ (il faut donc que le détournement de la finalité sociale du droit cause une atteinte effective aux intérêts sociaux). La première condition est qualifiée d'« *exercice antisocial du droit* »⁶¹⁷ alors que la seconde est qualifiée d'« *exercice simplement "déviotionniste" du droit* »⁶¹⁸. C'est la combinaison de ces deux conditions qui permet de faire sanctionner l'abus de droit en droit positif, puisque dans ce cas, il y a bien une atteinte causée à un intérêt social. Cette atteinte constituée par l'exercice « *antisocial du droit* » n'est alors rien d'autre qu'une « *appellation moderne de l'ordre public virtuel* »⁶¹⁹ ; ce dernier impliquant de rechercher les intérêts défendus (et donc la ou les finalités) par une règle de droit, il peut ainsi s'agir d'intérêt privé (on parle alors d'ordre public de protection) ou général (on parle alors d'ordre public de direction). Partant, il est donc proposé de rattacher le critère de la « *finalité sociale d'un droit* » de JOSSERAND à l'ordre public virtuel ce qui confère à l'abus de droit une réalité en droit positif. Comme expliqué plus haut, en matière contractuelle, il est possible de rattacher l'abus de droit à la bonne foi contractuelle. Ainsi, on pourrait en déduire que cet encadrement de l'exécution forcée en nature est une mise en œuvre du devoir de bonne foi (qui lui-même est une déclinaison de l'abus de droit⁶²⁰) dont la valeur est d'ordre public⁶²¹. L'intervention de la loi de ratification⁶²² semble s'y opposer puisqu'elle ajoute que le débiteur qui se prévaut de la « *disproportion manifeste* » doit être « *de bonne foi* ». Ce qui signifie que l'exigence de bonne foi ne peut être comprise dans la « *disproportion manifeste* », puisqu'elle semble en être détachée au sens de ladite loi de ratification. La « *disproportion manifeste* » est comme le standard juridique du « *manifestement excessif* », notamment connu en matière de clause pénale, le réceptacle de la réserve de l'abus de droit. Toutefois, même si nous défendons que la « *disproportion manifeste* » doit être lue comme une déclinaison de la réserve de l'abus, la lecture de l'article

⁶¹² C.PERES, *op. cit.*

⁶¹³ D. MAZEAUD, « *L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats* », D. 2016. 2477, n°13.

⁶¹⁴ P. STOFFEL-MUNCK, « *L'abus dans le contrat – essai d'une théorie* », Thèse, L.G.D.J, 2000, n°539.

⁶¹⁵ L. JOSSERAND, « *De l'esprit des droits et de leur relativité (Théorie dite de l'abus de droit)* », 2^e éd., 1939, n°237.

⁶¹⁶ L. JOSSERAND, « *De l'esprit des droits et de leur relativité (Théorie dite de l'abus de droit)* », 2^e éd., 1939, n°237.

⁶¹⁷ P. STOFFEL-MUNCK, « *L'abus dans le contrat – essai d'une théorie* », Thèse, L.G.D.J, 2000, n°542.

⁶¹⁸ P. STOFFEL-MUNCK, « *L'abus dans le contrat – essai d'une théorie* », Thèse, L.G.D.J, 2000, n°542.

⁶¹⁹ P. STOFFEL-MUNCK, « *L'abus dans le contrat – essai d'une théorie* », Thèse, L.G.D.J, 2000, n°545.

⁶²⁰ P. TOURNEAU, L. CADJET, « *Abus de droit* », Dalloz, Répertoire droit civil, juin 2015, n°81 ; P. STOFFEL-MUNCK, « *L'abus dans le contrat – essai d'une théorie* », Thèse, L.G.D.J, 2000, p.79 : « *Le succès de l'article 1134 al. 3 paraît donc établi, et sa liaison avec l'idée d'abus avérée* ».

⁶²¹ V. *supra*.

⁶²² L. n° 2018-287 du 20 avr. 2018, art. 10.

n'y fait pas clairement référence. La rédaction de l'article 1221 du Code civil exige pour écarter une demande d'exécution forcée en nature que soit démontrée « *une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier.* ». La formulation choisie par le législateur semble s'éloigner des conceptions retenues par JOSSERAND, RIPERT ou MARKOVITCH de l'abus de droit. On semble davantage entrevoir l'établissement d'un lien de parenté avec le principe de proportionnalité qu'avec l'abus de droit (nous verrons plus tard qu'aussi bien le principe de proportionnalité que la théorie de l'abus de droit peut être la notion à laquelle fait appel la « *disproportion manifeste* »). Cela dit, une conception modernisée de la théorie de l'abus de droit pourrait tout à fait s'accommoder de cette exception de « *disproportion manifeste* ». Ainsi, comme évoqué précédemment des auteurs Belges⁶²³, en reprenant la doctrine française relative à l'abus de droit, proposent trois hypothèses d'abus : lorsque le droit est exercé dans le seul but de nuire (RIPERT), lorsque l'exercice d'un droit porte un préjudice à autrui sans motif légitime (JOSSERAND) et **lorsqu'un droit peut être exercé de deux manières, présentant la même utilité, on choisit celle qui est la plus préjudiciable pour autrui ou lorsque ces deux manières d'exercer un droit, présentant la même utilité, on choisit celle qui est la plus préjudiciable pour autrui alors que l'avantage retiré de ce mode d'exercice du droit est nettement inférieur à l'inconvénient subi par autrui** (conception moderne)⁶²⁴. En conséquence, la « *disproportion manifeste* » visée à l'article 1221 du Code civil pourrait correspondre à la théorie modernisée de l'abus de droit (soit, le troisième critère précité) que semble adopter le rapport remis au président de la République dans le cadre du rapprochement établi entre la « *disproportion manifeste* » et l'abus de droit⁶²⁵. Cette intégration du critère de la proportionnalité à la qualification d'abus se ferait ainsi sur le modèle l'exercice abusif des voies d'exécution⁶²⁶. Au surplus, le critère d'appréciation de la « *disproportion manifeste* » semble se rapprocher de la méthode d'appréciation de l'abus de droit. En effet, la Cour de cassation dans une décision avait refusé d'exiger la démonstration de la gravité des manquements contractuels s'agissant de la mise en œuvre d'une mesure d'exécution forcée. A cette occasion le Professeur LAITHIER⁶²⁷ avait appelé de ses vœux la prise en compte de la théorie de l'abus de droit pour tempérer cette règle posée par la jurisprudence (soit, celle de l'absence de prise en compte de la gravité des manquements contractuels). Ce dernier plaidait pour retenir une méthode d'appréciation correspondant à la théorie de l'abus de droit, c'est-à-dire « *d'élargir le contrôle judiciaire d'opportunité de la sanction en complétant l'appréciation objective (en termes de coûts) par une appréciation subjective* »⁶²⁸. Ainsi,

⁶²³ A. STROWEL, « *« Rien ne change, tout se transforme » : réflexions sur le premier principe de la science juridique – De « l'abus de droit » au contrôle de « proportionnalité » : l'habit nouveau d'un principe immuable – Illustration par le droit d'auteur* », In : Mélanges au Professeur F. DESSEMONTET, Cedidac, 2009, p. 381 ; M. COIPEL, « *Éléments de théorie générale des contrats* », Bruxelles 1999, n° 112.

⁶²⁴ V. également les propos du Professeur Laithier reprenant la conception du droit Belge « *l'abus, si l'on s'en tient là, suppose l'existence d'une disproportion entre l'intérêt que le créancier retire de la sanction sollicitée, à laquelle il peut a priori prétendre, et la charge corrélatrice que devra supporter le débiteur si elle est effectivement prononcée* » (Y.-M. LAITHIER, « *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat* », thèse, L.G.D.J., 2004, préf. par H. MUIR-WATT, n°274).

⁶²⁵ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 : La « *disproportion manifeste* » « *vise à éviter certaines décisions jurisprudentielles très contestées : lorsque l'exécution forcée en nature est extrêmement onéreuse pour le débiteur sans que le créancier y ait vraiment intérêt, il apparaît en effet inéquitable et injustifié que celui-ci puisse l'exiger, alors qu'une condamnation à des dommages et intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate pour un prix beaucoup plus réduit.* ».

⁶²⁶ C. ANDRE, « *Le fait du créancier contractuel* », thèse, LGDJ, 2000, n°191-211.

⁶²⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 22 mai 2013, n° 12-16217, RDC 2014, n°01, p. 22, 1^{er} mars 2014, comm. Y.-M. LAITHIER : « *L'abus de droit devrait, de lege ferenda, tempérer cette règle. (...) Il serait plus judicieux, à notre avis, de réserver l'abus de droit.* ».

⁶²⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 22 mai 2013, n° 12-16217, RDC 2014, n°01, p. 22, 1^{er} mars 2014, comm. Y.-M. LAITHIER : « *Outre que la notion est familière, elle permettrait d'élargir le contrôle judiciaire d'opportunité de la sanction en complétant l'appréciation objective (en termes de coûts) par une appréciation subjective* ».

l'abus de droit permet au juge de réaliser un contrôle de l'opportunité de la sanction contractuelle demandée, fondé sur une méthode d'appréciation mixte, à la fois objective et subjective. Or, la « *disproportion manifeste* » consacrée par l'article 1221 du Code civil semble combiner une appréciation mixte, à la fois objective (au regard du « *coût pour le débiteur* »⁶²⁹) et subjective (au regard de « *son intérêt pour le créancier* »⁶³⁰). Il en résulte que l'abus de droit pourrait s'accommoder aisément de la méthode d'appréciation retenue concernant la « *disproportion manifeste* »⁶³¹.

Puis, il peut être constaté un rapprochement entre le droit à l'exécution forcée en matière de voies d'exécution et la consécration concomitante de la « *disproportion manifeste* » (art. 1221 C. civ.) et du droit à l'exécution forcée en nature en droit commun (art. 1341 C. civ.). Il apparaît en droit commun comme en droit des voies d'exécution que l'exercice abusif du droit à l'exécution du créancier est encadré pour protéger les intérêts du débiteur. Force est de constater que le droit commun des contrats évolue sur le modèle des voies d'exécution et la rédaction des nouveaux articles issus de la réforme du droit des contrats démontrent ce rapprochement. Un principe général de droit à l'exécution est reconnu au créancier, en droit commun il est consacré à l'article 1341 du Code civil de la manière suivante : « *Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi.* » ce qui n'est pas sans rappeler l'article L. 111-1 du CPCE prévoyant que « *Le créancier a droit à l'exécution de l'obligation ; il peut y contraindre le débiteur dans les conditions prévues par la loi.* ». En matière de voies d'exécution, la mise en œuvre de l'exécution en nature doit se faire « *dans les conditions prévues par la loi* » ce qui signifie que « *Le droit de l'exécution forcée relève ainsi d'un ordre public qui tend essentiellement à la protection du débiteur.* »⁶³². Ce caractère d'ordre public des dispositions du CPCE ne fait guère de doutes et protège notamment les intérêts du débiteur. C'est en raison de cette atteinte à l'ordre public que la clause de voie parée est formellement interdite en droit positif⁶³³ à l'article L. 311-3 du CPCE ce qui a fait dire à un auteur qu'« *on ne peut concevoir que le créancier agisse en exécution forcée en dehors des voies tracées par le législateur. Le caractère d'ordre public s'impose dans l'intérêt de tous, créancier et débiteurs* »⁶³⁴. Ainsi, l'évolution similaire que connaît désormais l'exécution forcée en nature laisse à penser qu'elle vise également à protéger les intérêts du débiteur contractuel. Ce dernier serait ainsi protégé par des dispositions d'ordre public sanctionnant l'exercice abusif du droit à l'exécution du créancier contractuel. De cette façon, il pourrait être soutenu que l'exercice abusif de l'exécution forcée en cas de « *disproportion manifeste* » relève d'un ordre public de protection des intérêts du débiteur.

Enfin, des exécutions inutilement onéreuses, qu'il faudra rapprocher du critère actuel de la « *disproportion manifeste* » à l'article 1221 du Code civil, ont parfois été condamnées par la Cour de cassation avant même l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016. Tout d'abord, la Cour Régulatrice avait refusé la mise en œuvre d'une mesure d'exécution forcée (soit, la démolition d'un ouvrage) en raison de son coût disproportionné, elle relève que « *la non-conformité ne rendrait pas l'immeuble impropre à sa destination et ne porterait pas sur*

⁶²⁹ Art. 1221 C. civ.

⁶³⁰ Art. 1221 C. civ.

⁶³¹ V. par exemple en faveur du caractère impératif de la « *disproportion manifeste* » : C. PERES, « *Contrats et obligations - Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats* », JCP G, n° 16, 18 avr. 2016, 454.

⁶³² F. VINCKEL, « *Droit de l'exécution. - présentation générale* », Fasc. 120, JCl. voies d'exécution, 30 mars 2013 (à jour au 5 oct. 2017), n°56.

⁶³³ Art. L. 311-3 du CPCE : « *Est nulle toute convention portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier peut faire vendre les immeubles de son débiteur en dehors des formes prescrites pour la saisie immobilière.* »

⁶³⁴ A. LEBORGNE, « *Voies d'exécution et procédures de distribution* », Dalloz 2019, 3^{ème} éd., n° 4.

des éléments déterminants du contrat. »⁶³⁵. Mais c'est surtout dans un second arrêt que la Cour de cassation s'est étendu sur la force contraignante du critère de l'exécution excessivement onéreuse. Dans cet arrêt, la mesure d'exécution forcée réclamée a été évincée par les juges en raison de l'absence de démonstration de « *préjudice* » subi par les créanciers. La première Chambre civile énonce qu'en « *l'absence de préjudice, ils (les créanciers) étaient sans intérêt à agir en exécution de la clause contractuelle, caractérisant ainsi l'abus de droit dont procédait leur demande* »⁶³⁶. La mesure d'exécution forcée concernait la mise en œuvre d'une clause de non-réinstallation, stipulée entre le vendeur d'une officine de pharmacie et des acheteurs, interdisant au vendeur d'avoir « *le droit de posséder et d'exploiter une autre officine dans un rayon de 3 kilomètres à vol d'oiseau du siège de celle objet de la vente, et ce pendant un délai de 5 années à compter du jour de l'acte* ». Cependant, « la « *carence* » des acheteurs « *à provisionner les frais d'une expertise qu'ils avaient sollicitée* » permet de caractériser l'absence de préjudice pour les créanciers et celle-ci caractérise « *ainsi l'abus de droit dont procédait leur demande* ». Or, cette référence expresse à l'abus de droit démontre la volonté de la Cour de cassation d'écarter les mesures d'exécution forcée excessivement onéreuses. Seulement, à l'époque où cette décision a été rendue, le courant prétorien majoritaire statuait en faveur de l'impossibilité pour l'exécution forcée en nature de dégénérer en abus, cette dernière constituait donc une décision isolée. Aujourd'hui, l'article 1221 du Code civil prévoit désormais que l'exécution forcée peut être écartée en cas de « *disproportion manifeste* », codifiant ainsi l'impossibilité pour le créancier de recourir à une exécution excessivement onéreuse. Par conséquent, on peut donc soutenir que cette « *disproportion manifeste* » devrait faire l'objet d'une appréciation judiciaire similaire à celle adoptée dans l'arrêt du 19 novembre 1996 précité, c'est-à-dire en la rapprochant de la théorie de l'abus de droit, dont la vocation est d'ordre public⁶³⁷. Partant, la clause qui aurait pour objet d'écarter la « *disproportion manifeste* » et donc de prévoir une exécution forcée « *coûte que coûte* »⁶³⁸ pourrait tomber sous le coup de l'abus de droit. L'appréciation du critère de la « *disproportion manifeste* » devrait être réalisée de manière restrictive, en ce sens, le rapport remis au président de la République explique l'objectif poursuivi par ce critère qui est d'« *éviter certaines décisions jurisprudentielles très contestées : lorsque l'exécution forcée en nature est extrêmement onéreuse pour le débiteur sans que le créancier y ait vraiment intérêt* ». Ainsi, seules devraient être concernées les situations où la mise en œuvre de l'exécution forcée en nature est particulièrement injustifiée ou inique, à l'instar des affaires dans lesquelles le créancier avait demandé la démolition-reconstruction d'une maison pour une « *insuffisance de 0, 33 mètre par rapport aux stipulations contractuelles* »⁶³⁹ ou d'une piscine « *qui comprenait trois marches au lieu des quatre prévues au marché* »⁶⁴⁰. Compte tenu du caractère restrictif que devrait recevoir l'application de la « *disproportion manifeste* », la clause consistant à régler une mesure d'exécution forcée en recourant à un tiers dans les conditions visées à l'article 1222 du Code civil ne serait pas d'une plus grande aide, cette mesure d'exécution forcée indirecte étant elle soumise à la démonstration du « *coût raisonnable* » de la mesure. Ce qui ici ne serait pas le cas, si en effet une mesure d'exécution forcée directe est susceptible d'être manifestement disproportionnée au regard de son coût

⁶³⁵ Cass. civ., 3^{ème}, 11 mai 2005, n° 03-21.136.

⁶³⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 19 nov. 1996, n° 02-15.910.

⁶³⁷ P. STOFFEL-MUNCK, « *L'abus dans le contrat – essai d'une théorie* », Thèse, L.G.D.J, 2000, n°545 ; R. SALEILLES, « *De l'abus des droits* » (Rapport présenté à la 1^{ère} sous-commission de la commission de révision du Code civil, dans « Bull. Soc. d'ét. légis. » 1905), p. 326 ; R. SALEILLES, « *De la déclaration de volonté* », Paris, 1901, p. 196 ; M. MARKOVITCH, « *La théorie de l'abus des droits en droit comparé* », thèse, LGDJ, 1936, p. 185.

⁶³⁸ Expression employée sous la plume de H. BARBIER, « *Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016* », RTD civ. 2016.247, spéc. p. 253.

⁶³⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2005, n°03-21.136.

⁶⁴⁰ Cass. civ., 3^{ème}, 17 janv. 1984, n° 82-15.982.

pour le débiteur et de l'intérêt qu'elle présente pour le créancier, *a fortiori*, elle engagera très probablement un coût simplement « *déraisonnable* », ce critère étant moins strict que celui de la « *disproportion manifeste* ». En revanche, il est toujours possible de stipuler une clause pénale réparant par des dommages-intérêts le préjudice causé par l'inexécution et par l'impossibilité pour le créancier à pouvoir réclamer la stricte application du contrat. Toutefois, il n'est pas certain qu'une telle clause pénale puisse s'avérer particulièrement utile en cas d'exécution excessivement onéreuse. En effet, d'une part, le juge pourra toujours exercer son contrôle en cas de pénalité « *manifestement excessive ou dérisoire* » en vertu de son pouvoir de modération et d'augmentation des pénalités (1231-5, alin. 2, C. civ.). Par ailleurs, dans la situation où l'inexécution reprochée serait minime (une « *insuffisance de 0, 33 mètre par rapport aux stipulations contractuelles* »⁶⁴¹ ou une piscine « *qui comprenait trois marches au lieu des quatre prévues au marché* »⁶⁴²), le juge pourrait également décider d'office de diminuer la pénalité « *à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier* ». Il pourrait être soutenu que dans ces hypothèses citées par la jurisprudence l'exécution partielle a nécessairement procuré un intérêt pour le créancier même si celui-ci n'a pas reçu une parfaite exécution des stipulations contractuelles. Partant, il est douteux que la pénalité stipulée en cas d'exécution manifestement disproportionnée soit d'une grande efficacité pour le créancier, ni même réellement dissuasive pour le débiteur. On verra toutefois que la stipulation d'une telle clause pénale présente une plus grande utilité en matière d'exécution forcée indirecte (art. 1222 C. civ.). En revanche, en cas d'inexécution minime, le créancier serait bien avisé de se prévaloir de la réduction du prix (art. 1223 C. civ.) dont le critère de l'« *exécution imparfaite* » est suffisamment souple pour englober un cas d'inexécution minime. Dans cette hypothèse soit le créancier a déjà payé le prix et il devra alors demander au juge de prononcer la réduction du prix soit il n'a pas encore payé tout ou partie du prix et peut notifier « *dans les meilleurs délais* » au débiteur sa décision de réduire le prix de « *manière proportionnelle* ». Si la « *disproportion manifeste* » ne devrait pas pouvoir être écartée directement, il reste loisible aux parties de stipuler une clause d'intention⁶⁴³ dont l'objet serait de manifester l'importance pour le créancier du recours à la sanction de l'exécution forcée directe concernant le respect des obligations contractuelles du débiteur. Même s'il n'est pas certain qu'une telle clause ait une incidence forte sur l'office du juge, elle pourrait avoir au mieux un effet incitatif et inviterait le juge à adopter une appréciation davantage restrictive de la « *disproportion manifeste* ».

L'exécution « impossible », mise en œuvre de la théorie de l'abus de droit ?

Traditionnellement, la jurisprudence reconnaît que l'exécution forcée en nature peut être demandée indépendamment de la gravité du manquement contractuel⁶⁴⁴, il suffit qu'elle soit possible⁶⁴⁵. Les juges ont donc consacré trois cas d'impossibilité d'ordre matériel⁶⁴⁶, juridique⁶⁴⁷ et moral⁶⁴⁸ résultant d'une interprétation « *restrictive* »⁶⁴⁹ de l'ancien article 1142

⁶⁴¹ Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2005, n°03-21.136.

⁶⁴² Cass. civ., 3^{ème}, 17 janv. 1984, n° 82-15.982.

⁶⁴³ V. en ce sens : M. MEKKI, « *Fiche pratique : l'exécution forcée « en nature », sauf si...* », Gaz. pal. 5 juill. 2016, n°25, p. 15, n°13.

⁶⁴⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 22 mai 2013, 12-16.217.

⁶⁴⁵ Cass. civ., 3^{ème}, 21 mars 2019, n° 17-28.768 ; Cass. civ. 3^{ème}, 30 nov. 2017, n° 15-23.188 ; Cass. civ. 3^{ème}, 19 févr. 1970, n° 68-13.866.

⁶⁴⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} avr. 2009, n° 08-15.929 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 déc. 1986, n° 85-15.160 ; Cass. com. 5 oct. 1993, n° 90-21.146.

⁶⁴⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 27 nov. 2008, n° 07-11.282.

⁶⁴⁸ Req. 14 mars 1900, *Whistler*, D. P. 1900. 1. 497, note M. Planiol.

⁶⁴⁹ Publication sur le site de la Cour de cassation : https://www.courdecassation.fr/publications_26/tude_annuelle_8869/r_normatif_9039/r_normatif_9040/partie_1_elaboration_norme_9041/titre_2_perfectionnement_norme_9043/chapitre_1_amelioration_contenu_40729.htm

du Code civil (« *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur.* »). L'ordonnance du 10 février 2016 consacre selon une codification à droit constant ces cas d'impossibilité à l'article 1221 du Code civil en écartant l'exécution forcée « *si cette exécution est impossible* », ce que souligne le rapport remis au président de la République⁶⁵⁰ en ces termes « *L'ordonnance retient les exceptions consacrées par la jurisprudence : l'exécution forcée en nature ne peut être ordonnée en cas d'impossibilité (matérielle, juridique ou morale, en particulier si elle porte atteinte aux libertés individuelles du débiteur)* ». Mais il est vrai que l'ordonnance ne reprend pas expressément les impossibilités matérielles, juridiques et morales consacrées par la jurisprudence, probablement pour ne pas être excessivement prescriptive quant aux cas d'impossibilité pouvant être reconnus à l'avenir. Parmi ces cas d'impossibilité, il y a tout d'abord l'impossibilité matérielle, lorsque la mesure d'exécution forcée est physiquement impossible (par exemple, en cas d'impossibilité de satisfaire à l'obligation de délivrance d'un modèle spécifique de car du fait de l'arrêt de la fabrication de ce modèle⁶⁵¹). Il y a ensuite l'impossibilité juridique lorsque l'exécution forcée est confrontée à un obstacle d'ordre juridique (par exemple, il peut s'agir d'un obstacle d'ordre législatif⁶⁵², administratif⁶⁵³ ou judiciaire⁶⁵⁴). Enfin, il y a impossibilité morale lorsqu'une atteinte à la liberté individuelle du débiteur, en raison du caractère éminemment personnel de l'obligation en cause, impliquant une contrainte ou « *violence* »⁶⁵⁵ sur sa personne⁶⁵⁶ (par exemple, lorsqu'un peintre refuse d'exécuter un tableau en dépit de la convention qu'il a signé⁶⁵⁷). On comprend donc que l'impossibilité morale « *est sans doute celle qui laisse au juge la plus grande marge d'appréciation* »⁶⁵⁸. En effet, au-delà de l'emblématique affaire *Whistler*⁶⁵⁹, la jurisprudence a pu mobiliser ce cas d'impossibilité morale pour exclure la mise en œuvre de la mesure d'exécution forcée dans une variété de situations, notamment, concernant l'obligation de cohabitation entre époux⁶⁶⁰, *l'affectio societatis* unissant les associés⁶⁶¹ ou encore la liberté de

⁶⁵⁰ Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016

⁶⁵¹ Cass. com. 5 Oct. 1993, n° 90-21.146.

⁶⁵² C. com., art. L. 620-1 et s.

⁶⁵³ Il a été jugé qu'une décision administrative peut faire obstacle à l'exécution forcée, Voir : CE 30 nov. 1923, req. n° 38284

⁶⁵⁴ Au regard des pouvoirs reconnus au juge d'accorder des délais de grâce « *compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier* » prévus par l'article 1343-5 du Code civil.

⁶⁵⁵ R. DRAGU, « *De l'exécution en nature des Contrats* », thèse, Paris : Domat-Montchrestien F. Loviton & Cie, 1936, p. 58.

⁶⁵⁶ Req., 20 oct. 1936, DH 1936, p. 555.

⁶⁵⁷ Dragu (R. DRAGU, « *De l'exécution en nature des Contrats* », thèse, Paris : Domat-Montchrestien F. Loviton & Cie, 1936, p. 58-59) avait pu étayer et illustrer cette hypothèse en s'appuyant sur une série de jurisprudences anciennes datant de la fin du XIX^{ème} siècle (CA Paris 4 juill. 1865 : D. P. 65.2.201 ; CA Paris 2 déc. 1897 : D. P. 98.2.465, arrêt confirmé par la Chambre civile du 14 mars 1900 : D. P. 1900.1.497), il pouvait ainsi affirmer que « *Quant à l'obligation de faire, de peindre un tableau, il ne peut être question de forcer le peintre à l'exécuter, car ce serait employer la violence, et même si on l'employait, on n'aboutirait jamais, en raison de la nature toute particulière de l'engagement, à forcer le peintre à prendre ses pinceaux.* » et « *Il en est de même pour l'artiste dramatique qui refuse de paraître sur scène ; on ne peut s'emparer de lui et le forcer à jouer* » (CA Paris, 3 mars 1855 : D. P. 56.2.71).

⁶⁵⁸ V. FORTI, « *Exécution forcée en nature* », Rép. droit civil, oct. 2016, n°64 et s.

⁶⁵⁹ Req. 14 Mars 1900, *Whistler*, DP 1900. 1. 497, note M. Planiol.

⁶⁶⁰ V. sur l'impossibilité de mettre en œuvre une mesure d'exécution forcée en vue de faire exécuter le contrat de mariage s'agissant de l'obligation de cohabitation des époux : CA Bordeaux, 9 juin 1983 : JurisData n° 1983-042143 ; CA Aix, 22 juin 1978 : D. 1979, jurispr. p. 192, note Prévault ; TGI Paris, 18 oct. 1977 : JCP G 1978, I, 18820, note Lindon ; TGI Brest, 9 juill. 1974 : D. 1975, jurispr. p. 418 ; CA Paris, 2 juin 1973 : D. 1973, jurispr. p. 524.

⁶⁶¹ V. sur l'impossibilité de demander l'exécution forcée d'une promesse de contrat de société en raison de *l'affectio societatis* unissant les associés : CA Colmar, 20 janv. 1931 : DH 1932, somm. p. 53.

conscience⁶⁶². Or, auparavant, les cas d'impossibilité susmentionnés étaient présentés, selon une approche positive, comme les « *conditions* » nécessaires pour mettre en œuvre une mesure d'exécution forcée en nature. Désormais, l'article 1221 du Code civil pose des « *limites* » ou « *exceptions* »⁶⁶³ au principe de l'exécution forcée, selon une approche « *négative* »⁶⁶⁴. Ce changement de paradigme semble être une incitation à l'endroit des juges à mobiliser la théorie de l'abus de droit dès lors qu'ils constatent des cas d'impossibilités de la mise en œuvre de l'exécution forcée en nature⁶⁶⁵.

II. La facilitation conventionnelle de l'exercice de l'exécution forcée indirecte (ou la faculté de remplacement)

La clause ayant pour objet d'écartier le « *coût raisonnable* »⁶⁶⁶ est-elle licite ou couverte par la réserve de l'abus ? L'exécution forcée en nature auprès d'un tiers, aussi appelé dans le domaine de la vente commerciale la faculté de remplacement, permet au créancier de « *faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci.* ». Outre des modalités formelles (la « *mise en demeure* » et le « *délai raisonnable* »), l'article 1222 du Code civil exige que la mesure d'exécution forcée indirecte soit réalisée pour un « *coût raisonnable(s)* ». Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, cette mesure était prévue par l'ancien article 1144 du Code civil : « *Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur.* ». La différence majeure avec l'article 1222 du Code civil est qu'une autorisation judiciaire n'est plus nécessaire pour permettre au créancier de « *faire exécuter lui-même l'obligation* ». En revanche, celle-ci l'est toujours lorsqu'il s'agit de « *détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci.* », même s'il est vrai que par le passé le remplacement extra-judiciaire n'était pas inconnu du droit positif⁶⁶⁷. Si certains auteurs ont pu affirmer la portée supplétive du « *coût raisonnable* »⁶⁶⁸, nous verrons qu'il existe un certain nombre d'arguments laissant penser que ce critère devrait être marqué par le sceau de l'ordre public.

⁶⁶² V. sur l'impossibilité de mettre en œuvre une mesure d'exécution forcée en vue de l'exécution de la convention de *strip-tease* : TGI Paris, 8 nov. 1973 : D. 1975, jurispr. p. 401, note Puech.

⁶⁶³ 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.

⁶⁶⁴ V. FORTI, « *Exécution forcée en nature* » – Rép. droit civil, oct. 2016, n°62.

⁶⁶⁵ C'est également la position défendue par le Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, concernant l'article 1221 du Code civil : « *Le texte proposé s'analyse en une déclinaison de l'abus de droit, formulée de façon plus précise, pour encadrer l'appréciation du juge et offrir une sécurité juridique accrue.* »

⁶⁶⁶ Le Professeur Aynès proposait aussi dans le même sens une clause visant à « *assumer sans limite de montant les conséquences financières d'une exécution par un tiers, qui est la conséquence de sa propre défaillance* » (A. AYNES, « *Accroissement du pouvoir de la volonté individuelle* », in *L'inexécution des contrats*, Dr. et patr. juin 2016. 49, spéc. p. 50.).

⁶⁶⁷ F. LABARTHE, « *Contrats et obligations - Droit des obligations* », chron. sous la dir. de J. GHESTIN, JCP, éd. gén., n° 12, 22 Mars 2006, doct. 123, n°14 ; V. par exemple : Cass. civ., 3^{ème} 12 juin 2001, n° 99-21.127 ; Cass. civ., 3^{ème} 22 nov. 1995, n° 93-19.692 ; Cass. civ., 2 juill. 1945 : D. 1946, p. 7.

⁶⁶⁸ V. par exemple en faveur du caractère supplétif : A AYNES, « *Accroissement du pouvoir de la volonté individuelle* », Dr. et patr., n°259, 1^{er} juin 2016. selon lequel « *on ne voit pas pour quelle raison le débiteur ne pourrait pas accepter d'assumer sans limite de montant les conséquences financières d'une exécution par un tiers, qui est la conséquence de sa propre défaillance* »

Tout d'abord, la jurisprudence exigeait que la faculté de remplacement respecte une mise en demeure ainsi que l'obtention d'une autorisation judiciaire préalable⁶⁶⁹, même si la question du caractère alternatif de ces deux exigences était discutée en doctrine⁶⁷⁰ en raison de jurisprudences minoritaires rendues en ce sens⁶⁷¹. Néanmoins, elle avait déjà pu juger que l'autorisation judiciaire pouvait être écartée en matière de ventes commerciales, pour des impératifs de simplicité et de rapidité⁶⁷², mais aussi, en matière civile en cas d'extrême urgence⁶⁷³. Or, la jurisprudence n'a à notre connaissance jamais écartée ou posée un tempérament au pouvoir des juges du fond d'apprécier le coût de l'exécution forcée indirecte. D'ailleurs, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Nîmes le 21 juin 2018 rappelle le pouvoir d'appréciation souverain des juges concernant la faculté de remplacement au regard de l'ancien article 1144 du Code civil consistant à « *vérifier l'opportunité contractuelle, la bonne foi de la partie qui la demande, et la proportion de la mesure à exécuter par un tiers* »⁶⁷⁴. Par conséquent, si la jurisprudence n'a pas retenue de dérogations prétoriennes s'agissant de son pouvoir d'apprécier la proportion de la mesure d'exécution forcée indirecte (ce qui inclut l'appréciation de son coût), comme elle avait pu le faire pour la « *mise en demeure* » ou « *l'autorisation judiciaire* », il serait difficile *a fortiori* d'admettre qu'à l'inverse des contractants peuvent au moyen de simples clauses écarter ce pouvoir d'appréciation judiciaire. S'il est loisible aux parties de déterminer le coût du remplacement, si celui-ci s'avère « *déraisonnable* », les juges devraient maintenir leur pouvoir de vérifier « *l'opportunité contractuelle* » de la faculté de remplacement. D'ailleurs, l'utilisation de l'adjectif « *déraisonnable* » est proche de la réserve de l'abus de droit. En effet, dans la version du projet de réforme du droit des contrats de 2009⁶⁷⁵, de l'avant-projet de réforme divulgué fin 2013⁶⁷⁶ et du projet d'ordonnance de 2015⁶⁷⁷ l'exécution forcée en nature directe pouvait être poursuivie par le créancier d'une obligation « *sauf si cette exécution est impossible ou son coût est manifestement déraisonnable.* »⁶⁷⁸. Même s'il a été finalement préféré le syntagme « *disproportion manifeste* » en lieu et place du « *manifestement déraisonnable* ». Force est de constater la proximité de leur formulation et donc portée juridique respective. De notre point de vue, l'abus plane ainsi autant au-dessus de la « *disproportion manifeste* » que du « *manifestement déraisonnable* ».

Puis, si d'aventure les juges admettaient de renoncer à leur pouvoir d'apprécier le « *coût raisonnable* » de la mesure d'exécution forcée en raison de la stipulation d'une clause en ce sens, cela reviendrait, alors qu'aucun préjudice distinct n'est démontré, à autoriser la partie qui s'en prévaut à condamner indirectement par voie conventionnelle la partie défaillante à

⁶⁶⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 23 avril 2013, n° 11-27.798 ; Cass. 3^e civ., 11 janv. 2006, n° 04-20.142 ; Cass. civ. 3^{ème}, 5 mars 1997, n°95-16.017 ; Cass. civ. 3^{ème}, 20 mars 1991, n°89-19.866 ; Cass. civ. 3^{ème}, 10 juill. 1996, n°94-19.385 ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 juin 2004, n°03-13.463

⁶⁷⁰ V. notamment sur ce point : F. LABARTHE, « *Contrats et obligations - Droit des obligations* », chron. sous la dir. de J. GHESTIN, JCP G., n° 12, 22 mars 2006, doct. 123, n° 13 à 16.

⁶⁷¹ Cass. civ., 3^{ème}, 31 oct. 2012, n° 11-18.635 ; Cass. civ., 10 juill. 1996, n° 94-19.385.

⁶⁷² Cass. com., 20 janv. 1976, n° 74-13.921 ; Cass. com., 1^{er} juin 1959 : JCP G 1959, II, 11206 ; CA Douai, 2 févr. 1892 : DP 1892, 2, p. 181 ; Cass. req., 6 janv. 1869 : S. 1869, 1, p. 309.

⁶⁷³ Cass. civ., 2 juill. 1945, RTD civ. 1946, p. 39, obs. J. CARBONNIER ; Cass. civ., 19 juill. 1950, D. 1951, somm., p. 3 ; Cass. civ., 7 déc. 1951, D. 1952, jur., p. 144.

⁶⁷⁴ CA de Nîmes, ch. com. 4, 21 juin 2018, n° 17/00418.

⁶⁷⁵ Projet de réforme du droit des contrats de mai 2009, art. 137.

⁶⁷⁶ Projet de réforme 2013, art. 129. V. notamment : D. MAINGUY, « *L'exécution forcée, du coût manifestement déraisonnable à la reconnaissance d'un droit d'option* », in « *Réforme du droit des contrats : le débat* », Dr. et patr., n° 240, 1^{er} oct. 2014.

⁶⁷⁷ Projet d'ordonnance 2015, art. 1221.

⁶⁷⁸ V. sur ce changement de terminologie : M. LAGELEE-HEYMANN, « *Le « raisonnable » dans le nouveau droit des contrats* », RDC 2018, n°3, p. 473, n°2.

des dommages et intérêts punitifs ou reviendrait à de l'enrichissement injustifié⁶⁷⁹. En effet, la mise en œuvre d'une telle mesure de remplacement « *coûte que coûte* », peu importe son coût de mise en œuvre, même déraisonnable, condamnerait la partie défaillante à payer des dommages-intérêts, sans qu'un préjudice lié au fait que l'autre partie y ait eu recours ne soit démontré. Or, si la jurisprudence⁶⁸⁰ autorisait la partie se prévalant de l'exécution forcée indirecte à réclamer un prix supplémentaire par rapport au coût de cette mesure, ce n'est qu'à la condition de prouver un préjudice lié au défaut d'exécution des obligations de la partie défaillante. Par exemple, dans le cadre d'une relation contractuelle entre acheteur et un vendeur, la Chambre commerciale avait pu admettre qu'un prix supplémentaire soit versé par le vendeur défaillant dès lors qu'il a livré une marchandise défectueuse et non-conforme aux stipulations du contrat de vente⁶⁸¹. En réalité, cette jurisprudence était tout bonnement logique puisqu'elle ne faisait que coupler deux sanctions contractuelles, complémentaires, à savoir, la faculté de remplacement et les dommages-intérêts⁶⁸². Alors que dans notre hypothèse, la validation judiciaire de l'exclusion pure et simple par voie conventionnelle de l'appréciation du « *coût raisonnable* » entraînerait *de facto* le paiement de dommages-intérêts supplémentaires, sans qu'aucun préjudice distinct ne soit prouvé. Ainsi, le « *coût* » de la mesure d'exécution serait « *raisonnable* » si celui-ci correspond strictement au préjudice causé par l'inexécution. Dans le cas contraire, cette clause combinant deux sanctions contractuelles, une mesure de remplacement et une pénalité⁶⁸³, peut être qualifiée de clause pénale, dans la mesure où elle ne nécessite pas la preuve d'un préjudice, seul suffit le manquement sanctionné par la clause pénale⁶⁸⁴. Cette clause visant à exiger du débiteur qu'il accepte sans limite le montant des conséquences financières en cas d'exercice de la faculté de remplacement ou de destruction pourrait être qualifiée d'indemnité de résiliation, laquelle a parfois fait l'objet d'une requalification en clause pénale en cas d'indemnité de résiliation disproportionnée⁶⁸⁵. Seulement, la requalification en clause pénale ne signifie pas que celle-ci est *per se* illicite. Il devrait exister une marge de manœuvre entre la constatation d'un coût « *déraisonnable* », pas nécessairement illicite, et la stipulation d'une pénalité « *manifestement*

⁶⁷⁹ D'autres auteurs considèrent également que le « *délai raisonnable* » et le « *coût raisonnable* » visés à l'article 1222 du Code civil constituent « *une référence implicite à l'obligation de limiter le dommage, telle qu'on la retrouve en filigrane dans la jurisprudence sur le remplacement dans la vente commerciale* ». (P. GROSSER, « *L'exécution forcée en nature* », AJ Contrats d'affaires – Concurrence - Distribution 2016, p.119. ; V. aussi : P. GROSSER, « *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification* », Thèse, Tome II, 2000, n°743-744.).

⁶⁸⁰ Cass. com. 15 oct. 1980 : GP 1981, pan.64 ; dans le même sens, la jurisprudence admettait également que le bénéficiaire manqué par l'acheteur ayant dû racheter à un prix plus élevé (en raison de l'augmentation des prix sur le marché entre la date d'achat initial et la date de rachat auprès d'un tiers) lorsqu'il a recouru au remplacement (Cass. com., 1^{er} juin 1959 : JCP G 1959, II, 11206).

⁶⁸¹ Cass. com. 15 oct. 1980 : GP 1981, pan.64.

⁶⁸² Désormais, l'article 1217 du Code civil dispose que « *Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter* ».

⁶⁸³ V. en ce sens : D. MAZEAUD, « *L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats* », D. 2016. 2477, n°21 : « *À la réflexion, présentée ainsi, une telle clause a l'allure d'une clause pénale ou, si l'on préfère, d'une clause forfaitaire de dommages-intérêts et elle pourrait donc comme telle être soumise au pouvoir de révision judiciaire, si le montant en question se révélait manifestement excessif.* »

⁶⁸⁴ V. notamment : Cass. civ., 3^{ème}, 4 oct. 2011, n°10-16.856 ; Cass. civ., 3^{ème}, 20 déc. 2006, n° 05-20.065 ; Cass. civ., 3^{ème}, 12 janv. 1994, 91-19.540.

⁶⁸⁵ CA, Aix-en-Provence, 2^{ème} ch., 27 avr. 2017, n° 16/10648 : « *Le paiement par la société PLASTIFRANCE de la somme de 27.598,30 euros TTC sollicitée au titre de l'indemnité de résiliation entraînerait une disproportion excessive au regard du préjudice effectivement subi par la société COMEXPOSIUM, et il convient de la réduire à la somme de 5 000 euros, par infirmation du jugement déféré.* » ; CA, Paris, Pôle 5, ch. 11, 28 juin 2013, n° 11/18595, confirmé par Cass. com., 10 mars 2015, n° 13-27.993 : « *que le paiement par la société Coeur de cible, de la somme de 83 135,58 € sollicitée au titre de l'indemnité de résiliation entraînerait une disproportion excessive mise à sa charge eu égard au préjudice effectivement subi par la société créancière* »

excessive »⁶⁸⁶, autorisant le juge à ajuster celle-ci. En conséquence, uniquement dans cette seconde hypothèse, il appert qu'un « *coût déraisonnable* » relèverait d'une limite d'ordre public. Puis, on entrevoit le contentieux à venir sur la possibilité de requalifier une telle clause en clause pénale. Cela nécessiterait de respecter l'exigence requise à l'article 1231-5 du Code civil selon lequel la clause pénale consiste à payer « *une certaine somme à titre de dommages et intérêts* », la jurisprudence⁶⁸⁷, précisant que cette somme doit être forfaitaire. La rédaction de cette clause sera donc délicate. En tout état de cause, toute ambiguïté quant à sa clarté (notamment par l'usage maladroit de certains termes, « *pénalité* », « *dommages-intérêts* ») conduira les juges à décider de sa réelle qualification, ces derniers n'étant pas tenus par une clause qui n'est pas claire et précise⁶⁸⁸. Il serait donc utile de rédiger une clause pénale accompagnant la mise en œuvre de la mesure de remplacement. Il est peu douteux qu'une clause de remplacement puisse comprendre une clause pénale conforme aux exigences susmentionnées en cas de préjudices consécutifs à l'inexécution du débiteur et ayant acculé le créancier à mettre en œuvre la mesure d'exécution forcée indirecte. En revanche, la possibilité de stipuler une clause pénale liée au préjudice même de l'inexécution ayant conduit le créancier à se prévaloir de la faculté de remplacement est plus incertaine, en particulier, depuis que l'ordonnance du 10 février 2016 a introduit l'article 1217 du Code civil disposant que « *Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter* »⁶⁸⁹. En tout état de cause, si une clause pénale est licitement stipulée, le juge pourra « *retrouver* » son pouvoir d'appréciation du « *coût raisonnable* » par le biais d'un autre critère légal qui fonde son pouvoir de modération des pénalités stipulées dès lors qu'elles sont « *manifestement excessive(s) ou dérisoire(s)* » (C. civ., art. 1231-5, alin. 2). Stipuler une telle clause peut permettre de défendre plus efficacement les intérêts du créancier, puisqu'elle permet de cantonner le pouvoir d'appréciation judiciaire concernant l'opportunité du remplacement. En effet, le critère du « *coût raisonnable* », qui manifeste un pouvoir d'appréciation assez large pour le juge concernant l'opportunité du remplacement, serait préempté, en raison de la stipulation d'une clause pénale, par le critère du caractère « *manifestement excessive ou dérisoire* » de la pénalité. Or, ce dernier critère relatif à la pénalité stipulée est plus restrictif que celui du « *coût raisonnable* » ce qui fait que l'utilité et l'efficacité de la clause pénale ne serait pas réellement atteinte. De surcroît, contrairement à l'exécution forcée directe, la possibilité pour le juge de pouvoir diminuer une pénalité « *à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier* » (art. 1231-5, alin. 3 C. civ.) ne devrait pas substantiellement remettre en cause l'intérêt de stipuler une clause pénale en matière d'exécution forcée indirecte dès lors que l'inexécution reprochée n'est pas minime. En effet, ici, à la différence de l'exécution forcée directe, le contrôle judiciaire est uniquement objectif, il ne repose que sur le contrôle de l'existence d'un « *coût raisonnable* » et non sur l'intérêt que la mesure a procurée au créancier. Or, si le coût de la mesure d'exécution forcée indirecte est effectivement « *déraisonnable* » cela ne signifie pas pour autant que l'inexécution reprochée est minime et ne présente pas un intérêt certain pour le créancier. Ainsi, la question de la diminution judiciaire de la pénalité en vertu de l'article 1231-5 alinéa 3 du Code civil se posera avec davantage d'acuité s'agissant d'une exécution forcée directe « *manifestement disproportionnée* » (cf. art. 1221 C. civ.) que d'une exécution forcée indirecte au « *coût déraisonnable* » (cf. art. 1222 C. civ.). Partant, la stipulation d'une pénalité en matière

⁶⁸⁶ Art. 1231-5, alin. 2, C. civ.

⁶⁸⁷ Cass. civ., 3^{ème}, 5 mars 1970, n° 68-13.919 ; Cass. civ., 1^{ère}, 10 oct. 1995, n° 94-11.209 ; Cass. com., 5 déc. 2018, n° 17-22.346.

⁶⁸⁸ La jurisprudence reconnaît classiquement qu'elle ne peut dénaturer les obligations résultant d'une clause claire et précise (Cass. civ., 15 avr. 1872 : DP 1872, 1, p. 176).

⁶⁸⁹ Pour plus de précisions sur cette question, V. : « *Seconde partie : les clauses ayant pour objet l'articulation des sanctions de l'inexécution du contrat.* »

d'exécution forcée indirecte peut présenter une utilité certaine dès lors qu'elle est soigneusement rédigée pour faire en sorte qu'elle ne tombe pas sous les fourches caudines du pouvoir des juges de moduler les pénalités « *manifestement excessive ou dérisoire* » (art. 1231-5, alin. 2 C. civ.).

Enfin, une analyse par analogie semble autorisée⁶⁹⁰ entre l'exécution forcée directe et indirecte, s'agissant du pouvoir judiciaire d'appréciation de l'opportunité de ces mesures. D'ailleurs, le fait que l'ordonnance du 10 février 2016 ait introduit une sous-section 2 intitulée « *L'exécution forcée en nature* », dans laquelle sont insérés les articles 1221 (sur l'exécution forcée directe) et 1222 (sur l'exécution forcée indirecte) du Code civil, milite en faveur de leur rapprochement. Ainsi, selon l'article 1221 du Code civil, le juge dispose du pouvoir d'apprécier l'opportunité de l'exécution forcée en nature directe en s'appuyant, non seulement sur son « *impossibilité* », mais surtout, sur la « *disproportion manifeste* » de cette mesure entre « *son coût pour le débiteur* » et « *son intérêt pour le créancier* ». La jurisprudence semble avoir transposé le critère de l'« *impossibilité* » concernant le remplacement judiciaire prévu par l'ancien article 1144 du Code civil. En effet, les juges avaient déjà repris, en des termes similaires, le critère de l'« *impossibilité* » par l'appréciation de l'existence d'un « *empêchement légitime* »⁶⁹¹. Dans l'arrêt du 21 décembre 2017, la Cour de cassation a « *relevé que M^{me} X disposait de l'autorisation requise depuis le 13 mai 2005 et des sommes nécessaires depuis le mois de juin 2007 et souverainement retenu qu'elle ne justifiait d'aucun **empêchement légitime** à l'exécution des travaux, la cour d'appel a pu en déduire qu'elle devait être condamnée à les réaliser sous astreinte.* ». En revanche, s'agissant de l'ancien article 1143 du Code civil qui prévoyait la possibilité pour le créancier de détruire ce qui a été fait en violation d'une obligation, le critère de l'« *impossibilité* » a été repris à l'identique par la jurisprudence⁶⁹². Celle-ci a pu admettre la mise en œuvre de la destruction de « *ce qui a été fait par contravention à l'engagement (...) dès lors que (...) aucune **impossibilité** d'exécution de la démolition n'est invoquée.* ». Somme toute, le critère de l'« *impossibilité* » semble être commun aux mesures d'exécution forcée directes et indirectes (C. civ., art. 1221 et 1222). En revanche, ces mesures d'exécution forcée détiennent également chacune des critères d'appréciation spécifiques, celui de la « *disproportion manifeste* » est réservé à l'exécution forcée directe⁶⁹³ alors que celui du « *coût raisonnable* » est réservé à l'exécution forcée indirecte. Or, comme vu précédemment, il est douteux qu'il soit possible en matière d'exécution forcée directe de déroger conventionnellement au critère de la « *disproportion manifeste* ». Si l'exécution forcée directe, sanction qui fait l'objet de la faveur traditionnelle de la doctrine, est limitée par le critère impératif de la « *disproportion manifeste* », la faculté de remplacement et de destruction, souvent envisagés comme des mesures de repli pour le créancier, à défaut d'exécution directe possible, devraient logiquement voir leur critère commun du « *coût raisonnable* » être doté du même caractère impératif. Autrement dit, si, malgré la stipulation d'une clause contraire, le juge peut contrôler

⁶⁹⁰ C. NOBLOT, « *Contrats et obligations - La clause de remplacement* », CCC, n° 3, Mars 2014, form. 3, n°1 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 8^{ème} éd., 2016, n° 881.

⁶⁹¹ Cass. civ. 3^{ème}, 21 déc. 2017, n°15-24.430.

⁶⁹² Cass. civ., 3^{ème}, 19 mai 1981, n° 79-16.605 ; V. également : Cass. civ. 3^{ème}, 20 déc. 2018, n° 17-22.467

⁶⁹³ En effet, la jurisprudence a refusé par le passé aux juges de contrôler la « *disproportion* » de la mesure d'exécution forcée indirecte (notamment la faculté de destruction). V. par exemple Cass. civ., 1^{ère}, 1^{er} mars 1965, 63-11.572 : où la Cour de cassation censure la Cour d'appel d'Aix-en-Provence s'agissant de la demande d'une mesure démolition d'une construction irrégulièrement édifée qui « *en refusant de prononcer celle-ci parce qu'elle présenterait "des inconvénients... disproportionnés avec le but à atteindre, a violé le texte ci-dessus visé* », soit, l'ancien article 1143 du Code civil. ; V. aussi plus récemment Cass. civ. 3^{ème}, 20 déc. 2018, n° 17-22.467 : statuant sur l'ancien article 1143 du Code civil et refusant de tenir compte du « *caractère disproportionné* » de la mesure de destruction. Précisons toutefois que la Cour de cassation dans son attendu écarte le critère de la « *disproportion* » car l'ordonnance du 10 février 2016 et l'article 1221 du Code civil n'étaient pas applicables aux faits de l'espèce.

a posteriori l'opportunité de la mise en œuvre de l'exécution forcée directe, on voit mal comment *a fortiori* ce dernier ne pourrait pas en faire de même s'agissant de la faculté de remplacement via l'appréciation du « *coût raisonnable* ». En ce sens, certains auteurs vont même jusqu'à affirmer que le « *coût raisonnable* » de l'article 1222 du Code civil invite à vérifier que « *le coût de la mesure ne soit pas manifestement disproportionnée à son intérêt pour le créancier qui la réclame, comme en dispose l'article 1221 à titre général.* »⁶⁹⁴. Cette interprétation repose sur une analogie entre la « *disproportion manifeste* » de l'article 1221 du Code civil et le « *coût raisonnable* » de l'article 1222 du Code civil. En effet, cette parenté entre ces deux critères procède de leur appartenance commune à la même Sous-section 2 « *l'exécution forcée en nature* » et l'article 1221 prévu par le projet d'ordonnance envisageait une formulation proche de celle de l'article 1222, en refusant l'exécution forcée en nature directe si son « *coût est manifestement déraisonnable* »⁶⁹⁵.

La clause dérogeant à l'autorisation judiciaire requise en cas de destruction de ce qui a été réalisé en contravention de l'obligation est-elle licite ? Dans la doctrine classique, l'opinion majoritaire était qu'une autorisation judiciaire s'imposait que ce soit pour réclamer la mesure visée à l'ancien article 1143 ou 1144⁶⁹⁶ du Code civil. Selon LAROMBIERE étant donné qu'on ne peut se faire justice à soi-même, qu'il s'agisse de faire exécuter soi-même l'engagement du débiteur ou de détruire ce qui a été fait en contravention de son engagement, une autorisation doit être demandée au juge « *toutes les fois du moins qu'on s'en prend à sa chose* »⁶⁹⁷. Mais il est vrai que la formulation de l'ancien article 1143 du Code civil présente une ambiguïté quant à l'obligation de demander une autorisation au juge. En effet, cet article dispose que « *le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit* » et ce dernier poursuit en posant une autorisation paraissant facultative « *et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu.* ». AUBRY et RAU proposent de lire cette disposition de la manière suivante : « *lorsqu'il est possible de détruire ce qui a été fait au mépris d'une pareille obligation, le créancier a le droit d'en exiger la suppression, et peut, à son choix, demander ou que le débiteur soit condamné à opérer cette suppression dans un délai donné, à peine de dommages-intérêts fixés par chaque jour de retard, ou bien à être autorisé à la faire effectuer aux dépens du débiteur ; le tout sans préjudice des dommages-intérêts qui pourraient lui être dus.* »⁶⁹⁸. Il en résulte que l'ancien article 1143 du Code civil n'autorise pas le créancier à détruire lui-même ce qui a été fait en violation de l'obligation du débiteur. L'option qui se présente à lui est la suivante : demander à son débiteur la destruction de ce qui a été fait en violation de son engagement (par exemple au moyen d'une mise en demeure faisant courir les dommages-intérêts moratoires) ou, à défaut d'exécution spontanée du débiteur, demander l'autorisation au juge de procéder à cette destruction. Par conséquent, sous l'empire des textes antérieurs à l'ordonnance du 10 février 2016, une autorisation judiciaire était bien requise. Aussi, se posait une autre question concernant l'étendue de la marge d'appréciation du juge dans le cadre l'autorisation qu'il donne. Les anciens articles 1143 et 1144 employaient une terminologie différente, le premier article énonçait que le créancier « *a le droit* » de demander la destruction de ce qui a été fait en contravention de l'engagement alors que le second article prévoyait que le créancier « *peut* » être autorisé à

⁶⁹⁴ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 8^{ème} éd., 2016, n° 881.

⁶⁹⁵ Avant-projet d'ordonnance de la Chancellerie du 25 février 2015.

⁶⁹⁶ V. concernant l'ancien article 1144 du Code civil : E. DEBILY, « *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires* », thèse, 2002, n° 333 ; G. BAUDRY-LACANTONERIE, L. BARDE, « *Traité théorique et pratique de droit civil* », T. I, p. 394, n°437.

⁶⁹⁷ M. L. LAROMBIERE, « *traité théorique et pratique du Code civil.* », 1885, T. I, p. 336 et 337.

⁶⁹⁸ AUBRY et RAU, « *Cours de Droit Civil Français* », T. IV, 1902, p. 67 et 68.

faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. De cette différence terminologique, AUBRY et RAU avait pu estimer que le juge devrait disposer d'un large pouvoir d'appréciation s'agissant de l'obligation de faire visée à l'ancien article 1144 du Code civil alors que ce pouvoir d'appréciation devrait s'effacer s'agissant des obligations de ne pas faire visées à l'ancien article 1143 du Code civil. En effet, le créancier dispose d'un droit absolu de demander la destruction de ce qui a été fait en contravention des engagements prévus par le contrat.⁶⁹⁹ De même, DRAGU admettait que le pouvoir d'appréciation de l'ancien article 1143 du Code civil ne pouvait appartenir qu'au juge et non au créancier⁷⁰⁰. Il est toutefois vrai que selon DEMOGUE le pouvoir d'appréciation du juge s'agissant des mesures visées aux anciens articles 1143 et 1144 du Code civil n'est pas d'ordre public et qu'il est possible d'y déroger contractuellement⁷⁰¹. Il reste que la jurisprudence rendue concernant l'ancien article 1143 du Code civil ne se cantonnait pas à allouer des dommages-intérêts au créancier mais semblait consacrer un véritable droit à la destruction de ce qui a été fait en contravention des engagements. Celle-ci n'hésitait pas à ordonner des destructions ou démolition ⁷⁰² même en cas d'empiètement « insignifiant » ⁷⁰³, d'« inconvénients disproportionnés avec le but à atteindre »⁷⁰⁴ ou d'absence de preuve du préjudice⁷⁰⁵. Mais la plénitude de ce droit semble consubstantielle à l'obtention d'une autorisation judiciaire. Ainsi « le “droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit” doit être entendu comme le droit d'obtenir du juge la condamnation à démolir ou, à défaut, l'autorisation de le faire. »⁷⁰⁶. De plus, l'autorisation requise concernant l'ancien article 1143 du Code civil semble plus impérieuse que celle requise à l'ancien article 1144 du Code civil dans la mesure où la jurisprudence n'a pas, à notre connaissance, admise la possibilité pour le créancier de détruire *manu militari* ce qui a été fait en violation de l'engagement du débiteur, sans autorisation judiciaire. Alors que, comme expliqué ci-avant, la jurisprudence avait déjà pu juger que l'autorisation judiciaire pouvait être écartée en matière de ventes commerciales pour des impératifs de simplicité et de rapidité⁷⁰⁷, mais aussi, en matière civile en cas d'extrême urgence⁷⁰⁸. De telles dérogations n'ont pas été admises s'agissant de la faculté de démolition ou destruction visée par l'ancien article 1143 du Code civil. C'est pourquoi Madame VINEY⁷⁰⁹ estimait que seule la clause de remplacement

⁶⁹⁹ AUBRY et RAU, « *Cours de Droit Civil Français* », T. IV, 1902, p. 65, note 14 et p. 67. V. pour une opinion contraire : R. DRAGU, « *De l'exécution en nature des Contrats* », thèse, Paris : Domat-Montchrestien F. Loviton & Cie, 1936, p. 75.

⁷⁰⁰ R. DRAGU, « *De l'exécution en nature des Contrats* », thèse, Paris : Domat-Montchrestien F. Loviton & Cie, 1936, p. 53.

⁷⁰¹ R. DEMOGUE, « *Traité des obligations en général* », T. VI, éd. : A. Rousseau (Paris), 1932, n° 148, p. 156 et 157 « *Une clause du contrat peut spécifier que tout travail fait en contravention à l'obligation sera détruit, ou que le créancier pourra faire exécuter ce qui n'aura pas été fait ou refaire ce qui aura été mal fait aux dépens du débiteur.* »

⁷⁰² Cass. civ. 3^{ème}, 20 déc. 2018, n° 17-22.467 ; Cass. civ., 24 sept. 2003, n° 02-12.533 ; Cass. civ., 3^{ème}, 30 sept. 1998, n° 96-19.771 ; Cass. civ., 3^{ème}, 22 mai 1997, n° 93-20.957 ; Cass. civ., 3^{ème}, 25 janv. 1995, n° 92-19.600 ; Cass. civ., 3^{ème}, 18 janv. 1972, n° 70-11.350 ; Cass. civ., 1^{ère}, 1^{er} mars 1965, 63-11.572.

⁷⁰³ Cass. civ., 3^{ème}, 18 janv. 1972, n° 70-11.350.

⁷⁰⁴ Cass. civ., 1^{ère}, 1^{er} mars 1965, 63-11.572.

⁷⁰⁵ Cass. civ., 3^{ème}, 25 janv. 1995, n° 92-19.600.

⁷⁰⁶ P. SIMLER, « *Contrat. – Inexécution du contrat. – Exécution forcée en nature* », 22 juin 2017, JCl. Fasc. unique, n° 68.

⁷⁰⁷ Cass. com., 20 janv. 1976, n° 74-13.921 ; Cass. com., 1^{er} juin 1959 : JCP G 1959, II, 11206 ; CA Douai, 2 févr. 1892 : DP 1892, 2, p. 181 ; Cass. req., 6 janv. 1869 : S. 1869, 1, p. 309.

⁷⁰⁸ Cass. civ., 2 juill. 1945, RTD civ. 1946, p. 39, obs. J. CARBONNIER ; Cass. civ., 19 juill. 1950, D. 1951, somm., p. 3 ; Cass. civ., 7 déc. 1951, D. 1952, jur., p. 144.

⁷⁰⁹ G. VINEY, « *Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français* » (partie 2), n° 26, <http://www.henricapitant.org/revue/fr/n3> : « *L'une d'elles a consisté à insérer dans certains contrats - notamment ceux qui intéressent la construction immobilière - des clauses de remplacement qui dispensent le créancier du préalable de l'autorisation judiciaire et lui permettent donc de prendre l'initiative de*

concernant l'ancien article 1144 du Code civil pouvait dispenser de l'autorisation judiciaire préalable sous réserve « *d'un recours a posteriori du débiteur* ». Un tel recours peut sembler illusoire s'agissant de la faculté de destruction en raison de ses effets potentiellement irrémédiables. Si depuis l'ordonnance du 10 février 2016 les formalités pour demander le remplacement du débiteur ont été nettement assouplies (par la suppression de l'autorisation judiciaire à l'article 1222 du Code civil), à l'inverse, il apparaît que le droit de demander la destruction de ce qui a été fait en violation d'une obligation contractuelle connaît un certain affaïssement. Si la version initiale de l'ordonnance⁷¹⁰ projetait de supprimer toute autorisation judiciaire préalable aussi bien en matière de remplacement que de destruction, suite à une flambée de critiques⁷¹¹, l'article 1222 du Code civil dans sa version finale exige que seule la faculté de destruction ait lieu « *sur autorisation préalable du juge* »⁷¹². Le résultat est que l'ancien article 1143 du Code civil a été remodelé de façon plus restrictive que l'ancien article 1144 du Code civil. Non seulement, le passage qui indiquait que le créancier « *a le droit de demander* » la destruction a été supprimé et remplacé par « *le créancier peut* », ce qui marque une forme d'atténuation de la faculté de demander la destruction pour le créancier, et une autorisation judiciaire a été maintenue uniquement pour cette faculté en des termes plus coercitifs, passant de « *il peut se faire autoriser* » à désormais « *le créancier peut aussi (...) sur autorisation préalable du juge* ». Il appert que l'affaïssement observé consiste tout à la fois en l'exigence d'une autorisation judiciaire préalable et en un cantonnement du pouvoir d'appréciation du juge, la destruction n'apparaissant plus comme un « *droit* » pour le créancier. Manifestement, cette canalisation spécifique de la faculté de destruction vise à renforcer la protection des intérêts du débiteur des éventuels abus du créancier⁷¹³ et à éviter que celui-ci se fasse justice lui-même. Comme l'illustre le Professeur GROSSER : « *il est en effet assez difficile d'imaginer le créancier d'une obligation de non-concurrence aller faire murer le fonds de commerce ouvert par le débiteur en violation de cette obligation ou le coloti aller faire détruire le mur érigé par son voisin en violation des stipulations du cahier des charges du lotissement, après une simple mise en demeure et donc sans y avoir été préalablement autorisé par un juge.* »⁷¹⁴. Puis, certains auteurs sont venus exprimer leurs incertitudes, voir même leurs doutes, quant à la validité d'une clause écartant l'autorisation judiciaire préalable concernant la faculté de destruction. Selon les Professeurs DESHAYES, GENICON et LAITHIER « *s'il est permis en théorie d'exclure toute autorisation préalable du juge (après tout, c'est ce que prévoyait l'article 1222 dans sa version initiale), c'est sous réserve que la destruction ne porte pas atteinte aux droits des tiers (dont la protection est un critère usuel de l'impérativité).* »⁷¹⁵ De manière plus affirmée, les Professeurs MALAURIE, AYNES, et STOFFEL-MUNCK, sur le fait de savoir s'il serait possible de supprimer cette

faire exécuter par un tiers dès lors que le débiteur n'a pas exécuté lui-même dans le délai indiqué. Ces clauses sont valables et efficaces, mais elles laissent évidemment subsister la possibilité d'un recours a posteriori du débiteur, qui pourra notamment contester le montant des frais mis à sa charge. »

⁷¹⁰ Projet d'ordonnance 25 févr. 2015, art. 1222. C. civ. : « *Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin.* »

⁷¹¹ M. FAURE-ABBAD, « *Article 1222 : faculté de remplacement* », p. 784, RDC, 1^{er} sept. 2015, n°03, p. 784. ; P. GROSSER, « *Observations sur l'inexécution du contrat* », LPA, 4 sept. 2015, n° 177, p. 78.

⁷¹² V. sur ce point : V. FORTI, « *Exécution forcée en nature – Régime de l'exécution forcée en nature* », Rép. dr. civ., oct. 2016 (actualisation : Mai 2018), n°101.

⁷¹³ V. en ce sens, le rapport remis au président de la République selon lequel que cette autorisation est maintenue « *compte tenu du caractère irrémédiable d'une telle destruction afin d'éviter les abus de la part du créancier.* » (Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations).

⁷¹⁴ P. GROSSER, « *Observations sur l'inexécution du contrat* », LPA, 4 sept. 2015, n° 177, p. 78.

⁷¹⁵ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2016, LexisNexis, p. 492. ; V. également D. MAZEAUD, « *L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats* », D. 2016. P.2477, n°20.

autorisation judiciaire, estiment que cela serait « *improbable et dangereux* », car une telle clause exposerait le créancier à un « *risque accru de contrôle a posteriori du juge* »⁷¹⁶. En somme, on voit mal comment une clause pourrait dispenser d'une telle autorisation judiciaire préalable, alors même que la jurisprudence n'a par le passé pas eu l'occasion (comme pour la faculté de remplacement) de poser des exceptions à celle-ci et que l'évolution de la faculté de destruction a fait l'objet d'un encadrement particulièrement renforcé destiné à protéger le débiteur.

III. La facilitation conventionnelle de l'exercice de la réduction du prix

La clause écartant l'exigence d'une « *exécution imparfaite* » pour réclamer la réduction du prix est-elle licite ? Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, un auteur⁷¹⁷ avait au sujet de la réfaction du contrat constaté que la jurisprudence appliquait ce mécanisme en cas d'inexécution « *minime* », « *non essentielle* » ou « *d'exécution insuffisante* » en s'appuyant sur la notion de délivrance conforme de la chose vendue. La première constitue une inexécution de « *petite importance* », elle peut se définir de manière objective et matérielle en cas de diminution quantitative de la livraison d'une chose (par exemple, en cas de livraison d'un vin de 13° au lieu de 15°⁷¹⁸) ou de manière subjective en cas de diminution qualitative de la chose promise. Cependant, l'auteur estime que « *c'est moins la mesure matérielle et objective de l'écart entre la chose promise et la chose livrée que l'incidence fonctionnelle de cet écart qui est prise en compte* »⁷¹⁹, l'important est que la livraison de la chose promise « *n'affecte pas l'utilité attendue du contrat* »⁷²⁰. En effet, un défaut de conformité de la chose délivrée au regard de sa qualité peut tantôt, sans égard pour la finalité du contrat, paraître de faible importance, tantôt, en tenant compte du but contractuel poursuivi par le créancier, paraître de grande importance (ce qui sera le cas en cas de défaut de conformité portant sur « *la référence, la nature, l'origine de la chose ou sa marque* »⁷²¹). C'est pourquoi, il est préférable de parler de « *contravention non essentielle* », c'est-à-dire lorsque la chose est parfaitement utilisable mais ne permet pas de satisfaire l'utilité précisément attendue par le créancier. L'« *exécution insuffisante* » quant à elle est un « *défaut d'exécution* » où le vendeur « *délivrera une quantité ou qualité inférieure à celle prévue contractuellement* »⁷²². S'agissant de l'article 1223 du Code civil, l'« *exécution imparfaite* » devrait englober les typologies d'inexécution évoquées, soit l'inexécution « *minime* », « *non essentielle* » et l'« *exécution insuffisante* ». Mais contrairement à ce que pouvait affirmer ce même auteur selon lequel « *La notion de contravention non essentielle marque le seuil au-delà duquel la réfaction n'est plus possible* »⁷²³, la lettre de l'article 1217 du Code civil semble ouvrir la voie en cas d'exécution imparfaite à l'ensemble des sanctions contractuelles de droit commun ; la partie pouvant se prévaloir de ces dernières est celle « *envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement* ». Néanmoins, la clause qui aurait pour objet d'écarter la preuve d'une « *exécution imparfaite* », permettant

⁷¹⁶ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 8^{ème} éd., 2016, n°881.

⁷¹⁷ K. ASUNCION DE LA PLANES, « *La réfaction du contrat* », thèse, L.G.D.J., 2006, n°55 à 60.

⁷¹⁸ CA Montpellier, 26 déc. 1874, D.1877. 1. P. 450.

⁷¹⁹ K. ASUNCION DE LA PLANES, « *La réfaction du contrat* », thèse, L.G.D.J., 2006, n°55 à 60.

⁷²⁰ K. ASUNCION DE LA PLANES, « *La réfaction du contrat* », thèse, L.G.D.J., 2006, n°55 à 60.

⁷²¹ K. ASUNCION DE LA PLANES, « *La réfaction du contrat* », thèse, L.G.D.J., 2006, n°55 à 60. V. également : Req. 23 mai 1900, D.P 1900. 1. P. 269.

⁷²² K. ASUNCION DE LA PLANES, « *La réfaction du contrat* », thèse, L.G.D.J., 2006, n°55 à 60.

⁷²³ K. ASUNCION DE LA PLANES, « *La réfaction du contrat* », thèse, L.G.D.J., 2006, n°59.

ainsi aux parties de se prévaloir de la réduction du prix sans même justifier d'une inexécution, pourrait remettre en cause le caractère « *déterminé ou déterminable* » du prix au contrat (art. 1163, alin. 2 C. civ.). En effet, une telle clause permettrait à un contractant de réduire unilatéralement et de manière discrétionnaire le prix initialement fixé, ce qui revient à considérer que le prix initial n'est pas déterminé, ni même déterminable au regard « *du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties.* » (art. 1163, alin. 3 C. civ.). Si le contrat principal n'est pas un contrat-cadre ou un contrat de prestation de service, une telle clause peut avoir des conséquences importantes, parce qu'elle remet en cause l'une des conditions de validité du contrat (le législateur ayant fait le choix d'insérer l'article 1163 du Code civil au sein de la « *Section 2 : la validité du contrat* »), elle pourrait aboutir au prononcé de sa nullité. En revanche, si ladite clause concerne un contrat-cadre ou un contrat de prestation de service, l'exercice de la faculté de réduction unilatérale du prix sera strictement encadré par les dispositions prévues à l'article 1164 (pour les contrats-cadres) ou 1165 (pour les contrats de prestation de services) du Code civil. S'agissant des contrats-cadres, la partie procédant à la réduction unilatérale du prix devra « *en motiver le montant* » et en cas « *d'abus dans la fixation du prix* », le juge pourra être saisi d'une « *demande tendant à obtenir des dommages et intérêts et le cas échéant la résolution du contrat* ». S'agissant des contrats de prestation de services, la partie procédant à la réduction unilatérale du prix devra « *en motiver le montant* » et « *En cas d'abus dans la fixation du prix* », le juge pourra être saisi « *d'une demande en dommages et intérêts* ». En conséquence, la stipulation d'une clause écartant la démonstration d'une « *exécution imparfaite* » ne semble pas judicieuse, dans la mesure où elle amènerait la partie qui a intérêt à se prévaloir de la réduction du prix à remettre en cause la validité du contrat même ou au mieux à devoir exercer son droit de réduction du prix dans des conditions plus contraignantes que celles prévues à l'article 1223 du Code civil. Il apparaît donc que si l'objectif poursuivi par ce type de clause ne semble pas pertinent, il serait préférable de déterminer par cette clause les types de manquements contractuels concernés par l'« *exécution imparfaite* ». Les parties seront alors bien avisées de préciser le périmètre d'application de l'article 1223 du Code civil en qualifiant l'inexécution de « *minime* » ou l'exécution d'« *insuffisante* », voire de manière plus large l'inexécution de « *non essentielle* ». Mais on pourrait également envisager un seuil de déclenchement de la réduction du prix en fonction du nombre de jours de retard de l'exécution d'une obligation ou du nombre de récurrence de l'inexécution. Si le seuil d'inexécution est particulièrement élevé, il est vrai que sur le plan pratique cela reviendrait à exclure ou à renoncer à la réduction du prix⁷²⁴, mais on ne saurait transposer cet argument sur le plan juridique car même si l'utilité pratique de cette sanction serait amoindrie, elle reste néanmoins disponible si une partie décide de s'en prévaloir. Ainsi, dans ce cas, la qualification de clause de renonciation anticipée à cette sanction contractuelle devrait être écartée. En tout état de cause, le choix de rédaction rendant plus ou moins extensif le champ d'application de l'article 1223 du Code civil devra dépendre de l'intérêt pour les parties ou pour l'une d'entre elles de se prévaloir de la réduction unilatérale du prix.

Le cas particulier de la détermination d'un montant conventionnel de réduction du prix pouvant être qualifié de clause pénale. Le Professeur BENABENT avait déjà mis en garde sur le risque de requalification en clause pénale de la clause de « *forfait de réduction* »⁷²⁵ relative au prix. Mais encore faut-il que la clause en question réponde aux critères de la clause

⁷²⁴ V. sur ce point : O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2016, LexisNexis, p. 496 (« *un seuil très élevé peut aboutir à une mise à l'écart de fait de la sanction* »).

⁷²⁵ A. BENABENT, « *Droit des obligations* », 16^e éd., 2017, Précis Domat LGDJ, n° 383. V. aussi : Y. LE MAUT, « *Remise en cause des promesses de cession de titres par leur requalification en clause pénale* », Actes pratiques et ingénierie sociétaire, n° 86, 2006, p. 1.

pénale. Selon la Cour Régulatrice, est qualifiée de clause pénale, la clause d'un contrat par laquelle « *les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée* »⁷²⁶, « *(elle) n'a pas pour objet exclusif de réparer les conséquences d'un manquement à la convention mais aussi de contraindre le débiteur à exécution* »⁷²⁷. En substance, pour être qualifiée de clause pénale, il faut que le montant de la réduction du prix réponde à deux conditions : d'une part, la fixation d'une indemnité forfaitaire et prévue à l'avance (caractère indemnitaire), et d'autre part, l'exercice d'une contrainte incitant le débiteur à s'exécuter (caractère comminatoire). Ces critères ont déjà pu être appliqués par les juges concernant des clauses de réduction forfaitaire du prix. En effet, en jurisprudence, il n'est pas rare, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, que la clause de réduction du prix ait été qualifiée de clause pénale⁷²⁸. En l'espèce, dans ces affaires, il s'agissait d' « *une clause pénale accordant une réduction de prix au client final* »⁷²⁹ sur des bons de commande, de « *la demande en réduction de prix en exécution d'une clause pénale* »⁷³⁰, ou encore d' « *une clause pénale portant réduction du prix des actions cédées* ». Dans cette hypothèse, l'exercice abusif de la réduction du prix devra alors suivre deux principales règles relatives à la clause pénale, dont la vocation est expressément d'ordre public⁷³¹, à savoir, le pouvoir pour le juge de « *modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.* »⁷³² ou lorsque l'engagement a été partiellement exécuté « *la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier* »⁷³³. Si, selon la formule sacramentelle du Doyen HAURIOU, « *le contrat représente ainsi la tentative la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision* »⁷³⁴, la clause de réduction forfaitaire du prix, dont l'objet est précisément d'anticiper et prévoir la mise en œuvre future de la réduction du prix par les parties, manquerait ici à sa finalité. La stipulation d'une telle clause, censée être valable et opposable, se verrait contrôlée étroitement par le juge sous couvert de l'application du régime juridique des clauses pénales. Dès lors qu'elles ont intérêt à ce qu'une telle clause soit efficace, les parties seraient alors bien avisées de ne pas stipuler une clause de réduction du prix répondant aux critères de qualification de la clause pénale.

SECTION II : les clauses de facilitation à l'épreuve de la proportionnalité des sanctions contractuelles

Les différents types de contrôles de proportionnalité. Il existe aujourd'hui non pas un contrôle de proportionnalité mais plusieurs contrôles de proportionnalité. En droit public, il est classiquement reconnu au moins deux degrés de contrôles⁷³⁵ : le contrôle « *restreint* »⁷³⁶ et

⁷²⁶ Cass Civ. 1^{ère}, 10 oct.. 1995, n° 94-11.209.

⁷²⁷ Cass. Com. 29 janv. 1991, n° 89-16.446.

⁷²⁸ Cass. com. 3 déc. 1996, n° 94-13.530, 94-13.558 ; Cass. civ. 3^{ème}, 7 avr. 1993, n° 91-19.427 ; CA, Versailles, 12^{ème} ch., 2^{ème} sec., 18 janv. 2007, n° 05/07423.

⁷²⁹ CA, Versailles, 12^{ème} ch., 2^{ème} sec., 18 janv. 2007, n° 05/07423.

⁷³⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 7 avr. 1993, n° 91-19.427.

⁷³¹ Art. 1231-5 al. 4 C. civ.

⁷³² Art. 1231-5 al. 2 C. civ.

⁷³³ Art. 1231-5 al. 3 C. civ.

⁷³⁴ M. HAURIOU, « *Principes de droit public* », Librairie de la société du recueil Sirey : L. Ténin, Paris, 2^{ème} éd., 1916, p.201 : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k553439/f4.image>

⁷³⁵ F. MELLERAY, « *Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation* », Dalloz, Janv. 2007, n°48 et s.

le contrôle « *entier* » ou « *normal* »⁷³⁷ de proportionnalité (un troisième degré de contrôle est parfois avancé, le contrôle « *maximum* » de proportionnalité⁷³⁸). De façon similaire, le droit privé connaît également différents types de contrôles de proportionnalité importés du droit public. A titre liminaire, il convient de distinguer l'approche purement « *mathématique* » et l'approche « *finaliste* » du contrôle de proportionnalité⁷³⁹. La première est le fruit d'un rapport ou calcul mathématique, selon Madame BEHAR-TOUCHAIS, elle renvoie à ce qui est « *proportionnel* »⁷⁴⁰ à l'instar du pourcentage de la TVA⁷⁴¹. Dans cette hypothèse, le juge n'opère pas un contrôle d'opportunité, il ne fait pas un usage ample de son pouvoir d'appréciation, en particulier, du caractère approprié des moyens mis en œuvre pour parvenir à un but donné. En revanche, la seconde résulte d'une appréciation « *impliquant une adéquation des moyens utilisés au but poursuivi* »⁷⁴², placé sous le « *signe de la juste mesure, de l'adéquation, voire de la modération* »⁷⁴³. Le contrôle de proportionnalité mis en œuvre par les juges ne présente donc un réel intérêt que lorsqu'il est « *finalisé* » et octroi une marge d'appréciation en opportunité au pouvoir judiciaire, de sorte que l'appréciation d'un rapport mathématique, d'une proportion, ne « *paraît pas correspondre à l'essence du principe de proportionnalité* »⁷⁴⁴. Au sein de cette conception « *finalisée* », le droit privé a progressivement distingué deux types de contrôles de proportionnalité. Le premier contrôle se rapproche du contrôle « *restreint* » de proportionnalité connu en droit public où « *le contrôle y est explicitement réduit aux seules disproportions manifestes* »⁷⁴⁵. Pour satisfaire à ce

⁷³⁶ J. BERTHOUD, « *Contentieux de la fonction publique* », JCl. Administratif, 2 mars 2004, (dernière mise à jour : 19 juill. 2016), n°88 : « *Le contrôle de l'appréciation des faits portée par l'administration se limite à l'erreur manifeste d'appréciation* » ; GOESEL-LE BIHAN, « *Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale* », LPA 5 mars 2009, n° 46, p. 62 : « *le contrôle y est explicitement réduit aux seules disproportions manifestes* ».

⁷³⁷ J. BERTHOUD, « *Contentieux de la fonction publique* », JCl. Administratif, 2 mars 2004, (dernière mise à jour : 19 juill. 2016) n° 89 : « *Le contrôle est dit "entier" ou normal lorsque le juge substitue sa propre appréciation et la qualification des faits qui en résulte à celles retenues par l'administration.* ». A la différence du contrôle « *restreint* », le contrôle « *entier* » met en balance les droits et libertés fondamentaux en présence. V. aussi sur la distinction du degré de contrôle exercé entre le contrôle « *restreint* » et le contrôle « *entier* » de proportionnalité : V. GOESEL-LE BIHAN, « *Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale* », LPA 5 mars 2009, n° 46, p. 62.

⁷³⁸ GOESEL-LE BIHAN, « *Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale* », LPA 5 mars 2009, n° 46, p. 62. : « *lorsqu'il est maximal (si tant est que cette distinction entier/maximal ait un sens), c'est-à-dire lorsque le Conseil exige qu'une atteinte soit « strictement nécessaire » à la satisfaction de l'objectif poursuivi, ce qui est le cas depuis 2001 dans certaines hypothèses (lorsque sont en cause le principe d'égalité de traitement des candidats à un marché public ou le droit de suffrage).* ».

⁷³⁹ V. sur cette distinction : M. BEHAR-TOUCHAIS, « *Existe-t-il un principe de proportionnalité ?* », Rapport introductif, LPA, 30 Sept. 1998.

⁷⁴⁰ P. PUIG, « *Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires* », LPA, 5 Mars 2009, n°4 : « *Cette proportionnalité arithmétique est souvent présentée comme étrangère au principe et au contrôle de proportionnalité. Elle renvoie, nous dit-on, à ce qui est proportionnel — simple rapport mathématique entre deux données — et non à ce qui est proportionné — impliquant une adéquation des moyens utilisés au but poursuivi.* ». V. aussi : M. BEHAR-TOUCHAIS, « *Existe-t-il un principe de proportionnalité ?* », Rapport introductif, LPA, 30 Sept. 1998, n°6.

⁷⁴¹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « *Existe-t-il un principe de proportionnalité ?* », Rapport introductif, LPA, 30 Sept. 1998, n°9 : « *Dans ces hypothèses, la notion de proportionnalité n'est pas en elle-même le principe explicatif, en ce sens que ce n'est pas l'exigence de proportionnalité qui explique la règle. La proportion n'est pas recherchée pour elle-même, et elle ne permet en aucun cas d'aboutir à une juste mesure. Si le contrat était déséquilibré au départ, il le sera toujours à l'arrivée.* ».

⁷⁴² P. PUIG, « *Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires* », LPA, 5 Mars 2009, n°4.

⁷⁴³ M. BEHAR-TOUCHAIS, « *Existe-t-il un principe de proportionnalité ?* », Rapport introductif, LPA, 30 sept. 1998, n° 6.

⁷⁴⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, « *Existe-t-il un principe de proportionnalité ?* », Rapport introductif, LPA, 30 sept. 1998, n° 6.

⁷⁴⁵ GOESEL-LE BIHAN, « *Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale* », LPA 5 mars 2009, n° 46, p. 62.

dernier, il suffit d'opérer un simple contrôle de l'absence de « *disproportion flagrante des mesures prises* »⁷⁴⁶, ce qui renvoie à ce que certains nomment une « *approche utilitariste* »⁷⁴⁷ de la proportionnalité. Le second type de contrôle est un contrôle plus « *précis de la proportionnalité* » où elle « *prend la forme d'un bilan coût-avantages ou d'un bilan coût-efficacité* »⁷⁴⁸, il requiert de mettre « *alors en balance les intérêts que la mesure permet de préserver, et ceux auxquels elle porte atteinte. La mesure n'est légale que si ce bilan est positif* »⁷⁴⁹. Cette « *approche en termes de valeur* »⁷⁵⁰ vise à mettre en œuvre le « *test* » des trois étapes (nécessité – adéquation – proportionnalité) et se rapproche de ce qu'il convient de nommer le contrôle « *entier* » de proportionnalité en droit public.

La réception et le rayonnement du principe de proportionnalité en droit privé français.

La doctrine privatiste fait bien souvent la promotion du principe de proportionnalité⁷⁵¹, évoquant parfois le concept de proportionnalité « *privatisée* »⁷⁵². Celle-ci a fait une apparition remarquée en matière de clauses de non-concurrence⁷⁵³, de cautionnement⁷⁵⁴ ou même pour certains⁷⁵⁵ lorsqu'elle réduit un engagement sur le fondement de la fausse cause partielle⁷⁵⁶. L'essor de ce principe est particulièrement notable en droit français depuis que la Cour de cassation a officiellement manifesté sa volonté de prendre en compte le principe de proportionnalité dans la motivation de ses décisions⁷⁵⁷. L'objectif poursuivi par la Cour Régulatrice est de se rapprocher du principe de proportionnalité insufflé par la CEDH. A cette fin, M. FULCHIRON⁷⁵⁸ avait montré la méthodologie à suivre pour s'assurer que les juges ont correctement pris en compte le principe de proportionnalité⁷⁵⁹. Plus encore, la CEDH ne

⁷⁴⁶ M. BEHAR-TOUCHAIS, « *Existe-t-il un principe de proportionnalité ?* », Rapport introductif, LPA, 30 sept. 1998, n° 2.

⁷⁴⁷ E. JEULAND, « *Réforme de la Cour de cassation. Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité* », JCP G, 11 Janv. 2016, suppl. n° 1-2, p. 20 et s.

⁷⁴⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS, « *Existe-t-il un principe de proportionnalité ?* », Rapport introductif, LPA, 30 sept. 1998, n° 2.

⁷⁴⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « *Existe-t-il un principe de proportionnalité ?* », Rapport introductif, LPA, 30 Sept. 1998, n° 2.

⁷⁵⁰ *Op. Cit.* E. JEULAND.

⁷⁵¹ V. par exemple : M. BEHAR-TOUCHAIS, « *Existe-t-il un principe de proportionnalité ?* », Rapport introductif, LPA, 30 Sept. 1998, n°117, p. 3 ; P. NABET, « *Le principe de proportionnalité s'invite en droit des procédures collectives* », LPA, 8 avr. 2010, n°70, p. 3 ; F. GUERCHOUN, « *Le principe de proportionnalité en matière de cautionnement* », LPA 9 avr. 2004, n°72, p.12 ; S. PESENTI, « *Le principe de proportionnalité en droit des sûretés* », LPA 11 mars 2004, n°51, p. 12 ; D. MAZEAUD, « *Le principe de proportionnalité et la formation du contrat* », LPA 30 sept. 1998, n°117, p. 12 ; V. GOESEL-LE BIHAN, « *Discours introductif : les figures du contrôle de proportionnalité en droit français* », LPA 5 mars 2009, n°46, p. 5 ; P. PUIG, « *Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires* », LPA, 5 Mars 2009, n°46, p. 93.

⁷⁵² J.-P. MARGUENAUD, « *La mise en œuvre du principe de « proportionnalité privatisée » par la première chambre civile de la Cour de cassation* », RTD Civ. 2015 p.825.

⁷⁵³ Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 1999, n° 97-14.493 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 nov. 2004, n°01-17.356.

⁷⁵⁴ Cass. com. 17 juin 1997, n°95-14.105 (Macron) ; Cass. com. 8 oct. 2002, n° 99-18.619 (Nahoum) ; jurisprudence reprise (et donc avec elle l'exigence de proportionnalité) par la loi Dutreil du 1^{er} août 2003, art. L341-4 C. Conso.

⁷⁵⁵ P. PUIG, « *Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires* », LPA, 5 Mars 2009, n°9.

⁷⁵⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2003, n° 99-12.628.

⁷⁵⁷ Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de Cassation, avril 2017.

⁷⁵⁸ H. FULCHIRON, « *Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode* », D. 2017. 656.

⁷⁵⁹ Monsieur FULCHIRON propose pour respecter la méthodologie adoptée par la CEDH de se poser les quatre séries de questions suivantes :

- « *le contrôle a-t-il été effectué ? Les juges du fond ont-ils mis en place un contrôle de proportionnalité ou, si l'on ose dire, ont-ils sorti les instruments de pesée ? (...)* »
- *le contrôle a-t-il été effectivement effectué ? Les juges du fond ont-ils vraiment mis en balance les droits et intérêts en cause ou, pour parler autrement, ont-ils fait la pesée ou se sont-ils contentés de mettre en place les instruments du contrôle pour "habiller" leur décision ?*
- *le contrôle a-t-il été correctement effectué ? Les droits et intérêts mis en balance ont-ils été clairement*

pouvant imposer directement ses décisions puisque celles-ci n'interviennent qu'à titre subsidiaire, la Cour de cassation envisage *in fine* de muter vers une « *Cour nationale européenne des droits de l'homme* » ou une « *Cour Suprême* »⁷⁶⁰. La Cour de cassation irait donc jusqu'à vouloir s'auto-réformer pour d'une certaine façon se « *réapproprier sa souveraineté* » en procédant elle-même à l'exercice du contrôle de proportionnalité promu par la CEDH. C'est dire l'importance que la proportionnalité a prise officiellement par la volonté affichée de la Cour de cassation. Surtout, la jurisprudence avait déjà démontré la place de choix accordée au principe de proportionnalité en droit privé. Il a été constaté une percée patente du principe de proportionnalité en ce qu'il est à même non seulement de primer sur la volonté des parties⁷⁶¹ (ce que nous analyserons plus en détail *infra*) mais aussi d'opérer une « *neutralisation de la règle de droit* »⁷⁶², ce que certains ont même qualifié de « *légicide* »⁷⁶³. Au surplus, cette entaille à la loi infligée par la proportionnalité s'applique même en présence d'une disposition revêtant un caractère d'ordre public. On peut citer deux arrêts abondamment commentés dans lesquels on retrouve une modération ou pondération par un contrôle « *entier* » de proportionnalité de lois d'ordre public ; le premier concerne la prohibition absolue de l'inceste et le second concerne l'action en contrefaçon⁷⁶⁴.

En premier lieu, on peut citer le retentissant arrêt du 4 décembre 2013⁷⁶⁵ rendu par la Cour de Cassation et illustrant le rayonnement du principe de proportionnalité bravant l'interdit absolu de l'inceste. En l'espèce, des époux ont décidé de divorcer et suite au prononcé du divorce l'ex-épouse a décidé de se remarier avec le beau-père de son ex-époux. L'ex-époux a assigné son ex-épouse en annulation du mariage conclu avec son beau-père sur le fondement de l'article 161 du Code civil lequel interdit l'inceste. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a estimé que le mariage entre le beau-père de l'ex-époux de l'épouse et sa bru constituait un empêchement à mariage prohibé par l'inceste. Néanmoins, la Cour de cassation au visa de l'article 8 de la CEDH censure la décision rendue par les juges du fond ayant prononcé la nullité du mariage entre le beau-père et sa bru, au motif que cette décision « *revêtait, à l'égard de cette dernière, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait*

définis, s'agit-il vraiment des droits et intérêts pertinents, ont-ils été pris en compte dans leur juste dimension, ou, pour continuer à parler par image, est-ce que les bons poids ont été placés sur les plateaux de la balance ? (...)

- *le contrôle a-t-il été justement effectué ? Les conclusions que les juges du fond ont tirées de la mise en balance des droits et intérêts en cause, dans les circonstances particulières de l'espèce, sont-elles, sinon exactes (le contrôle de proportionnalité, pas plus d'ailleurs que la fonction de jurisdictio, n'est une science exacte) du moins « acceptables » compte tenu à la fois des droits et intérêts en jeu, des données de l'espèce et du contexte juridique et social dans lequel s'inscrit l'affaire ? ».*

⁷⁶⁰ F. ZENATI-CASTAING, « *La juridictionnalisation de la Cour de cassation* », RTD civ. 2016. 511 : cet auteur au sujet de la Cour de cassation explique que « *le projet qu'elle nourrit revient à se transformer en une sorte de Cour nationale européenne des droits de l'homme de dimension nationale pour préserver ou reconquérir sa souveraineté, dont il faut rappeler combien elle a été malmenée par le contrôle de conventionalité et par le contrôle de constitutionnalité* ».

⁷⁶¹ C. PERES, « *Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats* », JCP G 2016, 454 ; G. HELLERINGER, « *Les clauses du contrat* », Thèse, 2010, n°266. ; M. MEKKI, « *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* », 2004, L.G.D.J, n°774 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « *Existe-t-il un principe de proportionnalité ?* », Rapport introductif, LPA, 30 sept. 1998, n° 19 et s. ; P. PUIG, « *Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires* », LPA, 5 Mars 2009, n°9 ; H. LECUYER, « *Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat* », LPA 30 sept. 1998, n° PA199811704, p. 31.

⁷⁶² S. LE GAC-PECH, « *Le nouvel art de juger : quand la proportionnalité s'invite dans la mise en œuvre de la règle de droit* », RLDC, 2017. 48

⁷⁶³ F. ZENATI-CASTAING, « *La juridictionnalisation de la Cour de cassation* », RTD civ. 2016. 511.

⁷⁶⁴ En faveur du caractère d'ordre public de l'action en contrefaçon comme déclinaison de la responsabilité civile V. par exemple : G. BONNET et Ch. JARROSON, « *Arbitrabilité des litiges de propriété industrielle* », Colloque IRPI, p. 67.

⁷⁶⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066.

duré plus de vingt ans ». En conséquence, la Cour Régulatrice, après avoir caractérisé une ingérence disproportionnée dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée, a sacrifié la prohibition d'ordre public de l'inceste entre alliés sur l'autel de la mise en balance des droits fondamentaux en présence commandé par le principe de proportionnalité. Dans une affaire similaire concernant l'annulation d'un contrat de mariage sur le fondement de l'article 161 du Code civil, la Cour de cassation affirme derechef expressément « *Qu'il appartient toutefois au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en œuvre de ces dispositions ne porte pas au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Convention une atteinte disproportionnée au regard du but légitime poursuivi* »⁷⁶⁶.

En second lieu, un arrêt du 15 mai 2015 rendu par la Cour de cassation⁷⁶⁷ démontre encore la prééminence du principe de proportionnalité en matière d'action en contrefaçon de droit d'auteur. Dans cette affaire, un peintre avait, sans autorisation, intégré et reproduit dans son œuvre photographique d'autres œuvres photographiques. Le défendeur évoquait une atteinte à sa liberté d'expression sur le fondement de l'article 10§2 de la CEDH. La Cour d'appel a rejeté ce moyen estimant que « *les droits sur des œuvres arguées de contrefaçon ne sauraient, faute d'intérêt supérieur, l'emporter sur ceux des œuvres dont celles-ci sont dérivées* ». La Cour de cassation censure cet arrêt et reproche aux juges du fond de s'être prononcés « *sans expliquer de façon concrète en quoi la recherche d'un juste équilibre entre les droits en présence commandait la condamnation qu'elle prononçait* ». D'où il résulte que le principe de proportionnalité doit être pris en compte dans le cadre d'une action en contrefaçon, ce que la jurisprudence a confirmé postérieurement dans des affaires similaires⁷⁶⁸.

Cette montée en puissance de ce contrôle « *entier* » de proportionnalité au détriment de la loi semble lui conférer une valeur supra-légale et interroge sur sa capacité à perturber la conception traditionnelle de la hiérarchie des normes intronisée en France depuis les travaux de KELSEN⁷⁶⁹. En effet, le contrôle « *restreint* » de proportionnalité peut primer sur le contrat et peut donc avoir un rang supra-conventionnel, alors que le contrôle « *entier* » de proportionnalité peut neutraliser la loi et revêtir un rang supra-légal mais infra-constitutionnel. A ce sujet, le premier président de la Cour de cassation affirme que « *l'idée que l'application d'une loi, censée représenter la volonté générale, puisse être subordonnée à un impératif supérieur d'équilibre entre les intérêts public et privés en jeu dans un litige, évoque un jugement fondé sur l'équité qui est perçue par beaucoup comme une sorte de résurgence d'un droit naturel supralégislatif confié à la sauvegarde du juge.* »⁷⁷⁰. Dans cette perspective le contrôle « *entier* » de proportionnalité de par son rang supra-légal se rapproche de la reconnaissance que lui donne la Cour constitutionnelle allemande pour laquelle ce dernier se situe au sommet de la hiérarchie des normes, au niveau constitutionnel, depuis 1965⁷⁷¹. La prospérité du principe de proportionnalité en droit privé français, s'érigeant progressivement en « *proportionnalité conquérante* »⁷⁷², est susceptible de relativiser la hiérarchie des normes par l'entrechoquement évoqué entre l'ordre public et la proportionnalité. Ces deux notions appliquent des raisonnements qui d'un point de vue méthodologique sont foncièrement divergents à certains égards. Alors que la proportionnalité repose sur une approche casuistique, elle suppose une vérification au cas par cas et *in concreto* de la mise en balance de valeurs, l'ordre public repose sur une conception binaire, une disposition légale est ou n'est

⁷⁶⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201.

⁷⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2015, n° 13-27.391.

⁷⁶⁸ V. par exemple dans le même sens : Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 2017, n° 15-28.467 et 16-11.759.

⁷⁶⁹ H. KELSEN, « *Théorie pure du droit* », 1934.

⁷⁷⁰ Discours de B. LOUVEL, premier président de la Cour de cassation, séminaire juridique franco-israélien sur le principe de proportionnalité, 9 Nov. 2016.

⁷⁷¹ V.M. FROMONT, « *Le principe de proportionnalité* », AJDA 1995, n° spécial, p.156.

⁷⁷² M. BEHAR-TOUCHAIS, « *Construction-Urbanisme - La proportionnalité conquérante* », JCP G, n° 3, 18 Janvier 2016, 51.

pas d'ordre public. Il en résulte dans ce cas que toute dérogation contractuelle est soumise à une seule alternative : elle est soit autorisée, soit interdite. L'ordre public relève ainsi d'une « hiérarchie formelle »⁷⁷³ alors que la proportionnalité relève d'une « hiérarchie des valeurs »⁷⁷⁴. A ce sujet, M. MEKKI soutenait que « *Le déclin de la hiérarchie formelle entre les normes, dû au développement des sources, parfois hors de la hiérarchie, aux problèmes de contrôle et à l'émergence d'une hiérarchie des valeurs* »⁷⁷⁵. Cette conjecture doctrinale pourrait être soutenue sur le fondement de l'article 55 de la Constitution selon lequel « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois* ». D'une part, l'ordre public autorise les juges à « *annihiler certaines stipulations considérées comme incompatibles avec des objectifs généraux définis par le législateur* »⁷⁷⁶, il est donc une émanation de la loi, et d'autre part, le principe de proportionnalité, tel que transposé en droit français, émanerait de la CEDH du 4 novembre 1950 telle qu'interprétée par les juges européens. Aussi, il apparaît que la « loi » mentionnée à l'article 55 de la Constitution concerne à la fois la loi au sens formel ou organique (le « *texte voté par le Parlement* »⁷⁷⁷) et au sens matériel (« *toute disposition de caractère général, abstrait et permanent* »⁷⁷⁸), ce qui inclurait la jurisprudence. La règle de la primauté des traités sur la loi a donc une portée très large et ne concerne pas seulement la « loi » adoptée par le Parlement mais plus globalement toute norme législative ou *infra-législative*⁷⁷⁹. Cette immixtion du principe de proportionnalité au sein de la hiérarchie des normes paraît difficile à contenir dans la mesure où les arguments avancés pour restreindre son champ d'application sont peu efficaces, voire artificiels⁷⁸⁰. Si le principe de proportionnalité jouit d'un certain prestige et rayonnement en droit privé, il est consacré d'une façon plus modeste et occulte en droit des contrats. Il s'agit bien souvent d'un contrôle « *restreint* » de proportionnalité et non « *entier* » et ne semble pas en cette matière se heurter à l'ordre public, comme nous le verrons, il ne constitue qu'une déclinaison ou procède de ce dernier.

La force contraignante du contrôle « *restreint* » de proportionnalité consacré en droit des contrats en matière de sanctions contractuelles par l'intermédiaire de l'ordre public.

La question qui se pose est donc de savoir si les parties peuvent écarter par une clause une disposition de droit interne faisant application du principe de proportionnalité, une notion de proportionnalité qui, on le sait, est promise à un bel avenir dans le cadre de la mise en œuvre

⁷⁷³ M. MEKKI, « *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* », 2004, L.G.D.J, n°834.

⁷⁷⁴ M. MEKKI, « *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* », 2004, L.G.D.J, n°834.

⁷⁷⁵ M. MEKKI, « *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* », 2004, L.G.D.J, n°834.

⁷⁷⁶ P. TOURNEAU, L. CADIET, « *Abus de droit* », Dalloz, Rép. droit civil, juin 2015, n°85.

⁷⁷⁷ Sous la direction de G. CORNU, Association Henri Capitant « *Vocabulaire juridique* », 2018, PUF : Loi.

⁷⁷⁸ Sous la direction de G. CORNU, Association Henri Capitant « *Vocabulaire juridique* », 2018, PUF : Loi.

⁷⁷⁹ M. GAUTIER, F. MELLERAY, « *Sources internationales et hiérarchie des normes* », JCl. Administratif, Fasc. 21, 28 Avr. 2013, n°4 et 5.

⁷⁸⁰ A titre d'exemple, deux arguments pourraient ainsi être avancés : l'exigence de la présence de droits fondamentaux et la distinction entre les droits dits « *absolus* » et « *relatifs* ». Le premier argument consisterait à soutenir que le contrôle de proportionnalité doit être mis en œuvre que lorsqu'un droit fondamental est en cause (V. en ce sens : M. BEHAR-TOUCHAIS, « *Construction-Urbanisme - La proportionnalité conquérante* », JCP, éd. gén. n° 3, 18 janv. 2016, 51.) alors qu'il ressort du second que le principe de proportionnalité ne s'appliquerait qu'aux droits « *relatifs* » et serait exclu s'agissant de droits « *absolus* » ou indérogeables au sens de l'article 15§2 de la CEDH (V. en ce sens : P. CHAUVIN, « *Contrôle de proportionnalité : « Une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne* », Gaz. Pal., 6 déc. 2016 – n°43). Néanmoins, ces arguments semblent d'une application limitée dans la mesure où comme le souligne Madame BEHAR TOUCHAIS il pourrait y avoir probablement en tout texte « *un droit fondamental en embuscade* » et qu'en droit privé (et particulièrement en droit des contrats) bien souvent sont en cause des droits « *relatifs* » et non « *absolus* ».

des sanctions de l'inexécution du contrat⁷⁸¹. Il est vrai que souvent la proportionnalité s'abrite derrière certaines notions bien connues en droit interne à l'instar du « *contrôle de l'abus, de la bonne foi, de l'équité, sanction des excès, des déséquilibres ou encore du déraisonnable* »⁷⁸². Il existe aussi des cas d'application concrète de disposition reprenant une forme de contrôle « *restreint* » de proportionnalité et revêtant en même temps un caractère d'ordre public. Il s'agit, par exemple, du contrat de cautionnement qui ne peut être conclu s'il est « *manifestement disproportionné* » aux biens et revenus du débiteur⁷⁸³ ou, en matière de garantie légale de conformité, de la dérogation à l'option entre le remplacement et la réparation en cas « *coût manifestement disproportionné* » pour le vendeur⁷⁸⁴. Toutefois, il est vrai que ces deux textes sont prévus par le Code de la consommation, dont un pan important est reconnu comme étant d'ordre public⁷⁸⁵, sans nécessairement faire une référence expresse au contrôle de proportionnalité. Mais l'on peut encore citer un autre exemple, situé non pas au sein du Code de la consommation, mais du Code de l'environnement⁷⁸⁶. Ce dernier prévoit qu'en cas de manquement à l'obligation d'information en matière de terrains pollués, outre la possibilité de choisir entre la résolution de la vente et la restitution du prix, le vendeur peut aussi demander la remise en état du site aux frais du vendeur « *lorsque le coût de cette remise en état ne paraît pas disproportionné par rapport au prix de vente.* ». Or, à la différence du Code de la consommation, les dispositions du Code de l'environnement n'ont pas de vocation particulière d'ordre public. Pourtant, cette disposition relative à l'obligation de remise en état a une vocation d'ordre public reconnue par la doctrine⁷⁸⁷ et la jurisprudence⁷⁸⁸. Puis, en droit

⁷⁸¹ Ph. JESTAZ, « *Quel contrat pour demain ?* » in « *Autour du droit civil. Écrits dispersés - idées convergentes.* », Dalloz, 2005, p. 391-392.

⁷⁸² N. MOLFESSIS, « *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat* », LPA 30 sept. 1998, n° 1.

⁷⁸³ L. 332-1 C. Consommation : « *Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation.* » ; CA Paris, P. 1, ch. 1, 26 mai 2015, n° 13/13174, M. G. c/ Promoservice Italia, M. Acquaviva, prés., M^{mes} Guihal et Dallery, cons. ; M^{es} Di Vetta et Laude, av. : « *la violation par une sentence internationale des articles L-341 et suivants du Code de la consommation, qui sont d'ordre public interne, n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international.* » (en effet, il est à noter que l'article L 341-4 du Code de la consommation, suite à l'ordonnance du 14 mars 2016 n° 2016-301, a été remplacé par l'actuel article L 332-1 du Code de la consommation).

⁷⁸⁴ L. 217-9 C. Consommation : « *En cas de défaut de conformité, l'acheteur choisit entre la réparation et le remplacement du bien. Toutefois, le vendeur peut ne pas procéder selon le choix de l'acheteur si ce choix entraîne un coût manifestement disproportionné au regard de l'autre modalité, compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut. Il est alors tenu de procéder, sauf impossibilité, selon la modalité non choisie par l'acheteur.* » ; Cass. civ., 1^{ère}, 19 fév. 2014, n° 12-23.519, « *la vente avait été conclue entre un vendeur agissant au titre de son activité professionnelle et un acheteur agissant en qualité de consommateur, en sorte qu'il lui incombait de faire application, au besoin d'office, des dispositions d'ordre public relatives à la garantie légale de conformité*, la juridiction de proximité a violé les textes susvisés ».

⁷⁸⁵ Art. L. 221-29 C. conso pour les contrats conclus à distance et hors établissement, L. 222-18 C. conso pour les contrats conclus à distance portant sur des services financiers, L. 224-16 C. conso pour les contrats de fourniture d'électricité et de gaz naturel, L. 224-89 C. conso pour les contrats d'utilisation de biens à temps partagé, contrats de produit de vacances à long terme, contrat de revente et contrat d'échange, et L. 314-26 C. conso pour les contrats de crédit à la consommation et de crédit immobilier.

⁷⁸⁶ L. 514-20 C. envir. : « *Lorsqu'une installation soumise à autorisation ou à enregistrement a été exploitée sur un terrain, le vendeur de ce terrain est tenu d'en informer par écrit l'acheteur ; il l'informe également, pour autant qu'il les connaisse, des dangers ou inconvénients importants qui résultent de l'exploitation. (...) A défaut, l'acheteur a le choix de poursuivre la résolution de la vente ou de se faire restituer une partie du prix ; il peut aussi demander la remise en état du site aux frais du vendeur, lorsque le coût de cette remise en état ne paraît pas disproportionné par rapport au prix de vente.* »

⁷⁸⁷ F. LABROUSSE, « *Les actes du colloque du 23 mai 2016 sur la prévention et la gestion des risques dans la vie des affaires - Le droit des sociétés face à la prévention du risque environnemental par Françoise Labrousse* », Revue Droit & Affaires n° 13, fév. 2016, 10 ; J. LAFOND, V. ZALEWSKI-SICARD, « *Vente d'immeuble. - Obligations de garantie. - Clauses de l'acte* », JCl. Notarial Formulaire, V° Vente d'immeuble, fasc. 530, 5 juin 2014 (mis à jour le 15 mars 2017) ; G. FRIZZI, C. COULON, « *Vente. - Responsabilité du*

du travail, la jurisprudence, fait une application du principe de proportionnalité en mobilisant une disposition particulière prévue à cet effet, l'article L. 1121-1 du Code du travail, par ce biais, cette dernière restreint la liberté contractuelle par un véritable « *ordre public humaniste* »⁷⁸⁹ imprégné par le contrôle de proportionnalité. Il apparaît ainsi que dans certains cas le contrôle de proportionnalité peut être couvert par le rôle régulateur de l'ordre public. De manière indirecte, cela revient à considérer que la force contraignante du principe de proportionnalité est ici assurée sous couvert de l'ordre public. En ce sens, M. MEKKI reconnaît que le principe de proportionnalité est doté d'une force contraignante par l'entremise de l'ordre public qui « *s'impose en droit positif comme le canal privilégié par lequel les droits et les libertés fondamentaux sont juridiquement protégés.* »⁷⁹⁰. En conséquence, la force contraignante du contrôle de proportionnalité procède de la fonction d'éviction de l'ordre public qui échoit ici au contrôle de proportionnalité. Néanmoins, affirmer que l'ordre public se tient parfois en embuscade derrière le contrôle de proportionnalité ne doit pas gommer le caractère plus complexe attaché à ce que certains s'empressent d'introniser au rang de nouveau principe directeur du droit⁷⁹¹. En effet, les solutions admises sous l'empire de l'ordre public peuvent être nuancées⁷⁹² eu égard au caractère « *bilatéral* »⁷⁹³ ou à la double fonction de la proportionnalité à la fois « *validante* » et « *modératrice* »⁷⁹⁴. En effet, la proportionnalité « *validante* »⁷⁹⁵, celle qui « *libère* »⁷⁹⁶, peut « *valider* » une clause reconnue pourtant comme illicite au regard de l'ordre public alors que la proportionnalité « *modératrice* »⁷⁹⁷, celle qui « *enserme* »⁷⁹⁸, cantonne la licéité d'une clause

vendeur », JCl. Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 480, 28 Août 2015, (mis à jour le 27 Nov. 2017), n°58.

⁷⁸⁸ Cass. civ 3^{ème}, 3 nov. 2011, n° 10-14.986 et n°10-30.549 : « *Mais attendu qu'ayant exactement relevé que la société Citroën, en sa qualité de dernier exploitant du site était tenue, par application de la loi du 19 juillet 1976 et de son décret d'application du 21 septembre 1977, d'une obligation de remise en état des lieux pollués, que cette obligation obéissait à des dispositions destinées à assurer la protection de l'environnement et la sécurité des personnes, la cour d'appel a retenu, à bon droit, que la clause d'exclusion de la garantie des vices cachés ne pouvait dispenser la société Citroën de son obligation de dépollution en raison du caractère d'ordre public de l'obligation de dépollution* ».

⁷⁸⁹ Chr. sous la dir. de J. GHESTIN avec A-S. BARTHEZ et P. GROSSER et G. LOISEAU et M. MEKKI et Y-M. SERINET, « *Contrats et obligations - Droit des contrats* » - JCP G, n° 18, 30 avr. 2012, doct. 561 prenant pour exemple l'article L1121-1 du Code du travail qui dispose que « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.* ». V. aussi : A-A. HYDE, « *Contrats et droits fondamentaux : propos critiques sur le "membre fantôme" de l'article 1102 al. 2 nouveau du Code civil* », RDLF 2016, chron. n°20 : « *il existe des liens inextricables entre l'ordre public et les droits et libertés fondamentaux. En effet, les seconds peuvent sans mal intégrer le premier devenu humaniste ou philanthropique.* ».

⁷⁹⁰ M. MEKKI, « *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* », 2004, L.G.D.J, n°448.

⁷⁹¹ D. MAZEAUD, « *Le principe de proportionnalité et la formation du contrat* », LPA, n° spécial, 30 septembre 1998, p.12. ; S. LE GAC-PECH, « *La proportionnalité en droit privé des contrats* », Thèse, LGDJ, 2000.

⁷⁹² G. HELLERINGER, « *Les clauses du contrat* », Thèse, 2010, n°256 : « *C'est donc de manière justifiée que les solutions issues du contrôle d'ordre public se trouvent en droit positif nuancées, dans le sens d'une validation de clauses a priori illicites comme dans celui d'une éviction ou d'une modération de clauses a priori licites.* ».

⁷⁹³ M. MEKKI, « *L'intérêt général et le contrat : contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé* », 2004, L.G.D.J, n°774 : « *Le contrôle de proportionnalité est bilatéral : il limite et valide* ». V. aussi : G. HELLERINGER, « *Les clauses du contrat* », Thèse, 2010, n°266.

⁷⁹⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, « *Existe-t-il un principe de proportionnalité ?* », Rapport introductif, LPA, 30 sept. 1998, n° 19 et s.

⁷⁹⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS, « *Existe-t-il un principe de proportionnalité ?* », Rapport introductif, LPA, 30 sept. 1998, n° 19 et s.

⁷⁹⁶ P. PUIG, « *Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires* », LPA, 5 mars 2009, n°9.

⁷⁹⁷ M. BEHAR-TOUCHAIS, « *Existe-t-il un principe de proportionnalité ?* », Rapport introductif, LPA, 30 sept. 1998, n° 19 et s.

⁷⁹⁸ P. PUIG, « *Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires* », LPA, 5 mars 2009, n°9.

à une « *marge de manœuvre raisonnable* » tendant essentiellement à « *lutter contre les disproportions, les excès, le plus souvent manifestes, en imposant une mesure, une adéquation, une modération* »⁷⁹⁹. Toutefois, il ne sera pas nécessaire d'entrer plus en détail dans l'examen de cette double fonction du contrôle de proportionnalité, qui ne trouve pas d'application particulière au sein des dispositions légales relatives aux sanctions contractuelles. De même, comme pour l'abus de droit, la présente analyse de la licéité des clauses d'aménagement sera cantonnée à l'incidence du principe de proportionnalité au sein des sanctions contractuelles de l'inexécution du contrat. Ainsi, ne sera pas abordé en détail l'incidence du principe de proportionnalité sur l'équilibre et l'efficacité des clauses d'aménagement, par le truchement d'autres notions à l'instar de la privation de l'obligation essentielle (art. 1170 C. civ.)⁸⁰⁰, de déséquilibre significatif (art. 1171 C. civ.)⁸⁰¹ ou de bonne foi (1104 C. civ.)⁸⁰². Partant, notre analyse sera essentiellement axée sur les dispositions légales relatives aux sanctions contractuelles (art. 1219 à 1231-7 du Code civil). Or, force est de constater la percée importante du principe de proportionnalité au sein des sanctions contractuelle. Il est consacré en droit positif un contrôle de proportionnalité « *restreint* » lequel « *permet de rectifier les déséquilibres excessifs entre les prestations des parties* »⁸⁰³. Le droit des contrats tel qu'il est prévu au sein des règles de droit commun du Code civil n'est pas insensible à l'exigence de proportionnalité. Initialement, l'ordonnance de réforme du droit des contrats, de façon audacieuse, entendait ériger, aux côtés de l'ordre public, la proportionnalité comme principe régulateur de la liberté contractuelle⁸⁰⁴. Mais la version définitive de l'ordonnance du 10 février 2016 a semblé exclure ce principe de l'article 1102 du Code civil pour ne laisser que celui de l'ordre public. Or, force est de constater que les références à la « *proportionnalité* » et aux « *droits et libertés fondamentaux* », bien que plus discrètes et parfois implicites, demeurent, et en particulier s'agissant des règles relatives aux

⁷⁹⁹ P. PUIG, « *Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires* », LPA, 5 mars 2009, n°9.

⁸⁰⁰ Pour des opinions favorables au rattachement au principe de proportionnalité : Y. AUGUET, « *Au nom de la cause (...), vive la généralisation du critère de proportionnalité !* », Dr. et patr., mars 2001, p. 33.; H. LECUYER, « *Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat* », LPA 30 sept. 1998, n° 117, p. 31 ; pour des opinions défavorables ou réservés sur le rattachement au principe de proportionnalité : J. ROCHFELD, « *Cause* », Rép. dr. civ. (Dalloz), sept. 2012 (actualisé en juin 2016). n°45 ; D. MAZEAUD, « *Le principe de proportionnalité et la formation du contrat* », LPA 30 sept. 1998, n° 117, p. 12.

⁸⁰¹ V. en faveur du rattachement au principe de proportionnalité : JCl. Civil Code, Art. 1188 à 1192, fasc. 10, JCl. Notarial Répertoire, « *Contrat. Interprétation du contrat. L'instrument : notion, normes, champ d'application* », par Ph. SIMLER, n°16. ; Cass. com., 29 sept. 2015, n° 13-25.043 : JCP E 2016, 1040, note S. LEGAC-PECH. ; JCl. Bail à loyer, fasc. 1260, « *Bail commercial – Conclusion. - Durée* » par Ch. QUEMENT. ; M. PICHON DE BURY, Ch. MINET, « *Pratiques restrictives de concurrence - Incidences de la suppression de l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce et de l'introduction de la notion de « déséquilibre significatif » par la LME* », CCC, n° 12, déc. 2008, étude 13, n°18.

⁸⁰² En faveur du rattachement au principe de proportionnalité : M. BEHAR-TOUCHAIS, « *Existe-t-il un principe de proportionnalité ?* », Rapport introductif, LPA, 30 sept. 1998, n° 16. ; P. PUIG, « *Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires* », LPA, 5 mars 2009, n°3 ; N. MOLFESSIS, « *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat* », LPA 30 sept. 1998, n°1.

⁸⁰³ A. DESGORCES, « *La proportionnalité dans le droit des contrats* », JCP E, n° 47, 20 nov. 2003, 1630 : « *En droit positif actuel la proportionnalité permet de rectifier les déséquilibres excessifs entre les prestations des parties, quand bien même les consentements seraient libres et éclairés* ».

⁸⁰⁴ L. n° 2015-177, 16 févr. 2015, art. 2 : « *art. 1102 – (...) la liberté contractuelle ne permet pas (...) de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché.* ». Cette disposition est d'ailleurs à rapprocher de celle existant déjà en droit positif dans le Code du travail prévoyant une disposition d'ordre général prescrivant la mise en œuvre du principe de proportionnalité ; V. art. L. 1121-1 C. trav. : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.* ».

sanctions contractuelles⁸⁰⁵. Partant, la percée du contrôle de proportionnalité a été exacerbée par l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 à un moment où « *l'activisme judiciaire de ces derniers temps en matière de contrôle de proportionnalité crée un contexte peu propice à l'épanouissement de la liberté contractuelle en ce domaine* »⁸⁰⁶. Comme le souligne Mme LE GAC-PECH « *l'idée de juste mesure couvre non seulement l'exception d'inexécution réactive ou anticipatrice (Ord. n° 2016-131, art. 1219 et 1220), mais également l'exécution forcée en nature (Ord. n° 2016-131, art. 1221 et 1222), la réfaction (Ord. n° 2016-131, art. 1223) ou la résolution (Ord. n° 2016-131, art. 1224).* » et cette dernière précise que « *Le combat contre l'excès y est exprimé soit par le renvoi au « coût manifestement déraisonnable », soit au travers de l'exigence de gravité.* »⁸⁰⁷. Ainsi, il apparaît que deux formes distinctes de proportionnalité⁸⁰⁸ ont été consacrées au sein des sanctions contractuelles, l'une objective, « *gouvernée par des paramètres détachés de la volonté des parties* »⁸⁰⁹, et l'autre subjective, où « *c'est précisément par le contrat que se fait la justice* »⁸¹⁰. En effet, « *Loin de desservir la justice et le respect de la proportionnalité, la liberté contractuelle, et avec elle la force obligatoire du contrat, en seront bien les meilleurs garants.* »⁸¹¹. Par principe, la proportionnalité subjective devrait l'emporter sur la proportionnalité objective⁸¹², à moins qu'un déséquilibre « *très profond* »⁸¹³ soit consacré par le législateur. Partant, la distinction entre la proportionnalité subjective et objective devrait se faire en fonction de l'importance du déséquilibre consacré par le législateur et ce dernier définit cette clé de répartition via l'usage de termes assez caractéristiques, tel que celui du « *manifestement déraisonnable* », de la « *disproportion manifeste* » ou encore de la « *disproportion excessive* ». Comme pour l'abus de droit, l'usage de ces expressions constitue une « *superposition de standards* » juridiques lesquels « *imposent une certaine évidence qui amoindrit corrélativement le pouvoir d'appréciation des juges du fond* »⁸¹⁴. Ainsi, l'on verra

⁸⁰⁵ Par exemple, la référence à la proportionnalité est présente au sein de l'exécution forcée en nature (via la « *disproportion manifeste* » de l'article 1221 du Code civil), de la réduction du prix (via la « *réduction proportionnelle* » de l'article 1223 du Code civil) ou encore de l'action résolutoire (via le critère de l'« *inexécution suffisamment grave* » prévu aux articles 1219, 1220 et 1224 du Code civil).

⁸⁰⁶ C. PERES, « *Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats* », JCP G 2016, 454.

⁸⁰⁷ S. LE GAC-PECH, « *Contrats et obligations - Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction* », JCP G, n° 38, 19 sept. 2016, doctr. 991, n°21.

⁸⁰⁸ V. aussi la distinction de Monsieur PHILIPPE entre le contrôle de proportionnalité « *normatif* » (dit le « *contrôle de la proportionnalité* »), et « *interprétatif* » (dit le « *contrôle de proportionnalité* »). Alors que le premier s'impose au juge par le biais de la norme juridique établie, celle-ci le reléguant à un exercice passif de son office, le second est dégagé ou créé par le juge lui-même et lui permet d'exercer son office de manière active. La différence entre ces deux conceptions de la proportionnalité est la marge de manœuvre laissée au juge, tantôt large (en cas de proportionnalité « *interprétative* »), tantôt restreinte (en cas de proportionnalité « *normative* ») (X. PHILIPPE, « *Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel* », LPA 5 mars 2009, n°46, p. 6.).

⁸⁰⁹ N. MOLFESSIS, « *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat* », LPA 30 sept. 1998, n°2.

⁸¹⁰ N. MOLFESSIS, « *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat* », LPA 30 sept. 1998, n°2.

⁸¹¹ N. MOLFESSIS, « *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat* », LPA 30 sept. 1998, n°2.

⁸¹² H. LECUYER, « *Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat* », LPA 30 sept. 1998, n°117, p.31 : « *En théorie, le principe de proportionnalité, lorsqu'il s'épanouit lors de l'extinction du contrat, se prête à tout aménagement, à toute redéfinition voire à tout abandon de la part des parties contractantes.* ».; N. MOLFESSIS, « *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat* », LPA 30 sept. 1998, n°9 : « *Par suite, on en conclura qu'il n'existe pas de principe de proportionnalité objective, puisque c'est son opposé qui domine. Certes, les exceptions se multiplient, qui conduisent à s'interroger sur la persistance même du principe, comme si le quantitatif risquait d'entraîner le renversement de la règle* ».

⁸¹³ Comme le souligne le Professeur LECUYER, la proportionnalité objective s'impose aux parties « *lorsque le déséquilibre est très profond, lorsque l'engagement est manifestement déraisonnable* » (H. LECUYER, « *Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat* », LPA 30 sept. 1998, n°117, p.31.).

⁸¹⁴ N. BLANC, « *Le juge et les standards juridiques* », RDC 2016, n° 113, p. 394, n°14. Il est à noter toutefois que Madame BLANC ne fait pas exactement référence aux sanctions contractuelles que nous abordons ici, selon elle, la superposition de standard « *diminue la marge d'appréciation du juge puisque ce n'est pas n'importe*

que l'action résolutoire et en réduction du prix recèlent un contrôle de proportionnalité subjectif, pouvant faire l'objet d'aménagements par les parties (I.). En revanche, l'exécution forcée en nature directe et indirecte voit l'écllosion d'un contrôle de proportionnalité objectif ne pouvant faire l'objet d'aménagements contractuels (II.).

PARAGRAPHE I : La licéité des clauses d'aménagement de la proportionnalité subjective exprimée au sein des sanctions contractuelles

La volonté de la jurisprudence en matière d'exception d'inexécution et d'action résolutoire à suppléer l'appréciation de la « gravité » de l'inexécution à l'examen du caractère « proportionné » de la sanction contractuelle. Un arrêt important a été rendu par la Cour de cassation⁸¹⁵ dans lequel elle substitue à l'inexécution « *suffisamment grave* » l'appréciation de la proportionnalité de la sanction contractuelle. Dans cette affaire, un contrat d'agrément a été conclu entre la société La Française des jeux et la société Mikha. La Française des jeux a estimé que le non reversement des sommes versées par les joueurs constituait un manquement de la société Mikha à ses obligations contractuelles et a décidé de mettre en œuvre l'exception d'inexécution. Après avoir suspendu l'agrément dont bénéficiait la société Mikha par lettre réceptionnée le 4 octobre 2012, la Française des jeux en s'appuyant sur la clause de résiliation (l'article 7.1.2 du contrat d'agrément) prévoyant un délai de préavis de 3 mois met fin au contrat, le 4 janvier 2013. La société Mikha assigne l'excipiens pour rupture abusive du contrat et réclame des dommages-intérêts et la restitution de son agrément. Si la Cour d'appel de Versailles estime que si le non-versement des sommes payées par les joueurs constitue un manquement de Mikha à ses obligations contractuelles, « *la suspension immédiate du contrat est disproportionnée au regard de la durée des relations contractuelles et de l'absence de toute information préalable* ». La Cour de cassation censure ce raisonnement car « *en statuant ainsi, par ces seuls motifs impropres à justifier la disproportion entre la sanction prise par La Française des jeux et les manquements reprochés à la société Mikha, la cour d'appel a méconnu les exigences du texte susvisé* ». Autrement dit, la Cour Régulatrice estime que le fait pour la Cour d'appel d'avoir rejeté la suspension du contrat en raison de la durée des relations contractuelles et de l'absence de toute information préalable ne constituent pas des motifs appropriés permettant d'établir la disproportion de la suspension du contrat. L'apport de l'arrêt qui nous intéresse est qu'il instille le contrôle de proportionnalité au sein de l'exception d'inexécution et de l'action résolutoire. En ce sens, le Professeur LEVENEUR observe que dans l'arrêt commenté la « *gravité suffisante cède ici la place à celle de proportionnalité* »⁸¹⁶. La proportionnalité est donc appliquée en lieu et place de l'appréciation du caractère « *suffisamment grave* » de l'inexécution, ce qui n'est pas si surprenant dans la mesure où la doctrine admet aisément que ces deux critères sont en réalité similaires⁸¹⁷. Certains glossateurs de cet arrêt considèrent que

quelle faute, mais la faute lourde ou dolosive, pas n'importe quel excès, mais l'excès manifeste, pas n'importe quel déséquilibre mais un déséquilibre significatif qui sont requis. ».

⁸¹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 2016, n° 15-20.834.

⁸¹⁶ Cass. civ., 1^{ère}, 12 mai 2016, n° 15-20.834, F-D, Sté La Française des jeux c/ Sté Mikha, : CCC. 2016, comm. 184, L. Leveneur.

⁸¹⁷ Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, revue de Droit bancaire et financier n°2, mars 2016, comm. 72, D. Legeais : « *Il s'agit de l'article 1219 selon lequel l'exception ne peut être soulevée par le créancier que si l'inexécution présente un caractère suffisamment grave. Il est donc fait application d'un principe de proportionnalité* » ; Cass. civ., 1^{ère}, 12

soit la portée de ce dernier concerne à la fois l'exception d'inexécution et l'action résolutoire⁸¹⁸, soit est cantonnée uniquement à l'action résolutoire en raison de la mention de l'ancien article 1184 du Code civil⁸¹⁹. Or, il apparaît que cette référence à l'ancien article 1184 du Code civil n'exclue pas l'exception d'inexécution. En effet, la jurisprudence a fréquemment mentionné la référence à cet article lorsqu'il s'agissait d'appliquer l'exception d'inexécution⁸²⁰ et l'arrêt commenté indique clairement que l'exception d'inexécution est appliquée par la Française des jeux. Mais, il est vrai en l'espèce qu'après avoir suspendu l'agrément, la Française des jeux a résilié le contrat d'agrément en vertu d'une clause de résiliation. Il en résulte donc que la portée de cet arrêt devrait concerner à la fois l'exception d'inexécution et l'action résolutoire. Il est d'ailleurs acquis en jurisprudence que l'exception d'inexécution doit être mise en œuvre proportionnellement à la gravité de l'inexécution⁸²¹, la riposte consécutive à l'inexécution doit donc être proportionnée par rapport à son degré de gravité⁸²². En doctrine, le Professeur DESAYHES⁸²³ retenait deux acceptions possibles pour l'appréciation de la « *gravité suffisante* » autorisant la mise en œuvre de l'exception d'inexécution : soit, la « *gravité suffisante* » est un « *seuil en dessous duquel aucune exception d'inexécution n'est justifiée. Elle n'implique pas de proportionnalité entre le manquement et la riposte.* », soit, « *elle est un moyen de vérifier que l'exception d'inexécution est proportionnée au manquement commis, qu'elle constitue une riposte adaptée dans les circonstances de la cause* ». La jurisprudence s'oriente plutôt vers la seconde acception de l'appréciation de la « *gravité* » de l'inexécution, comme l'illustre l'arrêt commenté⁸²⁴. S'il est vrai que le contrôle du degré de « *gravité* » de l'inexécution n'est pas tout à fait identique à celui de la riposte proportionnée, il reste que ces deux critères sont similaires⁸²⁵ et se rejoignent par l'application du principe de proportionnalité⁸²⁶. En ce sens, s'agissant de

mai 2016, n° 15-20.834, F-D, Sté La Française des jeux c/ Sté Mikha, : JCP E, n° 43-44, 27 oct. 2016, 1575, comm. S. Le Gac-Pech.

⁸¹⁸ Selon Madame LE GAC PECH « *l'arrêt aborde conjointement différents aspects puisqu'il est question d'exception d'inexécution (exceptio non adimpleti contractus) et de suspension immédiate du contrat mais également de mise en œuvre d'une clause de résiliation anticipée.* » (Cass. civ., 1^{ère}, 12 mai 2016, n° 15-20.834, F-D, Sté La Française des jeux c/ Sté Mikha, : JCP E, n° 43-44, 27 oct. 2016, 1575, comm. S. Le Gac-Pech).

⁸¹⁹ Le Professeur LEVENEUR affirmait : « *On remarquera le texte visé : l'article 1184 du Code civil. Le terrain est donc bien celui de la résolution du contrat pour cause d'inexécution par une partie.* » (Cass. civ., 1^{ère}, 12 mai 2016, n° 15-20.834, F-D, Sté La Française des jeux c/ Sté Mikha, : Contrats, conc. Consom. 2016, comm. 184, L. Leveneur.)

⁸²⁰ Pour une référence à l'ancien article 1184 du Code civil en cas d'application de l'exception d'inexécution V. notamment : CA, Agen, 1^{ère} ch. civ., 5 févr. 2020, n° 17/00398 ; CA, Poitiers, 2^{ème} ch. civ., 18 févr. 2020, n° 18/03373 ; CA, Douai, 2^{ème} ch., 1^{ère} sec., 18 janv. 2018, n° 16/06001 ; CA, Dijon, 2^{ème} ch. civ., 11 janv. 2018, n° 15/01812 ; CA, Bastia, ch. civ., 2^{ème} sec., 13 sept. 2017, n° 16/00463 ; CA, Bordeaux, 2^{ème} ch. civ., 14 déc. 2016, n° 13/03946 ; Cass. com. 17 nov. 2009, n° 08-20.957 ; CA, Rouen, ch. des appels prioritaires, 14 nov. 2006, n° 06/00292 ; CA, Poitiers, ch. civ. 2, 5 déc. 2000, n°99/04039 ; CA, Versailles, ch. 1, sec. 2, 21 avr. 2000, n°98/04648.

⁸²¹ CA Montpellier, 1^{ère} ch. A, 18 avr. 2019, n° 16/03813 ; CA, Paris, pôle 4, ch. 3, 8 nov. 2018, n° 16/20461 ; CA Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 24 avr. 2018, n° 15/03869 ; Cass. civ. 1^{ère}, 18 janv. 2017, n° 15-12.744 ; T. de com. de Paris, 17 mai 2017, n° 2017002489 ; CA, Douai, 2^{ème} ch. 1^{ère} sec., 19 oct. 2017, n° 17/01227 ; Cass. com. 9 juill. 2002, n°99-14.940 ; Cass. civ. 1^{ère}, 18 Juill. 1995, n°93-16.338 ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 1980, n° 79-14.791.

⁸²² N. MOLFESSIS, « *Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat* », LPA 30 sept. 1998, n° 17.

⁸²³ Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2016, n° 15-20834, RDC 2016, n° 04, p. 654, note O. Deshayes.

⁸²⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2016, n° 15-20834, RDC 2016, n° 04, p. 654, note O. Deshayes.

⁸²⁵ V. par exemple, en faveur de la similarité entre l'inexécution « *suffisamment grave* » et la « *proportionnalité* » de la riposte : P. GROSSER, obs., LPA 4 sept. 2015, n°177, p. 78. ; M. STORCK, « *Contrat - Inexécution du contrat - Exception d'inexécution* », JCI Civil Code, art. 1219 et 1220, fasc. unique, 4 mai 2017, n°50 « *La condition de suffisante gravité du manquement devrait permettre de vérifier aussi la proportionnalité de la suspension du contrat par l'excipiens.* ».

⁸²⁶ N. CUZACQ, « *La notion de riposte proportionnée en matière d'exception d'inexécution* », LPA, 7 mai 2003, n°17, note 39 : « *Il ne faut pas confondre l'inexécution initiale du débiteur avec la riposte de l'excipiens. Néanmoins, ces deux notions sont liées par le principe de proportionnalité.* » ; V. aussi : Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, revue de

l'exception d'inexécution, le rapport remis au président de la République affirme que « *cette exception ne peut être soulevée par le créancier que si l'inexécution présente un caractère suffisamment grave, et ne peut donc être opposée comme moyen de pression sur le débiteur que de façon proportionnée* ».

Dans une autre affaire⁸²⁷, en date du 24 novembre 2009, la Cour d'appel de Bordeaux a également introduit la proportionnalité au sein de l'appréciation de la gravité de manquements contractuel via une clause d'exclusion/résiliation de contrats d'adhésion à une société CHAMPACO (*Société Coopérative Viticole de stockage de la Champagne de Cognac*). En l'espèce, la société CHAMPACO avait pour objet d'« *effectuer ou faciliter toutes les opérations de production, stockage, conservation, transformation, élaboration, écoulement et vente de cognacs et autres produits agricoles* ». Chaque adhérent a conclu un contrat d'adhésion au titre duquel il s'oblige à respecter le règlement intérieur de la société CHAMPACO, lequel contient un code de bonne conduite imposant de respecter notamment certaines règles légales, réglementaires et interprofessionnelles portant sur la qualité des produits agricoles. L'article 4 du contrat d'adhésion prévoit une clause d'exclusion des adhérents qui ne respecteraient pas les règles posées par ce code de bonne conduite, faisant ainsi entrer dans le champ contractuel ce code. Les dix ex-adhérents exclus ont assigné la société CHAMPACO devant l'ancien Tribunal de grande instance d'Angoulême estimant que la rupture de leur contrat d'adhésion avait été abusive et injustifié. Le Tribunal a débouté les demandeurs en estimant que l'exclusion était justifiée au regard de l'article 4 des contrats d'adhésion permettant d'exclure un adhérent en raison du non-respect du code de conduite entré dans le champ contractuel. Il ajoute que « *la sanction prise n'était pas disproportionnée au regard du manquement qui avait porté atteinte aux intérêts économiques et à l'image de la Coopérative* ». La Cour d'appel de Bordeaux statuant notamment sur la proportionnalité de la sanction prononcée, soit l'exclusion-résiliation des contrats d'adhésion, confirme le jugement rendu par le Tribunal. En effet, « *Attendu que la **gravité du manquement** doit s'apprécier au regard de l'objet de la Coopérative (...) Que le non respect d'une règle de production et d'écoulement du produit visé dans l'objet même de la Coopérative (...) constitue une atteinte grave à l'image de la Coopérative, en tant qu'organisation professionnelle agréée ; Qu'au regard de cette atteinte, **l'exclusion du coopérateur, seule sanction prévue par l'article 4 du règlement intérieur, ne revêt aucune disproportion*** ». Il semble que la Cour d'appel ait fait application de l'ancien article 1184 du Code civil autorisant à résilier un contrat en cas d'inexécution suffisamment grave. Si l'article R 522-8 du Code rural dispose que « *L'exclusion d'un associé coopérateur peut être prononcée pour des raisons graves, notamment si l'associé coopérateur a été condamné à une peine criminelle, s'il a nui sérieusement ou tenté de nuire à la société par des actes injustifiés ou s'il a falsifié les produits qu'il a apportés à la coopérative.* », il apparaît en l'espèce que l'arrêt ne fait référence qu'à la « *gravité des manquements* » et non aux raisons graves visées par l'article R. 522-8 du Code rural. En effet, comme souligné par le Professeur BARBIERI au sujet de l'arrêt commenté « *Si les conditions de l'article R. 522-8 du Code rural aménageant la possibilité d'exclusion d'un associé coopérateur « pour des raisons graves » ne sont pas réunies, ne peuvent être envisagés que des moyens « indirects » tels que la résolution judiciaire du contrat par application de l'article 1184 du Code civil, ce qui suppose une appréciation judiciaire de la gravité du manquement.* »⁸²⁸. Toujours selon ce dernier, l'arrêt

Droit bancaire et financier n°2, mars 2016, comm. 72, D. Legeais : « *Il s'agit de l'article 1219 selon lequel l'exception ne peut être soulevée par le créancier que si l'inexécution présente un caractère suffisamment grave. Il est donc fait application d'un principe de proportionnalité* » ; Cass. civ., 1^{ère}, 12 mai 2016, n° 15-20.834, F-D, Sté La Française des jeux c/ Sté Mikha, : JCP E, n° 43-44, 27 oct. 2016, 1575, comm. S. Le Gac-Pech

⁸²⁷ CA Bordeaux, 1^{ère} ch. civ., sect. B, 24 nov. 2009, n° 08/02676.

⁸²⁸ CA Bordeaux, 1^{ère} ch. civ., sect. B, 24 nov. 2009, n° 08/02676 : JurisData n° 2009-015953, Droit rural n° 382, Avril 2010, comm. 51, J.-J. BARBIERI.

commenté a semblé « *effleurer* »⁸²⁹ cette appréciation de la gravité des manquements via la référence à la « *disproportion flagrante* »⁸³⁰.

Enfin, l'on voit également des affaires, à l'instar de l'arrêt du 5 novembre 2015⁸³¹, dans lesquelles la proportionnalité s'invite nonobstant la stipulation d'une clause résolutoire cantonnant en principe l'appréciation du juge au seul « *constat* » de la résiliation et non à son « *prononcé* » eu égard à la gravité des manquements. En l'espèce, un contrat de bail commercial avait été conclu entre un bailleur (la société Brasserie de la Poste) et un locataire (la société BSF). Après avoir délivré de manière infructueuse un commandement de payer les charges de copropriété au locataire, le bailleur a décidé d'assigner le locataire pour faire constater la clause résolutoire mettant fin au contrat de bail. Les juges de première instance avaient octroyé des délais de paiement au locataire. Partant, la Cour de cassation valide le raisonnement de la Cour d'appel de Paris qui « *a souverainement retenu qu'il n'y avait pas lieu, en conséquence, d'accorder de nouveaux délais de paiement à la locataire, a exactement déduit, de ces seuls motifs, que la clause résolutoire était acquise à la date du 9 janvier 2010* ». Surtout, la Cour Régulatrice indique que le locataire « *n'ayant pas soutenu dans ses conclusions d'appel que la résiliation du bail constituait une atteinte disproportionnée à son droit de propriété sur le fonds de commerce, le moyen, mélangé de fait et de droit, est nouveau* ». Bien qu'en l'espèce l'atteinte disproportionnée n'ait pas été établie par la troisième Chambre civile, ce n'est qu'en raison de l'invocation tardive de cet argument seulement au stade du pourvoi en cassation et non de l'appel. Ce moyen a donc été rejeté en raison de son caractère nouveau, le locataire ne l'ayant pas invoqué avant de porter l'affaire devant la Cour de cassation. En conséquence, si ce moyen a été rejeté dans les circonstances de l'espèce, il semble admissible sur le fond, c'est pourquoi la Cour de cassation le mentionne ainsi dans son attendu. Cette appréciation de la proportionnalité permet ainsi aux juges de récupérer leur pouvoir d'appréciation de la gravité de l'inexécution que la clause résolutoire avait précisément pour objet de leur faire perdre. Plus largement, par l'intercession de la proportionnalité, les juges semblent apprécier les conséquences préjudiciables de la mise en œuvre de la clause résolutoire (en l'espèce, l'atteinte disproportionnée au droit de propriété sur le fonds de commerce du locataire). Cet enfoncement de la proportionnalité au stade de l'appréciation de la clause résolutoire fait l'objet d'un accueil partagé en doctrine⁸³². Surtout, cet arrêt marque une inflexion de la Cour Régulatrice concernant sa jurisprudence antérieure où elle estimait que la clause résolutoire à la différence de la clause pénale n'était pas soumise au régime juridique des anciens articles 1152 et suivants du Code civil. La Cour de cassation estimait que les juges de l'appel avaient « *justement décidé que la clause résolutoire devait être appliquée sans qu'il soit nécessaire de rechercher si cette sanction était proportionnée ou non à la gravité du manquement invoqué* »⁸³³. Cette position jurisprudentielle s'inscrivait dans la suite logique d'une jurisprudence ancienne qui ne concevait pas que le juge puisse invalider

⁸²⁹ CA Bordeaux, 1^{ère} ch. civ., sect. B, 24 nov. 2009, n° 08/02676 : JurisData n° 2009-015953, Droit rural n° 382, Avril 2010, comm. 51, J.-J. BARBIERI.

⁸³⁰ CA Bordeaux, 1^{ère} ch. civ., sect. B, 24 nov. 2009, n° 08/02676 : JurisData n° 2009-015953, Droit rural n° 382, Avril 2010, comm. 51, J.-J. BARBIERI.

⁸³¹ Cass. civ., 3^{ème}, 5 nov. 2015, n° 14-20.482.

⁸³² Pour une opinion favorable : le Professeur le GAC-PECH affirmait que « *la sanction induite par la clause résolutoire doit être, comme celle imposée par la clause pénale, nécessaire et pondérée. Le principe de proportionnalité permet, non seulement, d'imposer cette adéquation d'une clause à sa fonction mais encore celle des sanction à l'inexécution contractuelle* » (S. LE GAC-PECH, « *La proportionnalité en droit privé des contrats* », Thèse, LGDJ, 2000, n°655) ; pour une opinion défavorable : « *l'application d'un principe de proportionnalité ferait perdre à la clause résolutoire la plus grande partie de son intérêt. (...) La clause conserve l'avantage de produire ses effets immédiatement alors que la résolution judiciaire n'intervient qu'au jour du jugement. Mais l'avantage est à double tranchant car plus le contrôle du juge est étendu, plus les chances d'être désavoué a posteriori sont élevées* » (Y.-M. LAITHIER, « *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat* », Thèse, L.G.D.J, n°177, p. 255).

⁸³³ Cass. com. 8 oct. 1991, n°89-16.739 ; Cass. civ. 3^{ème}, 20 juill. 1989, n°88-13.856.

la mise en œuvre d'une clause résolutoire ou « *clause expresse de résolution* »⁸³⁴ dès lors que les inexécutions prévues à l'avance ont été constatées par le juge⁸³⁵.

La percée de la proportionnalité au sein de l'action en réduction du prix via l'article 1223 du Code civil. A la faveur de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1223 du Code civil consacre une sanction contractuelle, connue antérieurement sous différents vocables comme la « *réfaction* » ou la « *réduction* » du prix, permettant de réduire de façon « *proportionnelle* » le prix en cas « *d'exécution imparfaite de la prestation* ». Auparavant, le mécanisme de la « *réfaction* » n'était pas insensible à l'influence du contrôle de proportionnalité, puisqu'au critère de la commutativité des prestations, permettant de vérifier « *l'égalité des valeurs d'échange de deux prestations corrélatives* »⁸³⁶ s'ajoutait « *celui de la proportionnalité. Elle se définit comme un rapport d'adéquation entre deux éléments. Ainsi, le prix doit être en adéquation avec le service ou le bien échangé, selon une proportion arithmétique caractéristique d'une justice commutative* »⁸³⁷. Or, ici l'identification du contrôle de proportionnalité, cette fois-ci consacré par l'intervention du législateur, s'avère plus complexe qu'il n'y paraît en raison de son caractère protéiforme. Il convient de distinguer selon que le défaut contractuel reproché est d'ordre quantitatif ou qualitatif⁸³⁸. En premier lieu, la réduction « *proportionnelle* » appliquée lors de la constatation de défauts d'ordre quantitatif (par exemple, le défaut de livraison du nombre de livres achetés) ne devrait pas relever du contrôle de proportionnalité. Dans ce cas, la résolution d'une règle de calcul mathématique (la règle de trois) permet de connaître le montant proportionnel à réduire sur le prix. En pratique, il suffirait de faire la différence entre la valeur de la ou les chose(s) convenue(s) contractuellement et celle(s) effectivement délivrée(s). En ce sens, la doctrine⁸³⁹ estime qu'une telle hypothèse, où est posé un « *simple rapport mathématique entre deux données* », correspond davantage à ce qui est « *proportionnel* » et non à ce qui est « *proportionné* » qui elle implique d'apprécier l'« *adéquation des moyens utilisés au but poursuivi* » ; force est d'ailleurs de constater que l'article 1223 du Code civil marque sa préférence pour le premier terme et non le second. En second lieu, la réduction « *proportionnelle* » peut être associée plus facilement au contrôle de proportionnalité en cas de défaut contractuel d'ordre qualitatif (par exemple, le dysfonctionnement partiel de l'écran d'un ordinateur). Dans ce cas, il revient au juge d'évaluer l'ampleur et l'importance du défaut reproché justifiant la réduction du prix. Plus précisément, le rapport remis au président de la République dispose que « *la réduction du prix sollicitée par le créancier de l'obligation imparfaitement exécutée doit être proportionnelle à la gravité de cette inexécution* »⁸⁴⁰. En

⁸³⁴ Cass. civ.14 avr. 1891, S. 1894, 1, 391 ; D.P. 1891, I, 329, note Planiol : « *il est vrai que lorsque le contrat ne contient aucune clause expresse de résolution, il appartient aux tribunaux de rechercher, dans les termes du contrat et dans l'intention des parties, quelles sont l'étendue et la portée de l'engagement souscrit par celle d'entre elles qui aurait manqué complètement, et, en cas d'inexécution partielle, d'apprécier, d'après les circonstances de fait, si cette inexécution a assez d'importance pour que la résolution doive être immédiatement prononcée, ou si elle ne sera pas suffisamment préparée par une condamnation à des dommages-intérêts* ».

⁸³⁵ Cass. civ. 2 juill. 1860, D 1860, 1, 284. : « *qu'il n'est pas défendu aux parties d'attacher à l'inexécution, constatée dans une certaine forme, les effets d'une condition résolutoire précise, absolue et opérant de plein droit ; qu'une pareille convention n'a rien d'illicite ; qu'elle tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite ; que les tribunaux ne peuvent pas la changer et qu'ils doivent se borner à vérifier si, en fait, il y a eu réellement inexécution du contrat dans le sens prévu et réglé à l'avance par les parties* ».

⁸³⁶ J. MAURY, « *Essai sur la notion d'équivalence en droit civil français* », thèse, 1920, p.31.

⁸³⁷ K. ASUNCION DE LA PLANES, « *La réfaction du contrat* », thèse, LGDJ, 2006, n°696, p. 423.

⁸³⁸ V. notamment sur cette distinction : M. MIGNOT, JCl. Civil Code, Art. 1603 à 1623, fasc. 20, n° 61.

⁸³⁹ P. PUIG, « *Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires* », LPA, 5 mars 2009, n°4 ; V. aussi : M. BEHAR-TOUCHAIS, « *Existe-t-il un principe de proportionnalité ?* », Rapport introductif, LPA, 30 sept. 1998, n°6.

⁸⁴⁰ 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.

outre, le contrôle de proportionnalité se justifie particulièrement dans la mesure où pour certains auteurs la réduction du prix constitue une « *défense privée* » (sans intervention préalable du juge). Il a été justement déduit que dans ce cas « *Le droit de se faire justice s'impose, dans la mesure où la défense c'est-à-dire la réfaction opérée par la victime du déséquilibre, est proportionnelle à l'attaque c'est-à-dire, à l'inexécution conforme par l'autre partie de ses obligations* »⁸⁴¹. A l'image de ce qui a été vu précédemment s'agissant de l'exception d'inexécution et l'action résolutoire, il en résulte que le juge est donc fortement incité à exercer un contrôle de proportionnalité de la sanction contractuelle au regard de l'importance du déséquilibre, matérialisé par l'inexécution subie par l'une ou l'autre des parties. Par ailleurs, rien ne semble indiquer qu'il faille tenir compte de paramètres autres que le degré d'inexécution, à l'instar de la qualité des cocontractants⁸⁴². Par conséquent, la réduction « *proportionnelle* » du prix peut traduire un véritable contrôle de proportionnalité, lequel s'immisce principalement en cas de défaut qualitatif de la prestation ; puisqu'il ressort que le défaut quantitatif relève de l'application d'un rapport mathématique, éloigné du contrôle de proportionnalité.

Par conséquent, s'agissant de l'exception d'inexécution et de l'action résolutoire, comme il a été démontré précédemment, la jurisprudence admet l'aménagement contractuel de la gravité de l'inexécution, qu'il s'agisse de l'exception d'inexécution⁸⁴³ ou de l'action résolutoire (par la stipulation d'une clause résolutoire⁸⁴⁴). Il est donc possible contractuellement d'aménager le critère de la « *gravité* » de l'inexécution, et subséquemment la proportionnalité qu'il exprime. En effet, ce critère est similaire à l'examen de la proportionnalité de la sanction contractuelle, qui est effectué au regard de la « *gravité* » de l'inexécution. Il s'agit donc d'une proportionnalité subjective et le juge devra tenir compte de l'équilibre exprimé par la volonté des parties pour apprécier la « *gravité* » de l'inexécution.

S'agissant de la réduction « *proportionnelle* » du prix en particulier au regard d'un défaut qualitatif, le principe devrait être que le juge est tenu par la volonté des parties⁸⁴⁵. Tout d'abord, même si elles ont été validées sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance du 10 février 2016, les clauses aménageant la réduction du prix sont et restent valables ; on peut en

⁸⁴¹ K. ASUNCION DE LA PLANES, « *La réfaction du contrat* », thèse, LGDJ, 2006, n°593, p. 355. ; V. également : J. DEPREZ, « *Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et droit commercial français* », Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la culture Française, 1964, Obligations contractuelles, p. 29 et s. spéc. p. 51. : « *la sanction doit être proportionnée au déséquilibre engendré par l'inexécution ou tout autre événement de nature à entraîner une telle distorsion* ».

⁸⁴² V. sur ce point : K. ASUNCION DE LA PLANES, « *La réfaction du contrat* », thèse, LGDJ, 2006, n°696, p. 422. L'auteur après avoir rappelé la dichotomie instituée par Aristote entre la justice distributive (consistant à donner à chacun ce qui lui revient en tenant compte de leurs mérites) et commutative (procédant à une répartition égale à tout un chacun) (Aristote, « *L'éthique à Nicomaque* », livre V, trad. R. BODEUS, Poche, 11 févr. 2004.), estime que « *Si dans certaines hypothèses le déséquilibre sanctionné par la réfaction peut être dû à la puissance économique de l'un des contractants, ce n'est pas cette différence de position qui tend à sanctionner la réfaction. Par conséquent, cette seule analyse permet de relever que ce n'est pas une justice distributive qui doit inspirer la réfaction.* ».

⁸⁴³ V. notamment : CA Rouen, ch. civ. et com., 1^{er} mars 2012, n° 11/03111 ; CA, Aix-en-Provence, 2^e ch., 5 Févr. 2009, n° 07/10827 ; CA, Pau, ch. 2, 8 oct. 1991, n°3392/91 ; V. aussi : T. com. Paris, ord. réf., 30 nov. 2015, Norm'Action Centre-Pays de Loire c/ Nerim.

⁸⁴⁴ V. notamment : Cass. com. 10 juill. 2012, n° 11-20.060 ; Cass. com., 14 déc. 2004, n° 03-10.888 ; Cass. civ., 2^{ème}, 12 mars 1954 : D. 1954, 363. ; CA Paris, 30 avr. 1947 : D. 1947, 400 ; Cass. civ.14 avr. 1891, S. 1894, 1, 391 ; D.P. 1891, I, 329, note Planiol ; Cass. civ. 2 Juill. 1860, D 1860, 1, 284.

⁸⁴⁵ V. en ce sens : K. ASUNCION DE LA PLANES, « *La réfaction du contrat* », thèse, LGDJ, 2006, n°696, p. 423. : « *Il en résulte que l'équivalence, la réciprocité et la proportionnalité seront d'abord considérées par les parties avant de l'être par le juge. D'ailleurs, lors de la conclusion d'un contrat, les parties prennent non seulement en considération la valeur quantitative de la prestation contractuelle mais aussi et surtout, sa valeur qualitative.* ».

voir certaines applications par exemple en matière de cession d'actions⁸⁴⁶ ou de bail⁸⁴⁷. Le juge ne pourrait donc dénaturer l'équilibre voulu par les parties. Puis, l'article 1166 du Code civil permet de renforcer cette idée de primauté de la volonté des parties. Ce dernier impose au juge de tenir compte en priorité de la qualité voulue expressément par les parties en vertu de leur contrat et, à défaut de stipulation expresse, de celle « *conforme aux attentes légitimes des parties* », en considération de la « *nature* » de la prestation, des « *usages* » et du « *montant de la contrepartie.* ». Par conséquent, la réduction « *proportionnelle* » du prix relève pour partie de la proportionnalité subjective, librement aménageable par les parties.

PARAGRAPHE II : L'illicéité des clauses d'aménagement de la proportionnalité objective exprimée au sein des sanctions contractuelles

L'illicéité de certaines clauses relatives à la réduction « *proportionnelle* » du prix ou au « *coût raisonnable* » de l'exécution forcée en nature, enserrées par la proportionnalité objective en vertu du pouvoir judiciaire de requalification. Dans certaines hypothèses, il reste possible que la stipulation d'une clause de réduction du prix soit sujette à un risque de requalification tantôt en clause limitative de responsabilité, tantôt en clause pénale. On verra que le juge pourra dans ces hypothèses exercer un contrôle objectif de proportionnalité primant sur la volonté des parties.

En premier lieu, en cas de stipulation d'un plafond de réduction du prix, qu'il soit exprimé en espèce ou en pourcentage, celui-ci peut être requalifié par les juges en clause limitative de responsabilité. Ces dernières sont par principe parfaitement valables et le juge ne peut par principe les dénaturer ou invalider. Néanmoins, le juge pourra recouvrer son office et invalider ce plafond de réduction s'il viole les articles 1170, 1171 ou 1231-3 du Code civil. En second lieu, le juge recouvrera son office en cas de stipulation d'un « *forfait de réduction* » pouvant être qualifié de clause pénale⁸⁴⁸. Il sera nécessaire que la clause de réduction du prix corresponde à un montant fixé à l'avance et revêtant un caractère indemnitaire, forfaitaire et comminatoire⁸⁴⁹. La jurisprudence a déjà à plusieurs reprises opéré une requalification d'une clause de réduction du prix en clause pénale (avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016)⁸⁵⁰. En l'espèce, dans ces affaires, il s'agissait d' « *une clause pénale accordant une réduction de prix au client final* »⁸⁵¹ sur des bons de commande, de « *la demande en réduction de prix en exécution d'une clause pénale* »⁸⁵², ou encore d' « *une clause pénale portant réduction du prix des actions cédées* ». Dans cette hypothèse, l'exercice abusif de la réduction du prix devra alors suivre deux principales règles relatives à la clause pénale, à savoir, le pouvoir pour le juge de « *modérer ou augmenter la*

⁸⁴⁶ CA, Paris, pôle 2, ch. 1, 8 oct. 2019, n° 17/10662 ; CA, Aix-en-Provence, 8^{ème} ch. C, 21 juin 2018, n° 16/07216 ; CA, Paris, pôle 2, ch. 1, 8 oct. 2019, n° 17/10662 ; CA, Aix-en-Provence, 8^{ème} ch. B, 27 sept. 2018, n° 15/08783.

⁸⁴⁷ CA, Paris, pôle 5, ch. 3, 7 oct. 2015, n° 13/16833 ; CA, Paris, ch. 6 sec. B, 10 oct. 2002, n° 2001/03563.

⁸⁴⁸ A. BENABENT., « *Droit des obligations* », 16^e éd., 2017, Précis Domat LGDJ, n° 383. V. aussi : Y. LE MAUT, « *Remise en cause des promesses de cession de titres par leur requalification en clause pénale* », Actes pratiques et ingénierie sociétaire, n° 86, 2006, p. 1.

⁸⁴⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, n° 94-11.209 ; Cass. com. 29 janv. 1991, n° 89-16.446.

⁸⁵⁰ Cass. com. 3 déc. 1996, n° 94-13.530, 94-13.558 ; Cass. civ. 3^{ème}, 7 avr. 1993, n° 91-19.427 ; CA, Versailles, 12^{ème} ch., 2^{ème} sec., 18 janv. 2007, n° 05/07423.

⁸⁵¹ CA, Versailles, 12^{ème} ch., 2^{ème} sec., 18 janv. 2007, n° 05/07423.

⁸⁵² Cass. civ. 3^{ème}, 7 avr. 1993, n° 91-19.427.

pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.»⁸⁵³ ou lorsque l'engagement a été partiellement exécuté « *la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier* »⁸⁵⁴. Enfin, s'agissant de l'exécution forcée en nature indirecte, l'article 1222 du Code civil autorise le créancier à réclamer le remplacement de son débiteur ou détruire ce qui a été fait en violation des obligations de ce dernier à un « *coût raisonnable* ». Or, le raisonnable se définit par « *la modération, l'adaptation, et la proportionnalité* »⁸⁵⁵ et octroie « *un pouvoir général d'appréciation de la proportionnalité* »⁸⁵⁶ au juge. Ainsi, d'autres auteurs encore établissent un rapprochement entre l'exigence du raisonnable et le contrôle de proportionnalité, en ce sens « *L'essor du « raisonnable » en droit des obligations doit être rapproché du recours au contrôle de proportionnalité. Les deux notions conduisent in fine à accroître l'appréciation et l'immixtion judiciaires dans le contrat.* »⁸⁵⁷. Mme BEHAR-TOUCHAIS⁸⁵⁸ soutient également un tel rapprochement et estime que « *Même la jurisprudence applique parfois le principe de proportionnalité en parlant de raisonnable. C'est ainsi, par exemple, que dans un arrêt du 13 mai 1997, la chambre commerciale de la Cour de cassation a considéré qu'une clause d'approvisionnement minimum dans un contrat de distribution sélective ne présentait pas de caractère raisonnable, parce que l'obligation imposée au distributeur était disproportionnée par rapport au pourcentage des ventes du produit* »⁸⁵⁹. Force est donc de constater qu'il existe un lien étroit entre le « *coût raisonnable* » et le principe de proportionnalité. Ce lien devrait être exacerbé, et renforcer l'idée de l'édification d'une proportionnalité objective, dès lors que le « *coût déraisonnable* » infligé au débiteur est, comme pour la clause de réduction forfaitaire du prix, requalifié en clause pénale (V. supra). Dans ce cas, le juge dispose d'un double contrôle de proportionnalité objectif. Il peut ajuster le montant de la pénalité en cas de montant « *manifestement excessif ou dérisoire* »⁸⁶⁰ et, lorsque le contrat a été partiellement exécuté, réduire son montant « *à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier* »⁸⁶¹.

L'illicéité des clauses aménageant l'exécution forcée en nature en vertu de la « disproportion manifeste » exprimant la proportionnalité objective. La doctrine majoritaire estime que cette limite à l'exécution forcée en nature directe visée à l'article 1221 du Code civil invite le juge à procéder au contrôle de proportionnalité⁸⁶². En ce sens, l'emploi

⁸⁵³ Art. 1231-5 al. 2 C. civ.

⁸⁵⁴ Art. 1231-5 al. 3 C. civ.

⁸⁵⁵ G. KHAIRALLAH, *Le « raisonnable » en droit privé français, développements récents*, Rev. trim. dr. civ. 1984, p. 439 et s.

⁸⁵⁶ S. LE GAC-PECH, « *Contrats et obligations - Sauvons le contrôle de proportionnalité de la sanction* », JCP G, n° 38, 19 Septembre 2016, doctr. 991, n°24.

⁸⁵⁷ M. LAGELEE-HEYMANN, « *Le « raisonnable » dans le nouveau droit des contrats* », RDC 2018, n°3, p. 473, n°23.

⁸⁵⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS, « *Existe-t-il un principe de proportionnalité ?* », Rapport introductif, LPA, 30 sept. 1998, n° 15. Pour autant, Madame Behar-Touchais ne confond pas le principe de proportionnalité et l'exigence du raisonnable : « *Il me semble que la proportionnalité est une application de la notion de raisonnable, mais qu'elle n'est pas tout le raisonnable. La proportionnalité est tout d'abord ce qui est raisonnable par rapport aux objectifs poursuivis. Ensuite, il y a de nombreuses hypothèses où le raisonnable peut intervenir sans idée de proportion, chaque fois qu'il y a référence à une personne raisonnable, c'est-à-dire au bon père de famille.* »

⁸⁵⁹ Cass. com. 13 mai 1997, n° 95-14.035.

⁸⁶⁰ Art. 1231-5, alin. 2, C. civ.

⁸⁶¹ Art. 1231-5, alin. 3, C. civ.

⁸⁶² Y.-M. LAITHIER, « *Les sanctions de l'inexécution du contrat* », RDC 2016, hors-série, p. 39. ; N. ANCEL, « *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat* », RDC 2016, n°2, p. 408 ; H. BARBIER, « *L'exécution et la sortie du contrat* », RDC 2018, hors-série, p. 40 ; J. Cl. civ. c. « *Art. 1240 à 1245-17. Régime de la réparation. – Action en réparation. – Décisions judiciaires. Astreinte* », fasc. 224-20, n°75, par F. GREAU ; A.-S. EPSTEIN, « *La recodification du droit français des contrats et le droit européen* », revue des juristes de science po, n°12,

du « mot « manifeste » indique simplement l'existence d'un contrôle restreint portant sur la proportion de la peine par rapport aux faits reprochés »⁸⁶³. Cela a d'ailleurs bien inspiré la Chancellerie dans son projet de réforme de la responsabilité civile s'agissant de la mesure de réparation en nature laquelle ne pourrait être réclamée « en cas d'impossibilité ou de disproportion manifeste entre son coût pour le responsable et son intérêt pour la victime »⁸⁶⁴. Sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance du 10 février 2016 la percée du principe de proportionnalité au sein de l'exécution forcée en nature était déjà tangible et particulièrement perceptible en matière de demandes de mesures de démolition-reconstruction d'ouvrages. Ce qui a fait dire à M. GROSSER que « l'émergence récente d'un principe de proportionnalité dans des contentieux contractuels liés à des démolitions d'ouvrages révèle également que les juges ne sont pas totalement insensibles à des impératifs d'ordre économique »⁸⁶⁵. Tout d'abord, dans une première décision rendue par la Cour de cassation le 15 octobre 2015⁸⁶⁶ la pris en compte de la proportionnalité apparaît de manière à peine voilée. En l'espèce, un maître d'ouvrage avait signé un contrat de construction de maison individuelle avec fourniture de plans avec une société maître d'œuvre (la société Trecobat). Le maître d'ouvrage a refusé de réceptionner l'ouvrage délivré plusieurs désordres et non-conformités lui étant imputables. Après expertise, le maître d'œuvre décide d'assigner en justice le maître d'ouvrage pour qu'il réceptionne les ouvrages et lui verse le montant des travaux. Le maître d'ouvrage réclame l'annulation du contrat de construction et la démolition de l'ouvrage. Si la Cour d'appel de Rennes a pu prononcer l'annulation du contrat et la démolition de l'ouvrage sous astreinte, la Cour de cassation censure sa décision car cette dernière n'a pas recherché « si la démolition de l'ouvrage, à laquelle s'opposait la société Trecobat, constituait une sanction **proportionnée** à la gravité des désordres et des non-conformités qui l'affectaient, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». C'est donc parce que les juges du fond n'ont pas dans leur motivation pris en compte le caractère proportionné de la mesure d'exécution forcée en nature (la démolition) que leur décision a fait l'objet d'une censure par la Cour Régulatrice. Dans le même sens, la Cour de cassation a rendu une décision le 21 janvier 2016⁸⁶⁷. En l'espèce, le propriétaire d'un lot de lotissement avait sollicité le concours d'un maître d'œuvre pour mener des travaux d'extension de son lot sur un lot voisin. Le propriétaire du lot voisin décide d'assigner ce dernier pour obtenir la démolition de l'ouvrage au motif que cette extension ne respectait pas l'article 15 du cahier des charges du lotissement (document contractuel opposable à l'ensemble des colotis) limitant la superficie des constructions pouvant être édifiées. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence estime que les travaux d'extension ainsi menés contrevenaient au cahier des charges du lotissement et devaient être démolis en totalité. La Cour de cassation approuve en particulier l'arrêt rendu en ce qu' « une telle mesure poursuivant le but légitime d'assurer le respect du cahier des charges régissant les droits des colotis et n'apparaissant pas **disproportionnée** eu égard à la gravité de l'atteinte causée par l'extension litigieuse ». Plus récemment, le 2 mars 2020, la Cour d'appel de Bordeaux concernant une construction affectée par un risque réel portant sur

déc. 2016, act. 127 ; G. DURAND-PASQUIER, O. HERRNBERGER, « Vente d'immeubles à construire et réforme du droit des contrats », JCP N, n°30-34, 28 juill. 2017, 1243, n° 78 ; Y.-M. SERINET, « Droit des contrats », chr. Sous la dir. de J. GHESTIN, avec A.-S. BARTHEZ, P. GROSSER, G. LOISEAU, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, G. VIRASSAMY, JCP G, n°12, 21 mars 2016, doct. 345, n°6. ; G. GUERLIN, « Démolition-reconstruction d'ouvrage : dura lex, sed lex... », LEDC, juin 2018, n°6, p. 4 ; J. Cl. C. civ. « Art. 1221 et 1222, « Contrat. – Inexécution du contrat - exécution forcée en nature », fasc. unique, 22 juin 2017, n°8 par P. SIMLER.

⁸⁶³ M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », AJDA 1995. 156.

⁸⁶⁴ Projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017, art. 1261.

⁸⁶⁵ P. GROSSER, « L'exécution forcée en nature », AJ Contrats d'affaires – Concurrence - Distribution 2016, p.119.

⁸⁶⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 15 oct. 2015, n°14-23.612.

⁸⁶⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 21 janv. 2016, n°15-10.566.

sa solidité, estime que le maître d'ouvrage est fondé à réclamer sa démolition-reconstruction et que cette « *solution de démolition reconstruction totale d'un coût de 574 245 € HT n'est pas manifestement disproportionnée au regard de son intérêt pour le maître de l'ouvrage.* »⁸⁶⁸. Cette jurisprudence a encore été confirmée en matière de mesures de démolition d'ouvrages dans des décisions où certes le moyen lié à la proportionnalité n'a pas été retenu uniquement en raison de son caractère nouveau ; c'est ainsi que le juge peut être tenu de vérifier que la mesure de démolition réclamée « *porterait une atteinte disproportionnée au droit de propriété garanti par le texte conventionnel visé au moyen, au regard de l'impératif d'intérêt général poursuivi par la législation de l'urbanisme* »⁸⁶⁹. La Cour de cassation conforte cette lignée jurisprudentielle qui implique de vérifier si « *la demande tendant à la démolition et à la reconstruction des maisons, (...) se heurtait au principe de proportionnalité des réparations au regard de l'absence de conséquences dommageables des non-conformités constatées* »⁸⁷⁰. La proportionnalité est bien un argument dont les juges tiennent compte pour décider d'éventuellement refuser l'application de l'exécution forcée en nature ceci dès lors qu'est rapportée la « *preuve des faits de nature à établir le caractère disproportionné de la sanction* »⁸⁷¹. Cette montée en puissance de la proportionnalité a donc vu le jour s'agissant de l'exécution forcée en nature à l'article 1221 du Code civil, lequel écarte cette mesure en cas de « *disproportion manifeste* ». Il apparaît qu'en tant qu'expression de la proportionnalité objective, la stipulation d'une clause d'exécution « *coûte que coûte* »⁸⁷² selon Monsieur MAZEAUD « *iraît à contre-courant de l'attraction pour le contrôle de proportionnalité auquel le juge succombe plus souvent qu'à son tour en droit positif* »⁸⁷³.

⁸⁶⁸ CA Bordeaux, ch. civ. 2, 5 mars 2020, n°17/03272.

⁸⁶⁹ Cass. crim. 4 déc. 2018, n° 18-80.592 ; Cass. crim. 22 oct. 2019, n°18-85.913.

⁸⁷⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 17 nov. 2021, n° 20-17.218.

⁸⁷¹ Cass. civ. 3^{ème}, 27 mai 2021, n° 20-13.204 et n° 20-14.321.

⁸⁷² V. pour l'emploi de cette expression : H. BARBIER, « *Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016* », RTD civ. 2016.247, spéc. p. 253.

⁸⁷³ D. MAZEAUD, « *L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats* », D. 2016. P.2477, n°13. ; V aussi S. LE GAC-PECH, « *Le nouvel art de juger : quand la proportionnalité s'invite dans la mise en œuvre de la règle de droit* », RLDC, 2017. 48.

CONCLUSION DU TITRE I

L'analyse de la licéité des clauses ayant pour objet l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat concerne, comme nous avons pu le voir, les clauses de renonciation individuelle ou collective aux sanctions contractuelles ainsi que les clauses de facilitation de ces sanctions.

A l'issue de l'examen de ces clauses, on perçoit la place importante de la liberté pour les parties d'aménager les sanctions de l'inexécution du contrat et le fait que le standard juridique de l'ordre public ne semble pas enserrer de manière considérable ces clauses. Globalement, les sanctions de l'inexécution du contrat ainsi que leurs modalités de mise en œuvre ont une vocation supplétive et peuvent donc faire l'objet d'un aménagement contractuel. Ce n'est que dans certaines hypothèses que certaines dispositions légales relatives aux sanctions contractuelles sont susceptibles d'avoir une vocation impérative.

On a pu, par exemple, démontrer que serait illicite une clause ayant pour objet de renoncer à l'exception d'inexécution ou à l'exécution forcée directe en nature en matière de contrat à durée déterminée ou encore une clause visant à rendre possible l'exécution forcée en nature même en cas de « *disproportion manifeste* » au sens de l'article 1221 du Code civil ou celle imposant une faculté de remplacement ou de destruction au sens de l'article 1222 à un coût « *déraisonnable* ».

Dans le cadre de l'examen de la validité des clauses d'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat, il revient après avoir analysé la licéité de l'objet des clauses d'aménagement, d'analyser l'équilibre du contenu de ces clauses d'aménagement.

TITRE II : L'exigence d'équilibre du contenu des clauses d'aménagement relatives aux sanctions contractuelles

Les clauses d'aménagement sont soumises à une exigence d'équilibre laquelle se décline d'une part via la prohibition des clauses d'aménagement privant de sa substance l'obligation essentielle du contrat sur le fondement de l'article 1170 du Code civil (CHAPITRE I) et d'autre part via la prohibition des clauses d'aménagement créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties sur le fondement de l'article 1171 du Code civil (CHAPITRE II).

CHAPITRE I : la prohibition des clauses d'aménagement privant de sa substance l'obligation essentielle

Notion d'obligation essentielle au contrat. Le doyen CORNU définit l'obligation essentielle comme l' « *obligation en l'absence de laquelle le contrat ne peut déployer son utilité fondamentale* »⁸⁷⁴ En effet, il est couramment enseigné que dans tout contrat, il existe un minimum d'obligations « *irréductibles* », un « *noyau dur* »⁸⁷⁵ auquel il n'est pas possible porter atteinte au risque de vider ce dernier de son essence, de son obligation essentielle. M. JESTAZ soulignait encore que « *Il y a dans chaque contrat, de par son économie propre, une obligation qui en constitue la pièce essentielle.* »⁸⁷⁶. Historiquement, cette référence à l'obligation essentielle n'est pas sans rappeler la distinction romaniste reprise par POTHIER⁸⁷⁷, SAVIGNY⁸⁷⁸, et plus après par DURAND⁸⁷⁹ et d'autres⁸⁸⁰, entre trois catégories d'obligations au contrat : les *naturalia*, les *accidentalia* et les *essentialia*. Les premières sont enfermées et sous-entendues dans le contrat par l'interprétation de la volonté des parties, les deuxièmes font parties du contrat en raison de la stipulation de clauses particulières en ce sens et les troisièmes sont nécessaires au contrat sans lesquelles celui-ci ne pourrait subsister ; les *essentialia* se recoupent avec ce que le droit français moderne nomme les obligations essentielles. Ainsi, ces dernières doivent être entendues plus largement que la seule prestation caractéristique du contrat, celle « *qui pèse le plus fortement et le plus spécifiquement sur l'ensemble du régime de telle ou telle figure contractuelle* »⁸⁸¹. Selon une vue plus synoptique et comparatiste, ce concept d'obligation essentielle est à rapprocher de celui d' « *obligation fondamentale* »⁸⁸², davantage usité en Common law. Le Professeur DELEBECQUE décrivait cet emploi de la notion d' « *obligation fondamentale* » et son application par les juges anglais

⁸⁷⁴ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *obligation essentielle* », p. 418.

⁸⁷⁵ Ph. DELEBECQUE, « *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats* », thèse, 1981, n° 132 et n° 175.

⁸⁷⁶ Ph. JESTAZ, « *L'obligation et la sanction : A la recherche de l'obligation fondamentale* » in « *Autour du droit civil. Écrits dispersés - idées convergentes.* », Dalloz, 2005, p. 330.

⁸⁷⁷ R.-J. POTHIER, « *Traité des obligations* », 1824, 1^{ère} partie, n° 6.

⁸⁷⁸ M. de SAVIGNY, « *Le droit des obligations.* », t. 1, 1863, p. 31-34.

⁸⁷⁹ P. DURAND, « *Des conventions d'irresponsabilité.* », thèse, 1931, p. 26.

⁸⁸⁰ J. CHEVILLOTTE, « *Le louage de meubles corporels* », thèse, 1935, n° 27, p. 45 et 46.

⁸⁸¹ M.-E. ANCEL, « *La prestation caractéristique du contrat* », préf. L. AYNES, *Economica*, 2002, n° 7, p. 5.

⁸⁸² V. pour une analyse comparative de l'obligation « *fondamentale* » : R. SEFTON-GREEN, « *La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise* », thèse, L.G.D.J., 2000 (bien que pour Madame SEFTON-GREEN, sur le plan terminologique, ces notions d'obligation « *fondamentale* » et « *essentielle* » soient synonymes).

et américains ; selon lui, ces derniers « *refusent d'appliquer les clauses "odieuses" des contrats d'adhésion et utilisent pour rétablir l'équilibre des prestations, la théorie dite de "l'obligation fondamentale" : par elle, le juge peut déclarer inopposable une clause permettant à une seule des parties seulement de s'exonérer de l'obligation qui est de l'essence du contrat* ». »⁸⁸³. L'article 1170 du Code civil opère officiellement un détachement du lien établi par le passé entre l'obligation essentielle et le concept de cause⁸⁸⁴, l'obligation essentielle dispose désormais d'un fondement autonome sans passer par le détour de ce concept.

Identification des obligations essentielles au contrat. Les obligations « *essentielles* » ou « *accessoires* » trouvent naturellement leur source au sein du contenu contractuel, lequel doit être « *licite et certain* » (art. 1128 C. civ.). Selon le Professeur ROUVIERE, ces obligations définissent le contenu du contrat, l'opération contractuelle envisagée par les parties, son *negotium*⁸⁸⁵ ; plus précisément « *l'obligation essentielle est la qualification juridique de cette opération elle-même* »⁸⁸⁶. Il en découle que la recherche d'obligations essentielles pour chaque contrat devrait ressortir de l'analyse de son contenu, des droits et obligations qu'il contient. La liberté contractuelle sous-tend donc le contenu contractuel, et on le verra peut même inciter à la reconnaissance d'obligations « *essentielles* », mais celle-ci est nuancée par le choix réduit offert aux contractants entre « *plusieurs figures (contractuelles) connues* »⁸⁸⁷. En effet, M. DELEBECQUE a décrit la démarche à entreprendre pour que ressortent les obligations « *essentielle* » du contrat. Selon lui, « *Définir le contenu fondamental du contrat, c'est rechercher parmi les différents éléments du contrat les éléments centraux, spécifiques, qui traduisent l'opération juridique et économique que les parties veulent réaliser* »⁸⁸⁸. Certes, réaliser une telle entreprise peut s'avérer ardu et abstrait, car il est toujours difficile de déterminer avec certitude l'opération que les parties ont voulu réaliser lors de la conclusion du contrat, c'est-à-dire le type de contrat que ces dernières ont voulu conclure. Difficile mais pas impossible. Par le passé, M. BOYER a montré que la contrepartie ou cause au contrat pouvait être identique pour une « *même catégorie contractuelle* »⁸⁸⁹. Depuis, dans le prolongement de cette idée, d'autres auteurs soutiennent que la catégorisation des contrats permet de définir le ou les obligation(s) essentielle(s) au contrat. C'est ainsi que selon Mme GAUDEMET « *La considération de la fin servie par une catégorie de contrats permet donc d'identifier les obligations consubstantielles à chaque catégorie de contrats, celles à défaut desquelles le contrat catégorie correspondant n'existe pas. Ces obligations, qui forment la matière première de chaque catégorie, qui en font l'essence, sont souvent qualifiées d'« obligations essentielles »* »⁸⁹⁰. Ainsi, « *Tout type contractuel sert une finalité qui lui est propre.* »⁸⁹¹ d'où il peut en être déduit que, dans un contrat de bail, aucune clause ne peut porter atteinte à

⁸⁸³ Ph. DELEBECQUE, Fasc. 110 : clauses d'allègement des obligations, JCl. Contrats – Distribution, 5 avr. 2012, n° 87.

⁸⁸⁴ En effet, par le passé, Madame ROCHFELD, bien que favorable au rattachement de l'éradication des clauses remettant en cause les obligations essentielles au « *contrôle médiateur de l'absence de cause typique* », n'omettait pas de constater le développement avec une « *certaine autonomie* » de l'obligation essentielle sans référence directe à la cause (J. ROCHFELD, « *Cause et type de contrat* », préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1999, n° 480, p. 436-437).

⁸⁸⁵ F. ROUVIERE, « *Contenu du contrat* », fasc. 50, 22 mars 2010, JCl. contrats – distribution, n°11 et s.

⁸⁸⁶ F. ROUVIERE, « *Contenu du contrat* », fasc. 50, 22 mars 2010, JCl. contrats – distribution, n°15.

⁸⁸⁷ J. ROCHFELD, « *Cause et type de contrat* », préf. J. GHESTIN, thèse, L.G.D.J, 1999, n°55, p. 55 ; toutefois, Madame ROCHFELD précise que même sous une forme « *typique* », le contrat reste « *un acte de volonté* » des parties (*Ibid.*, n°54).

⁸⁸⁸ Ph. DELEBECQUE, « *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats* », thèse, 1981, n° 164.

⁸⁸⁹ L. BOYER, « *La notion de transaction - Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif* », thèse, recueil sirey, 1947, p. 104 à 120.

⁸⁹⁰ S. GAUDEMET, « *La clause réputée non écrite* », préf. Y. LEQUETTE, *Economica*, 2006, n° 491.

⁸⁹¹ S. GAUDEMET, « *La clause réputée non écrite* », préf. Y. LEQUETTE, *Economica*, 2006, n° 490.

l'obligation d'assurer la jouissance paisible de la chose louée ou de verser un loyer et, dans un contrat d'entreprise, aucune clause ne peut venir contredire l'indépendance juridique de l'entrepreneur vis-à-vis du maître d'ouvrage⁸⁹². Dans le même sens, Mme ROCHFELD estime que chaque contrat est composé « *d'éléments récurrents, indispensables pour atteindre le but assigné à la structure considérée et pour remplir ainsi sa fonction économique* »⁸⁹³, dans sa thèse cette dernière distinguait ainsi le contrat « *typique* » et « *atypique* »⁸⁹⁴. Le premier est celui qui manifeste « *une référence à un modèle contractuel préexistant* » alors que dans le second les parties refusent « *toute référence au type* » et créent « *elles-mêmes leur contrat, c'est-à-dire une structure contractuelle atypique, un contrat "maîtrisé"* »⁸⁹⁵. Or, l'auteur rattachait selon la forme « *typique* » ou « *atypique* » du contrat une cause en rapport avec ce type (une cause « *typique* » ou « *atypique* »), laquelle se rapprochait de l'obligation fondamentale en ce que ces dernières partageaient « *cette idée que l'on ne saurait porter atteinte aux éléments essentiels du contrat qui lui permettent d'atteindre son but* »⁸⁹⁶. De façon similaire, Mme GAUDEMET distinguait les contrats « *catégorie* » et « *hors catégorie* ». Mmes ROCHFELD et GAUDEMET s'accordent sur deux conditions, relativement proches, pour qu'un contrat « *atypique* » ou « *hors catégorie* » puisse être caractérisé. Pour Mme ROCHFELD « *il faut en premier lieu que chacune ait pu exercer sa volonté dans sa plénitude et maîtriser le contrat, sans entrave et à l'égalité de puissance de négociation* » et « *en second lieu, les parties doivent avoir mené un raisonnement individuel et avoir choisi de construire une structure atypique pour répondre à des besoins spécifiques non assouvis par un type contractuel existant.* »⁸⁹⁷ tandis que pour Mme GAUDEMET « *la finalité poursuivie par les parties doit être distincte de celles remplies par les catégories connues* » et « *les parties doivent avoir pu s'accorder sur une telle finalité* »⁸⁹⁸. Si l'on met de côté les contrats « *atypiques* » ou « *maîtrisés* » (lesquels sont assez marginaux en pratique⁸⁹⁹), force est donc de constater qu'en fonction de la catégorie de contrat voulue par les parties, certaines obligations seront jugées objectivement « *essentielles* » à l'aune de la catégorie de contrat en cause. Ces obligations sont liées à la fois à la qualification juridique retenue du contrat (contrat de vente, de louage, d'entreprise etc.), on peut parler d'obligation « *qualifiante* », mais aussi à son régime juridique (soit, les règles impératives applicables à cette qualification juridique), on parle d'obligation « *statutaire* »⁹⁰⁰. Cependant, les

⁸⁹² S. GAUDEMET, « *La clause réputée non écrite* », préf. Y. LEQUETTE, *Economica*, 2006, n° 490.

⁸⁹³ J. ROCHFELD, « *Cause* », *rép. dr. civ.* (Dalloz), sept. 2012 (actualisé en juin 2016), n°63.

⁸⁹⁴ V. toutefois GHESTIN qui rejette cette *summa divisio* entre contrat « *typique* » et « *atypique* » pour trois raisons : la conception des contrats typiques est trop rigide, et d'un dirigisme excessif, il existe un risque de répartition arbitraire entre ces deux types de contrat, ainsi qu'une utilité incertaine de cette distinction pour la définition de la cause (J. GHESTIN, « *Cause de l'engagement et validité du contrat* », *L.G.D.J.*, 2006, n°795 à 818).

⁸⁹⁵ J. ROCHFELD, « *Cause et type de contrat* », préf. J. GHESTIN, thèse, *L.G.D.J.*, 1999, n°55, p. 55.

⁸⁹⁶ J. ROCHFELD, « *Cause et type de contrat* », préf. J. GHESTIN, thèse, *L.G.D.J.*, 1999, p. 165, n°167. Cependant pour Madame ROCHFELD, la cause et l'obligation fondamentale ne sont pas deux notions identiques, selon elle, l'obligation fondamentale n'est qu'un « *épiphénomène* » de la cause typique (*Ibid.*, p. 165, n° 168).

⁸⁹⁷ J. ROCHFELD, « *Cause et type de contrat* », préf. J. GHESTIN, thèse, *L.G.D.J.*, 1999, n°69 et s.

⁸⁹⁸ S. GAUDEMET, « *La clause réputée non écrite* », préf. Y. LEQUETTE, *Economica*, 2006, n°461.

⁸⁹⁹ En effet, Madame ROCHFELD, préférant l'emploi du terme de contrat « *typique* » plutôt que celui de contrat « *nommé* », identifiait deux types de contrat atypiques : le contrat « *lourd* », lequel traite de « *la totalité des problèmes que pose une relation contractuelle donnée* » (formule que Madame ROCHFELD emprunte à Monsieur MOUSSERON) et le contrat nommé avec adjonction d'une finalité « *atypique* » (cette dernière cite l'exemple du contrat de bail dans lequel un bailleur loue pour percevoir des loyers mais aussi pour que son bien soit habité et ne soit pas cambriolé). Toutefois, Madame ROCHFELD, concède qu'il existe en droit une prédominance des contrats « *typiques* » et que « *l'appréciation individuelle de la cause, hors des cadres objectifs, ne s'imposera que de façon exceptionnelle, subsidiaire, par rapport à celle qui est typique* » (J. ROCHFELD, « *Cause et type de contrat* », préf. J. GHESTIN, thèse, *L.G.D.J.*, 1999, n°59 à 68).

⁹⁰⁰ C. GRIMALDI, « *Les clauses portants sur une obligation essentielle* », *RDC* 2008, n°4, p. 1095.

obligations « *qualifiantes* » apparaissent comme les plus significatives, les obligations « *statutaires* » n'étant « *essentiels* » au contrat que dans la mesure où elles sont impératives⁹⁰¹. De manière classique, le contrat de vente comprendrait ainsi comme obligation essentielle l'obligation de délivrance de la chose achetée et le paiement du prix ou encore le contrat de louage comprendrait l'obligation de mise à disposition du bien loué et le versement du loyer. Ces obligations « *essentiels* » découlent directement de la qualification juridique du contrat. Ces contrats comprennent également des obligations « *essentiels* » inhérentes au régime juridique du contrat ; par exemple, la garantie d'éviction du fait personnel en matière de vente, ce qui ne serait en revanche pas le cas de la garantie d'éviction du fait d'un tiers. Par ailleurs, si l'article 1170 du Code civil fait référence à la seule « *obligation essentielle* », au singulier, plusieurs obligations essentielles peuvent pourtant exister dans un même contrat, également pour une même partie : « *Quelquefois la même partie aura deux obligations fondamentales, l'une apparaissant alors comme le prolongement de l'autre (obligation, pour le dépositaire, de conserver et de restituer)* »⁹⁰². La jurisprudence antérieure ou postérieure au jour de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 évoque, de manière plus ou moins explicite, l'existence de plusieurs obligations essentielles dans un contrat pour une même partie⁹⁰³. Mais au-delà de ces indications et directives d'ordre général, il s'avère qu'en pratique déterminer une ou plusieurs obligation(s) essentielle(s) à un contrat est une aventure périlleuse et incertaine. Selon M. GENICON « *la mise en évidence d' « une » obligation essentielle est souvent une vue de l'esprit, portée par une analyse doctrinale très abstraite des engagements : en réalité, le contrat est généralement composite et éclate en une myriade d'obligations plus ou moins détachables les unes des autres, seule la trame de prestations parallèles et successives finissant par constituer, par agglomération, un noyau central.* »⁹⁰⁴. Ce dernier poursuit en affirmant qu'il est ainsi « *Difficile, dès lors, de démêler l'écheveau, la césure entre « une » obligation essentielle et « des » obligations accessoires n'étant pas dépourvue d'artifice : de près ou de loin, toutes les obligations du contrat peuvent être considérées comme partie intégrante de l'obligation essentielle, car elles sont toutes mises au service de la pleine réalisation de l'objet de la convention.* »⁹⁰⁵. Il est intéressant de noter que pour M. GENICON la recherche de l'obligation essentielle dans le contrat est, de façon prosaïque, comparable à l'« *épluchage* » d'un oignon, « *une succession d'enveloppes s'enrobant les unes les autres, sans que l'on sache jamais vraiment à quel instant arrêter l'épluchage pour trouver, enfin, le cœur du pacte.* » et ce dernier en conclu donc que « *c'est très exactement pour cette raison que les qualifications jurisprudentielles sont aussi imprévisibles et variables : tout dépend de l'instant où l'on décide d'arrêter d'« éplucher » le*

⁹⁰¹ C. GRIMALDI, « *Les clauses portant sur une obligation essentielle* », RDC 2008, n°4, p. 1095.

⁹⁰² Ph. JESTAZ, « *L'obligation et la sanction : A la recherche de l'obligation fondamentale* » in « *Autour du droit civil. Écrits dispersés - idées convergentes.* », Dalloz, 2005, p. 330. V. aussi : S. GAUDEMET, « *La clause réputée non écrite* », préf. Y. LEQUETTE, Economica, 2006, n° 492 ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n° 437 ; M. MEKKI, « *Contrats et obligations – Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle (C. civ., art. 1170)* », JCP N, n° 46, 18 nov. 2016, p. 6

⁹⁰³ Par exemple : V. pour le contrat de travail : CA, Paris, pôle 6, ch. 6, 4 mars 2020, n° 17/15078 ; CA, Paris, pôle 6, ch. 6, 27 mai 2020, n° 18/00512 ; CA, Paris, pôle 6, ch. 6, 4 janv. 2017, n° 15/07889 ; CA, Paris, pôle 6, ch. 8, 12 oct. 2017, n° 15/01040. V. pour le contrat de bail : CA, d'Aix-en-Provence, pôle 1, ch. 7, 28 mai 2020, n° 19/14221 ; CA, Amiens, ch. éco. 26 déc., 2019, n° 18/02512 ; CA, Versailles, ch. 12, 11 sept. 2018, n° 17/03209 et n° 17/03211. V. pour le contrat d'assurance : CA, d'Aix-en-Provence, pôle 3, ch. 1, 28 mai 2020, n° 17/11544. V. pour le contrat de distribution : CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 15 nov. 2017, n° 15/10359, n° 15/25001, n° 15/10379, n° 15/10372, 15/10382 etc. V. pour le contrat de prêt : CA, Metz, 1^{ère} ch. civ., 27 avr. 2017, n° 15/00411. V. pour le contrat d'intégration : CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 7 févr. 2020, n° 17/07808.

⁹⁰⁴ Th. GENICON, « *Le régime des clauses limitatives des réparation : état des lieux et perspectives* », RDC 2008, n°3, p. 982, spéc. n°9.

⁹⁰⁵ Th. GENICON, « *Le régime des clauses limitatives des réparation : état des lieux et perspectives* », RDC 2008, n°3, p. 982, spéc. n°9.

*contrat... »*⁹⁰⁶. Partant, malgré les travaux de la doctrine en ce sens, il faut avouer qu' « *il est bien difficile de délimiter les contours de la notion d'essence du contrat.* »⁹⁰⁷. Néanmoins, cela n'a pas empêché bon nombre d'auteurs de proposer des distinctions entre les obligations « *essentielles* » et les obligations « *secondaires* »⁹⁰⁸ ou encore entre les obligations « *essentielles* » et les obligations « *non essentielles* »⁹⁰⁹. Pour pallier l'incertitude entourant la qualification de telles obligations, il apparaît alors essentiel de connaître l'incidence que pourrait avoir la volonté des parties pour influencer ou inciter le juge à reconnaître des obligations comme essentielles.

Le renforcement de l'obligation essentielle du contrat de par la volonté implicite ou explicite des parties freinant ainsi la mise en œuvre de l'action en indemnisation. En doctrine, il apparaît que toute obligation peut être conventionnellement « *essentialisée* » : « *Parce que l'obligation subjectivement essentielle a déterminé le consentement de la partie qui s'est engagée, elle constitue pour elle le cœur de l'engagement contractuel : on la nommera obligation déterminante.* »⁹¹⁰. Lorsque l'on abordera le fait que la volonté des parties peut « *essentialiser* » des obligations, il s'agira non seulement de celle matérialisée expressément au sein du contrat mais aussi celle qui sous-tend réellement le contrat, sans nécessairement y être expressément formalisée, soit le *negotium*⁹¹¹. En effet, même si des stipulations apparaissent comme prenant position sur l'obligation « *essentielle* », le juge ne doit pas s'arrêter à celles-ci mais restituer leur exacte qualification à l'aune des faits soumis à leur appréciation (ainsi, l'article 12 du Code de procédure civile prescrit au juge de « *donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* »). Classiquement, M. JESTAZ distinguait les obligations fondamentales par nature et les obligations qui deviennent fondamentales « *par la volonté des parties* »⁹¹². Selon lui, « *la volonté des parties, paradoxalement plus forte que celle du législateur, pourrait bien hisser une obligation annexe au premier rang ex-aequo du contrat, en faisant l'accessoire indispensable de l'obligation fondamentale : car peu importe que, par nature, une obligation ait un caractère secondaire si en l'espèce le créancier lui attribue un rôle déterminant.* »⁹¹³. Ainsi, pour M. JESTAZ « *le caractère fondamental de l'obligation peut résulter d'une volonté explicite ou implicite* »⁹¹⁴, les parties sont donc en capacité de subjectivement « *essentialiser* » des obligations objectivement accessoires. A l'appui de son propos, M. JESTAZ cite un très ancien arrêt du 21 janvier 1807⁹¹⁵ dans lequel la chambre des requêtes retient la condamnation d'un transporteur à

⁹⁰⁶ Th. GENICON, « *Le régime des clauses limitatives des réparation : état des lieux et perspectives* », RDC 2008, n°3, p. 982, spéc. n°9.

⁹⁰⁷ Ph. DELEBECQUE, Fasc. 110 : clauses d'allègement des obligations, JCl. Contrats – Distribution, 5 avr. 2012, n° 86 ; V. aussi : Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, JCP G, n°28-29, 12 juill. 2010, 787, obs. D. HOUTCIEFF (« *L'obligation essentielle est certes une notion vaporeuse et incertaine. Elle est trop souvent opportunément découverte par un juge désireux de protéger une partie supposément faible des effets d'une clause prétendument excessive* »).

⁹⁰⁸ V. par exemple : F. ROUVIERE, « *Contenu du contrat* », fasc. 50, 22 mars 2010, jurisclasseur contrats – distribution.

⁹⁰⁹ V. par exemple : C. AUBERT DE VINCELLES, C. NOBLOT, « *Bail* », Rép. dr. immo. Sept. 2018 (actu. juin 2020), n°173-174.

⁹¹⁰ C. GRIMALDI, « *Les clauses portant sur une obligation essentielle* », RDC 2008, n°4, p. 1095.

⁹¹¹ F. ROUVIERE, « *Contenu du contrat* », Fasc. 50, 22 mars 2010, JCl. contrats – distribution, n°11 et s.

⁹¹² Ph. JESTAZ, « *L'obligation et la sanction : A la recherche de l'obligation fondamentale* » in « *Autour du droit civil. Écrits dispersés - idées convergentes.* », Dalloz, 2005, p. 339.

⁹¹³ Ph. JESTAZ, « *L'obligation et la sanction : A la recherche de l'obligation fondamentale* » in « *Autour du droit civil. Écrits dispersés - idées convergentes.* », Dalloz, 2005, p. 330.

⁹¹⁴ Ph. JESTAZ, « *L'obligation et la sanction : A la recherche de l'obligation fondamentale* » in « *Autour du droit civil. Écrits dispersés - idées convergentes.* », Dalloz, 2005, p. 340.

⁹¹⁵ Cass. req., 21 janv. 1807, S. 1807, 1, 138.

indemniser son client en raison d'une glace brisée durant le déménagement d'objets malgré la stipulation d'une clause écartant toute responsabilité du transporteur pour bris d'objets fragiles. L'argument décisif selon l'auteur est que l'expéditeur avait acquitté une taxe en raison de la fragilité des objets pouvant être transportés. La condamnation du transporteur est donc liée au fait que le client avait, de cette façon, « *acheté la sécurité* » des objets transportés. Le client a donc essentialisé l'obligation de sécurité du transporteur, la garantie contre l'avarie d'objets fragiles est donc par la volonté des parties passée sous le giron de l'obligation « *essentielle* ». M. JESTAZ cite également d'autres arrêts où la volonté des parties a pu rendre des obligations « *essentielles* » par le truchement de la faute lourde⁹¹⁶. Dans un premier arrêt la Cour de cassation confirme la Cour d'appel d'avoir écarté la limitation des responsabilités sur la base d'une faute lourde. En effet, le vendeur avait « *formellement promis qu'en raison du prix élevé convenu, supérieur à celui des maisons concurrentes l'appareil livré serait d'une exceptionnelle robustesse* »⁹¹⁷. Puis, dans un second arrêt, un marchand ambulant avait garé le véhicule de son client à l'extérieur et tout le contenu a été volé durant la nuit. La Cour de cassation estime que le prix élevé payé par le client justifie que le marchand doive une obligation de garer le véhicule à l'intérieur, en sécurité⁹¹⁸. A ce stade, on peut en déduire que l'obligation voulue comme « *essentielle* » doit, d'une part, *in concreto* pouvoir être vérifiée comme telle par le juge et le contrat peut utilement venir préciser qu'une prestation complémentaire (donc *a priori* accessoire) à la prestation principale a corrélativement pour contrepartie un prix ou un coût supplémentaire payé. La prestation complémentaire viendrait ainsi se greffer à la prestation principale et s'inscrirait dans le prolongement de son caractère « *essentiel* »⁹¹⁹. Une obligation accessoire serait alors conçue comme « *complémentaire voire inhérente aux obligations principales* »⁹²⁰ du contrat. Une telle stipulation permettrait d'inciter et convaincre le juge de reconnaître le caractère « *essentiel* » d'une obligation et de faire également entrer plus aisément dans le champ contractuel un élément contextuel d'une importance fondamentale pour les parties (par exemple, le fait qu'un prix pratiqué soit élevé par rapport à la concurrence en raison de la fourniture d'une prestation supplémentaire de sécurité des marchandises transportées). Cette intervention de la volonté des parties permettrait ainsi dans une certaine mesure de juguler les incertitudes et les « *insondables mystères* » liés à la distinction entre les obligations essentielles et accessoires du contrat⁹²¹. Plus récemment, deux autres arrêts bien connus confirment et s'inscrivent dans le cadre de cette jurisprudence antérieure. Tout d'abord, c'est le cas du célèbre arrêt dit « *Chronopost I* »⁹²² auquel il est attaché une « *très grande autorité* »⁹²³ en doctrine. En l'espèce, un expéditeur (la société Banchereau) avait confié à deux reprises un pli pour une soumission à une adjudication d'un marché de viande à un transporteur (la société Chronopost). L'expéditeur avait choisi pour l'acheminement des plis

⁹¹⁶ Ph. JESTAZ, « *L'obligation et la sanction : A la recherche de l'obligation fondamentale* » in « *Autour du droit civil. Écrits dispersés - idées convergentes.* », Dalloz, 2005, p. 340-341.

⁹¹⁷ Cass. com. 7 juin 1952, D. 1952, 651.

⁹¹⁸ Cass. com. 25 mars 1963, D. 1964.

⁹¹⁹ En effet, dans une telle situation selon le Professeur ROUVIERE « *la clause complète la définition même de l'élément principal, on ne peut plus parler d'un élément purement accessoire car la définition même de l'obligation essentielle est visée (...). Les clauses complémentaires dont il est ici question sont les clauses qui complètent l'obligation essentielle, bref sont un élément de la définition même de l'opération contractuelle, de l'un au moins de ses éléments constitutifs, par exemple, le prix pour la vente, l'étendue de l'obligation de jouissance pour le bail etc.* » (F. ROUVIERE, « *Contenu du contrat* », Fasc. 50, 22 mars 2010, JCl. contrats – distribution, n°80).

⁹²⁰ N. BOUCHE, « *L'obligation de surveillance de la personne du créancier* », LPA 14 mars 2003, n° 53, p. 6, n° 1.

⁹²¹ Cass. civ. 3^{ème}, 21 janv. 2009, n° 08-10439, RDC 2009, n°3, p. 1103, obs. J.-B. SEUBE.

⁹²² Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632.

⁹²³ Y.-M. LAITHIER, « *L'éradication de la clause limitative de réparation en cas de manquement à une obligation essentielle : « Chronopost », dix ans après* », RDC 2006, n°4, p. 1075.

les modalités de livraison « *J+1 avant 12 heures* » (tout envoi déposé la veille devait être livré à domicile le lendemain avant midi) et à deux reprises un incident n'a pas permis de respecter ces délais de livraison. Bien que le transporteur ait remis à l'expéditeur à deux reprises des bons de transport gratuits, les défaillances du transporteur ont privé l'expéditeur de deux marchés. Ce dernier décide donc d'assigner en réparation de son préjudice subi le transporteur alors que celui-ci a invoqué la clause du contrat limitant l'indemnisation au prix du transport acquitté par l'expéditeur. La Cour d'appel de Rennes dans son arrêt du 30 juin 1993 estime notamment « *qu'il ne suffit pas que les plis même acheminés par un spécialiste du transport rapide, facturant ses prestations à un prix plus élevé que le service public et faisant de sa célérité et de sa fiabilité un argument de vente, soient parvenus à plusieurs reprises avec retard à leur destinataire pour qu'il s'en déduise automatiquement une faute lourde du transporteur* ». Autrement dit, l'onérosité du service de transport et les arguments publicitaires de célérité formulés par le transporteur ne permettent pas d'en déduire une faute lourde. Cependant, la Cour de cassation casse cet arrêt et dans son attendu de principe affirme au visa de l'ancien article 1131 du Code civil « *qu'en statuant ainsi alors que, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Bancheureau dans un délai déterminé, et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ». Dans cet arrêt Chronopost I, le prix élevé de l'envoi de plis postaux était justifié par l'obligation de célérité du transporteur et celle-ci avait de surcroît été mise en avant par lui-même pour faire sa publicité. Force est donc de constater qu'ici la Cour de cassation a nourrie son appréciation de la jurisprudence antérieure susmentionnée et citée par M. JESTAZ tenant compte de la volonté des parties, notamment du fait de payer un prix plus élevé par rapport à la concurrence pour obtenir une prestation supplémentaire de garantie ou de sécurité. Conformément à la volonté des parties, l'arrêt Chronopost vient compléter cette obligation « *essentielle* » de transport et de remise d'une chose à autrui avec l'adjonction d'une obligation de respect d'un délai déterminé soit une livraison « *J+1 avant 12 heures* ». Plus précisément, c'est la volonté unilatérale affichée par le transporteur via la remise d'une documentation publicitaire et d'enveloppes d'expédition qui sont venues prolonger cette obligation « *essentielle* », et la Cour d'appel a jugé que ces documents devaient entrer dans le champ contractuel. Ainsi, la volonté unilatérale du débiteur d'une obligation « *essentielle* » peut venir renforcer le contenu dans celle-ci. Même si en réalité le fait que les juges aient considéré ces documents comme devant entrer dans le champ contractuel les rattache à la volonté des parties ; il en résulte donc bien que ce renforcement de l'obligation « *essentielle* » a pour origine la volonté unilatérale d'un contractant et est réputé ensuite être la volonté des parties. Il s'agit donc d'un renforcement de l'obligation essentielle par la volonté implicite des parties. Un autre arrêt montre que les parties peuvent renforcer une obligation « *essentielle* » par une stipulation manifestant leur volonté expresse en ce sens. Dans sa décision du 2 décembre 1997⁹²⁴, la Cour de cassation par l'intercession de la faute lourde reconnaît la possibilité pour des contractants de prolonger par clause expresse une obligation « *essentielle* ». En l'espèce, un client (le responsable d'un magasin) avait conclu un contrat de télésurveillance de son magasin avec un prestataire (la société Brink's). Durant la nuit, un vol de bijoux a été commis et le système d'alarme s'est déclenché à deux reprises sans que le responsable du magasin en ait été averti par la société Brink's. Le client a donc décidé d'assigner le prestataire pour la réparation de son préjudice lié au vol. La Cour d'appel de Saint-Denis dans son arrêt du 17 octobre 1995, malgré la stipulation d'une clause en faveur du prestataire limitant sa responsabilité à la seule commission d'une faute lourde, a retenu la responsabilité de ce dernier du fait de n'avoir pas averti son client du déclenchement de

⁹²⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 2 déc. 1997, n° 95-21907 U.A.P. et autre c/ Baudin.

l'alarme. La Cour de cassation confirme ce raisonnement et relève que « *l'obligation faite à la société Brink's, en cas « d'intervention dynamique », d'appeler « si possible » les responsables du magasin, avait été stipulée au contrat par une clause expresse, de sorte qu'elle en constituait une des conditions substantielles, destinée à renforcer l'efficacité de la surveillance en provoquant la venue immédiate des responsables du magasin et en leur permettant de prendre sans délai toutes les dispositions utiles à la préservation de leurs biens* » ; la Cour en déduit que « *la cour d'appel a, dès lors, pu décider que le manquement constaté constituait une faute lourde engageant la responsabilité de la société Brink's* ». Ainsi, cet arrêt autorise donc les parties non pas à créer *ex nihilo* des obligations essentielles mais à stipuler une clause de renforcement d'une obligation « essentielle » au contrat, c'est-à-dire en l'espèce de l'obligation de surveillance inhérente au dispositif de système d'alarme. Partant, ce renforcement d'une obligation « essentielle » permet de préciser et/ou prolonger cette dernière et a pour origine la volonté bilatérale des parties. Le Professeur BENABENT en concluait que « *L'obligation essentielle se dégage non seulement par la nature même du contrat mais encore par la commune intention des parties (...)* »⁹²⁵. La validité d'une telle clause d'essentialisation⁹²⁶ qui « *Sans aller jusqu'à réinstaurer la cause* » (supprimée par la réforme du droit des contrats) est soutenue via l'introduction d'une clause « *d'interprétation générale par voie d'essentialisation* »⁹²⁷. Un exemple de rédaction d'une telle clause est proposé en doctrine : « *Toutes les clauses et stipulations du présent acte constituent des conditions essentielles des présentes, sans lesquelles les parties n'auraient pas contracté, et dont la suppression d'une seule d'entre elle, emportera la nullité de l'ensemble du contrat.* »⁹²⁸. De surcroît, cette clause devrait être validée en son principe en vertu de l'article 1188 du Code civil selon lequel le contrat s'interprète « *d'après la commune intention des parties* ». Une telle clause pourrait avoir une incidence sur le contrôle prévu à l'article 1170 du Code civil tant il est vrai que cette dernière « *fragilise le contrat en faisant dépendre son sort de clauses qui peuvent n'avoir qu'un caractère accessoire* »⁹²⁹. Pour reprendre la terminologie proposée par le Professeur GRIMALDI, la clause « *d'essentialisation* » placerait ainsi des obligations accessoires sous le giron de « *l'obligation déterminante* »⁹³⁰ c'est-à-dire la situation où « *l'obligation subjectivement essentielle a déterminé le consentement de la partie qui s'est engagée, elle constitue pour elle le cœur de l'engagement contractuel* »⁹³¹. Il nous semble toutefois que l'établissement d'une obligation essentielle d'émanation

⁹²⁵ A. BENABENT, « *Droit des obligations* », L.G.D.J préc. domat droit privé, 18^{ème} éd., 2019, n° 434.

⁹²⁶ En ce sens, le Professeur GRIMALDI affirme que « *Précisément, une clause contraire doit pouvoir ériger une obligation ni qualifiante ni statutaire en une obligation déterminante, en l' « essentialisant » (ex. : les modalités de versement du prix par l'acheteur au vendeur).* » (C. GRIMALDI, « *Les clauses portants sur une obligation essentielle* », RDC 2008, n°4, p. 1095). Le Professeur MAZEAUD dans le même sens reconnaît que « *l'obligation peut être dotée de la même vertu par la volonté des parties alors même qu'objectivement elle mérite au mieux le label d'obligation accessoire ; dans cette mesure, l'obligation est considérée comme essentielle en raison de l'importance particulière qu'y attachait le créancier* » (Cass. com., 13 février 2007, pourvoi n° 05-17407, RDC juill. 2007, n°3, p. 707, obs. D. MAZEAUD). V. également Cass. civ. 1^{ère}, 2 déc. 1997 n° 95-21907.

⁹²⁷ J.-M. DELPERIER et G. DURAND-PASQUIER, « *Contrats et obligations - L'équilibre du contrat (clauses de prix, clause abusive...)* », JCP N, n° 47, 20 nov. 2015, 1209, n° 28.

⁹²⁸ J.-M. DELPERIER et G. DURAND-PASQUIER, « *Contrats et obligations - L'équilibre du contrat (clauses de prix, clause abusive...)* », JCP N, n° 47, 20 nov. 2015, 1209, n° 29.

⁹²⁹ J.-M. DELPERIER et G. DURAND-PASQUIER, « *Contrats et obligations - L'équilibre du contrat (clauses de prix, clause abusive...)* », JCP N, n° 47, 20 nov. 2015, 1209, n° 30.

⁹³⁰ C. GRIMALDI, « *Les clauses portants sur une obligation essentielle* », RDC 2008, n°4, p. 1095.

⁹³¹ C. GRIMALDI, « *Les clauses portants sur une obligation essentielle* », RDC 2008, n°4, p. 1095 ; V. aussi Cass. civ. 1^{ère}, 2 déc. 1997 n° 95-21907, LPA 24 juill. 1998, n°88, p. 27, obs. M. BRITON (« *On saisit mal, à première vue, comment la preuve de l'inclusion d'une obligation dans le contenu du contrat peut permettre d'en déduire le caractère substantiel. Il s'agit manifestement de souligner que cette obligation était effectivement entrée dans le champ contractuel, ce qui doit permettre de supposer son caractère déterminant pour les parties.* »).

exclusivement conventionnelle et sans que celle-ci ne puisse être vérifiée par le juge *in concreto*, ne devrait pas avoir d'effet à l'égard de ce dernier. En effet, le juge n'est pas tenu par la dénomination donnée par les parties (art. 12 CPC). La liberté contractuelle pourrait donc essentiellement servir à renforcer ou prolonger une obligation essentielle, préalablement reconnue par le juge. Par ailleurs, il est vrai que cet arrêt opère un certain glissement terminologique, celui-ci parle volontiers de « *conditions substantielles* » en lieu et place de la référence aux concepts classiques « *d'obligations essentielle ou fondamentales* ». Toutefois, si cette référence évoque les vices du consentement ou le consentement au stade de la *punctuation*, les termes employés importent peu, tant le raisonnement usité par la Cour de cassation reste fidèle à sa méthode d'évaluation de l'atteinte à une obligation essentielle en l'espèce par le truchement de la faute lourde. Ainsi, « *si l'habillement change, l'idée qui sous-tend la jurisprudence sur ce point, demeure identique : la liberté contractuelle d'aménager les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles s'arrête là où commence l'essence (objective ou subjective) du contrat.* »⁹³². M. JESTAZ⁹³³ soulignait également que la volonté des parties pouvait non plus expressément mais implicitement avoir une incidence sur l'obligation « *essentielle* ». Ainsi, selon la Cour d'appel de Lyon⁹³⁴ en cas d'organisation par une société d'eaux minérales d'un garage pour sa clientèle, et de la remise par son préposé d'une voiture à un inconnu, l'écriteau déclinant toute responsabilité ne pouvait s'appliquer parce qu'il n'était pas établi que le propriétaire en ait eu connaissance et surtout en raison de « *l'organisation d'un garage surveillé, dont le coût est à l'évidence répercuté sur la clientèle (...) on pouvait dire que le client payait pour une surveillance spéciale, qui de ce fait devenait fondamentale* »⁹³⁵. De même, dans une affaire où le client d'un restaurant parisien huppé s'était fait voler son manteau, le restaurateur déclinait sa responsabilité en l'absence visible de surveillance et de ticket. Or selon le Tribunal cette obligation de garde était essentielle et « *trouve sa source dans le repas convenu dont elle n'était en définitive que l'accessoire indispensable, cette garde étant conditionnée par les circonstances et l'usage* »⁹³⁶. En effet, « *le client payait – fort cher, cela va de soi – à la fois pour dîner bien et pour recevoir un certain accueil compris dans le prix. Or le minimum d'accueil à quoi il puisse prétendre consiste à retrouver son manteau au sortir de l'établissement.* »⁹³⁷. Plus récemment, un arrêt⁹³⁸ se prononce sur la stipulation implicite d'une obligation prolongeant l'obligation « *essentielle* » de livraison de la chose achetée en matière de vente par l'indication d'un délai de rigueur. En l'espèce, un vendeur (la SA Tôlerie Chaudronnerie Mécanique TCM) a fixé sans aucune réserve un délai de livraison d'une semi-remorque dans un devis libellé pour un acheteur (la SA Delmond Foies Gras) ainsi « *délai de livraison à ce jour : juin 2008 – semaine 24* » et le bon de commande indiquait « *date de livraison : 1^{ère} quinzaine juin 2008* ». Le vendeur n'étant pas en capacité de livrer la semi-remorque à la date convenue, a acheté une semi-remorque d'occasion et l'a donnée à bail auprès de l'acheteur moyennant la remise d'un chèque de dépôt de garantie de 10 000 euros. Après environ deux mois d'attente, l'acheteur restitue la semi-remorque louée et annule sa commande. Le vendeur estime que cette résiliation le pénalise et réclame conformément aux conditions générales de vente une indemnité de 25 120 euros (tout en retenant le dépôt de garantie de 10 000 euros). De surcroît, l'article 3.1 de ces conditions générales prévoyait que « *les délais de livraison sont toujours*

⁹³² Cass. civ. 1^{ère}, 2 déc. 1997 n° 95-21907, D. 1998, p. 200, note D. MAZEAUD.

⁹³³ Ph. JESTAZ, « *L'obligation et la sanction : A la recherche de l'obligation fondamentale* » in « *Autour du droit civil. Écrits dispersés - idées convergentes.* », Dalloz, 2005, p. 342-343.

⁹³⁴ CA, Lyon, 24 janv. 1929, S. 1929, 2, 95.

⁹³⁵ Ph. JESTAZ, « *L'obligation et la sanction : A la recherche de l'obligation fondamentale* » in « *Autour du droit civil. Écrits dispersés - idées convergentes.* », Dalloz, 2005, p. 342.

⁹³⁶ T.I, Paris, 6^{ème} arrt., 6 déc. 1972, D. 1973, 323, note A.D.

⁹³⁷ Ph. JESTAZ, « *L'obligation et la sanction : A la recherche de l'obligation fondamentale* » in « *Autour du droit civil. Écrits dispersés - idées convergentes.* », Dalloz, 2005, p. 343.

⁹³⁸ CA Bordeaux, 21 nov., 2011, n° 10/02746.

donnés à titre indicatif sauf stipulation expresse contraire. Aucun dépassement de délai n'ouvre droit à dommages et intérêts au profit de l'acheteur, ni à retenue, ni à annulation ou résolution de la commande ». L'acheteur obtient une ordonnance d'injonction de payer du juge pour la somme retenue de 10 000 euros. Le vendeur assigne l'acheteur devant le Tribunal de commerce de Bordeaux aux fins d'obtenir sa condamnation pour résiliation fautive de la vente. Si le Tribunal de commerce a condamné l'acheteur à verser des dommages-intérêts au vendeur sur le fondement des conditions générales de vente, la Cour d'appel de Bordeaux infirme cette décision et estime que le vendeur ne peut se prévaloir de ces conditions générales. En effet, le bon de commande comportait un délai de livraison précis comme prévu par le devis initial. De sorte que « *Appliquer purement et simplement les seules conditions générales précitées concernant le délai de livraison et donc une clause limitative de responsabilité reviendrait ici à contredire l'obligation essentielle du vendeur de livrer la chose à la date convenue et donc la portée de l'engagement pris par lui. Aussi, cette clause doit être réputée non écrite en application de l'article 1131 du Code civil.* ». Il en résulte que de façon similaire à la jurisprudence Chronopost I, les juges ont rattaché à l'obligation « *essentielle* » de délivrance de la chose achetée, une délivrance dans un délai convenu, comme par le passé, la volonté contractuelle prolonge et renforce donc l'obligation « *essentielle* ». Surtout, comme l'indique l'arrêt rendu en appel, la seule mention d'un délai précis ou de rigueur (c'est-à-dire « *sans réserve* ») dans un bon de commande, vaut délai impératif et en fait donc une « *condition essentielle* » pour les parties. C'est pourquoi pour les juges bordelais « *si, malgré manquement du vendeur à cette obligation essentielle de livrer la chose à la date convenue, l'application d'une clause limitative de responsabilité contredit cette obligation et donc la portée de l'engagement pris, cette clause doit être réputée non écrite en application de l'article 1131 du Code civil.* ». Partant, la stipulation d'un délai de rigueur sans réserve, quand bien même des conditions générales de vente viendraient statuer en sens contraire, fait implicitement partie intégrante de l'obligation « *essentielle* » de livrer la chose achetée. Il convient alors d'identifier contractuellement l'obligation essentielle au contrat, de prolonger cette dernière à toute prestation complémentaire⁹³⁹ que l'on souhaite « *essentialiser* » et de justifier le montant de la limitation de responsabilité⁹⁴⁰. Ainsi, l'objet de cette clause devra être de « *hisser une obligation annexe au premier rang du contrat en faisant l'accessoire indispensable de l'obligation fondamentale* »⁹⁴¹. Pour que la clause « *d'essentialisation* » soit valable, comme expliqué précédemment, il faut qu'un délai impératif soit convenu *ab initio* au sein du contrat et que celui-ci soit considéré comme une obligation essentielle au contrat. Il sera donc déterminant de faire le départ dans le contrat entre, d'une part, les délais stipulés à titre indicatif et, d'autre part, les délais stipulés à titre impératif⁹⁴². Puis, il sera nécessaire de déterminer si ce délai impératif est une obligation

⁹³⁹ En effet, dans une telle situation selon le Professeur ROUVIERE « *la clause complète la définition même de l'élément principal, on ne peut plus parler d'un élément purement accessoire car la définition même de l'obligation essentielle est visée (...). Les clauses complémentaires dont il est ici question sont les clauses qui complètent l'obligation essentielle, bref sont un élément de la définition même de l'opération contractuelle, de l'un au moins de ses éléments constitutifs, par exemple, le prix pour la vente, l'étendue de l'obligation de jouissance pour le bail etc.* » (F. ROUVIERE, « *Contenu du contrat* », Fasc. 50, 22 mars 2010, JCl. contrats – distribution, n°80).

⁹⁴⁰ V. J.-B. SEUBE, « *Technique contractuelle* », JCP E, n° 51-52, 23 déc. 2010, 2134, n°8.

⁹⁴¹ M. BURGARD, « *L'avènement de la notion d'obligation essentielle dans le contrat* », LPA, 22 sept. 2010, n°189, p. 7.

⁹⁴² La plupart du temps, les délais sont considérés comme **impératifs** en présence des formulations suivantes : « *délivrance au plus tard le...* », « *dernier délai de délivrance* », « *livraison immédiate* » ou « *de suite* » (Cass. req., 21 juin 1933 : DH 1933, p. 412 ; Gaz. Pal. 1933, 2, p. 548 ; S. 1933, 1, p. 391), « *sans délai supplémentaire* », ou « *immanquablement le...* » ; « *livraison sous peine de résiliation de plein droit à l'échéance* », ou le fait qu'une clause du contrat obligeait à un nouvel accord de volontés pour tout délai supplémentaire de livraison (Cass. req., 16 févr. 1921 : S. 1922, 1, p. 86), à l'inverse, ils seront considérés comme **indicatifs** en présence des formulations suivantes : « *date donnée à titre de simple indication* » ou « *sans garantie de date* ».

essentielle pour le contrat. Or, si un tel délai est stipulé, il est en général rattaché à l'obligation essentielle de délivrance ou de livraison de la chose vendue et se fonde dans celle-ci grâce à la volonté des parties. Partant, un délai stipulé à titre impératif inhérent à une obligation essentielle principale emporte bien souvent la qualification d'obligation essentielle. Enfin, l'article 1225 du Code civil autorise les contractants à stipuler une clause résolutoire qui « précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution » laquelle infère indirectement une « essentialisation » des obligations au contrat. Des obligations *a priori* accessoires ou non essentielles peuvent être « essentialisées » via la stipulation d'une clause résolutoire de sorte qu'elle puisse être invoquée « quelque soit l'obligation inexécutée. Qu'elle soit fondamentale ou accessoire, les parties ont affirmé leur volonté d'obtenir une exécution scrupuleuse ou la résolution du contrat. »⁹⁴³. Ainsi, le fait d' « essentialiser » conventionnellement et subjectivement des obligations objectivement accessoires étant implicitement autorisé par l'article 1225 du Code civil, il devrait en aller de même s'agissant du mécanisme de l'article 1170 du Code civil. Ainsi, la logique voudrait que si une obligation est qualifiée d'essentielle et déterminante pour l'engagement des parties au sein de la clause « Obligations des parties », la clause résolutoire du contrat devrait également mentionner celle-ci. A défaut, le juge pourrait estimer que les clauses d' « essentialisation » ne sont pas claires et précises ce qui pourrait l'inciter à déterminer lui-même les obligations objectivement essentielles au contrat en cause nonobstant la volonté des parties. Néanmoins, il convient de nuancer ce lien entre la stipulation de la clause résolutoire et l'obligation essentielle en ce que les obligations identifiées au sein de la clause résolutoire ne sont pas nécessairement « essentielles » pour les parties, simplement le fait que celle-ci mentionne certaines obligations constitue un indice pour démontrer l'importance de ces dernières pour les parties⁹⁴⁴. De plus, de la même façon qu'une inexécution totale ou partielle peut entraîner la résolution judiciaire du contrat, la violation d'une obligation accessoire ou essentielle peut également emporter l'application de cette action résolutoire⁹⁴⁵.

Les typologies de clauses d'aménagement de la responsabilité contractuelle concernées.

Il est vrai qu'il existe de longue date, depuis le début du XX^{ème} siècle, une distinction entre d'une part « les convention qui ont pour objet de déterminer les conditions d'existence de la responsabilité contractuelle ou délictuelle et pour effet d'empêcher cette responsabilité de naître (puisqu'en a disparu un des éléments constitutifs) et d'autre part les conventions différentes, par lesquelles un individu, tout en reconnaissant l'existence de sa responsabilité déclare qu'il n'entend pas en assumer les conséquences »⁹⁴⁶. La doctrine⁹⁴⁷ en a déduit l'existence de deux typologies de clauses parmi celles aménageant la responsabilité contractuelle, les clauses de non-obligation (excluant l'existence même d'obligations) et les clauses limitatives ou élusives (ou exonération) de responsabilité (visant à restreindre ou

fixe » (CA Paris, 5 mai 1961 : Gaz. Pal. 1961, 2, p. 363.), « date de délivrance approximative » ; « sans engagement » (CA Limoges, 5 déc. 1925 : Gaz. Pal. 1926, 1, p. 495), etc. (J. GATSI, mis à jour par Th. GENICON, JCl. Contr. Distr., Fasc. 290 : Vente commerciale. – Obligation de délivrance du vendeur. – Mise à disposition de la chose, 20 avr. 2009, mis à jour : 30 oct. 2014, n°74 et 77).

⁹⁴³ Ch. PAULIN, « La clause résolutoire », Thèse, LGDJ, 1996, n° 138.

⁹⁴⁴ Par exemple, pour PAULIN, la clause résolutoire a un caractère accessoire et « Sanctionnant l'inexécution d'une obligation, elle est distincte des clauses déterminant les obligations principales de la convention » (Ch. PAULIN, « La clause résolutoire », Thèse, LGDJ, 1996, n° 121).

⁹⁴⁵ C. CHABAS, « Résolution – Résiliation – Conditions de la résolution pour inexécution », Rép. dr. civ., oct. 2010 (actualisé en nov. 2018), n°60.

⁹⁴⁶ P.-J. DURAND, « Des conventions d'irresponsabilité », thèse, 1931, n°4.

⁹⁴⁷ V. par exemple : D. HOUTCIEFF, « Droit des contrats », manuels 4^{ème} éd., Bruylant, 2018, collection paradigme, n°1062 à 1075 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « Droit des obligations », L.G.D.J., 10^{ème} éd., 2018, n°980 à 988 ; M. FABRE-MAGNAN, « Droit des obligations – 1. Contrat et engagement unilatéral », 5^{ème} éd. : Thémis droit PUF 2019, p.828, n°1084 ; Ph. DELEBECQUE, Fasc. 110 : clauses d'allègement des obligations, JCl. Contrats – Distribution, 5 avr. 2012, n°1 à 51.

supprimer la réparation de l'inexécution d'obligations). Il reviendra toutefois dans nos développements de ne pas retenir une telle distinction entre les clauses dites limitatives ou élusives de responsabilité et les clauses de non-obligation, en pratique et d'après la jurisprudence ces dernières ne se distinguent pas réellement mais reviennent à peu près au même résultat⁹⁴⁸. Parmi les clauses d'aménagement qui retiendront ici notre attention, il y aura les clauses de freinage et les clauses de renonciation. Comme nous le verrons, la jurisprudence n'apprécie pas de la même façon ces deux typologies de clauses en particulier s'agissant des clauses relatives à l'action en dommages-intérêts.

Illustration de la consécration prétorienne de la différence d'appréciation juridique des clauses de freinage et de renonciation par la différence d'appréciation entre la clause limitative de responsabilité et la clause de renonciation aux dommages-intérêts. A titre d'illustration, citons la différence d'appréciation entre la clause limitative de responsabilité et la clause de renonciation à l'action en responsabilité. Il existe une jurisprudence assez fournie sur la clause de renonciation anticipée aux dommages-intérêts et sur la question de leur validité au regard des obligations « essentielles » au contrat. Or, il appert selon la jurisprudence que la clause de renonciation et la clause de freinage n'ont pas la même portée, une appréciation plus stricte s'applique quant à la clause de renonciation et l'atteinte à l'obligation « essentielle » du contrat qui en découle. On retrouve d'ailleurs cette distinction entre les clauses de renonciation à la responsabilité et limitative de responsabilité au sein des contentieux concernant des contrats signés avec des personnes publiques. En effet, l'article L 2131-10 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) « *Sont illégales les décisions et délibérations par lesquelles les communes renoncent soit directement, soit par une clause contractuelle, à exercer toute action en responsabilité à l'égard de toute personne physique ou morale qu'elles rémunèrent sous quelque forme que ce soit.* » Les clauses de renonciation à l'action en indemnisation sont donc frappées d'illicéité, à l'inverse, les clauses simplement limitatives de responsabilité sont en principe valables à moins que leurs effets soient assimilables ou similaires aux clauses rendues illégales par l'article L. 2131-10 précité⁹⁴⁹. En droit privé, de telles clauses sont également susceptibles d'être réputées non écrites : « *les clauses qui ont pour objet d'exclure toute responsabilité du débiteur et les clauses qui, en fixant un plafond de réparation dérisoire, ont ce même effet.* »⁹⁵⁰. Or, de telles clauses signées avec des parties privées connaissent également une validité différente selon qu'il s'agisse d'une clause de renonciation à la responsabilité ou limitative de responsabilité. A titre liminaire, de manière spécifique dans le cadre de l'application de la convention de Genève du 19 mai 1956 portant sur le transport international de marchandises par route, la jurisprudence⁹⁵¹ a pu rappeler toute l'importance de faire le départ entre les clauses limitatives de responsabilité et d'exclusion totale de responsabilité en cas de retard. En effet, si par principe la limitation de responsabilité est applicable, en l'espèce, l'article 23.5 de la convention invoquée disposait qu' « *En cas de retard, si l'ayant droit prouve qu'un préjudice*

⁹⁴⁸ V. sur ce point : A. BENABENT, « *Droit des obligations* », L.G.D.J préc. domat droit privé, 17^{ème} éd., 2018, n° 433 : en effet, le Professeur BENABENT qualifie de clause de non-responsabilité le fait de « *stipuler qu'un débiteur ne doit pas telle prestation ou qu'il n'est pas responsable si elle n'est pas fournie revient souvent au même* ». Pour récuser cette distinction, ce dernier cite également plusieurs décisions en ce sens (Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 1988, D. 1989.349, note Delebecque ; Ass. plén., 30 juin 1998, JCP 1998 II.10146 ; Cass. com., 26 avr. 2017, n°15-23.239) ; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, « *Droit des obligations* », 14^{ème} éd., 2017, Lexisnexus, n°805, p. 727 (constatant un traitement similaire des clauses qui suppriment des obligations et celles qui limitent ou suppriment la responsabilité).

⁹⁴⁹ V. par exemple : CE, 28 janv. 1998, n° 138650 ; CAA de Paris, form. plén. 23 avr. 1992, AJDA 1993. 140 ainsi que l'analyse proposée par le Professeur Moderne (F. MODERNE, « *A propos des clauses limitatives de responsabilité contractuelle* », RDI 2004. 386).

⁹⁵⁰ D. MAZEAUD, « *Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ?* », D. 2010. 1832, n°7.

⁹⁵¹ Cass. com., 9 mai 2018, n° 17-13.030.

en est résulté, le transporteur est tenu de payer pour ce préjudice une indemnité qui ne peut pas dépasser le prix du transport. ». La Cour de cassation a censuré l'arrêt de la Cour d'appel qui a retenu l'application de la clause limitative de responsabilité car il s'agissait en réalité d'une clause d'exonération totale de responsabilité, et conclut ainsi qu'« une clause contractuelle qui exonère le transporteur de toute responsabilité pour retard est nulle »⁹⁵². Dans des affaires où le droit interne français était applicable, on peut citer plusieurs affaires soumises à l'appréciation de Cour d'appel concernant des clauses limitatives de réparation. Tout d'abord, la Cour d'appel de Chambéry⁹⁵³ statuait sur la validité d'une clause limitative de responsabilité rédigée de la façon suivante : « la responsabilité de chacune des parties est limitée aux préjudices directs comprenant les dommages immatériels. Sont expressément exclus pour l'application des présentes, les préjudices indirects tels que manque à gagner, perte d'exploitation, pertes de bénéfices ou d'image ou toutes autres pertes financières trouvant son origine, ou étant la conséquence du présent contrat. Tout dommage subi par un tiers est un dommage indirect et ne donne pas lieu en conséquence à indemnisation ». Une clause limitative de responsabilité rédigée de manière tout à fait classique. Après avoir écarté l'argument de la faute lourde, la Cour d'appel écarte celui de l'atteinte à l'obligation « essentielle » avec une motivation particulièrement intéressante, selon elle « une telle clause ne peut être déclarée nulle que dans la mesure où elle a pour objet ou pour effet de **vider de toute substance l'obligation essentielle du contrat. Tel n'est pas le cas en l'espèce, puisque d'une part, elle ne vise qu'à limiter la responsabilité encourue et non pas à la supprimer, et d'autre part, la responsabilité résiduelle restant significative, le contrat n'est pas vidé de sa substance. Dans ces conditions, la Cour considère que la clause litigieuse est valide et doit trouver sa pleine et entière application.** ». Ainsi, il ressort donc que la clause limitative de responsabilité stipulée en l'espèce ne visait pas à renoncer entièrement à l'action en dommage-intérêt et que de ce fait la responsabilité résiduelle du contractant restait significative. Cette jurisprudence applique par conséquent une appréciation différente selon qu'il s'agisse d'une clause de renonciation ou de freinage. Cette décision n'est pas isolée. En effet, on peut citer d'autres décisions rendues dans le même sens. Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris⁹⁵⁴, celle-ci se prononçait sur la validité d'une clause limitative de responsabilité insérée dans un contrat de prestations de services logistiques (d'installation d'une alarme), ainsi « l'article 5.6 du contrat conclu avec la société Avenir Télécom, disposition contractuelle devant prévaloir sur l'obligation de résultat de l'installateur d'alarme et excluant sa responsabilité en l'absence de faute de sa part dans l'exécution de ses prestations, prouvée par le client ». Cette clause limitative de responsabilité visait à limiter la responsabilité du prestataire en l'absence de faute de sa part. La Cour d'appel de Paris statuant sur l'argument de l'obligation essentielle dudit contrat estime « **qu'en limitant la réparation du préjudice au cas de faute prouvée du prestataire, la clause litigieuse fait porter la charge de l'aléa d'un dysfonctionnement inexplicable à l'acquéreur, en répartissant expressément le risque et la limitation de responsabilité qui en résulte, mais n'exclut pas son indemnisation, dans des conditions qui ne sont pas dérisoires** » et il en résulte que « la clause prévue à l'article 5.6 (...) **n'a pas pour effet de décharger par avance la société Delta du manquement à une obligation essentielle lui incombant ou de vider de toute substance cette obligation, mais seulement de fixer une condition à son indemnisation** ». Ainsi, de la même façon, la Cour d'appel de Paris applique une différence de traitement selon qu'il s'agisse d'une clause limitative de responsabilité ou d'une clause de renonciation à la responsabilité. Enfin, on peut encore citer dans le même sens un arrêt rendu par la Cour d'appel de

⁹⁵² J. A. LEVY, « Variations autour du retard de l'expressiste : l'ombre portée par l'arrêt Chronopost », AJ contrat 2018, p. 341.

⁹⁵³ CA, Chambéry, ch., civ., sec. 1, 6 nov., 2018, n° 17/00893.

⁹⁵⁴ CA, Paris, pôle 2, ch. 2, 27 juin 2019, n° 18/07576.

Chambéry le 11 février 2020⁹⁵⁵. La clause limitative de responsabilité stipulait que « *dans tous les cas, le montant des dommages et intérêts qu'Orange peut être amenée à verser au client [...] est limité à une indemnité forfaitaire définitive d'un montant maximal de 10.000 euros* ». Or, le client (une société d'avocat) du prestataire en télécommunication (Orange) soutenait que « *cette clause est abusive et doit être réputée non écrite en ce qu'elle est de nature à dispenser la société Orange de son obligation essentielle.* ». La Cour d'appel décide d'écarter cet argument au motif que « **la clause litigieuse n'exclut pas totalement l'indemnisation du client** et en l'absence de faute commise par la société Orange d'une gravité telle qu'elle serait de nature à écarter l'application de la clause limitative précitée, celle-ci doit trouver application, conformément aux dispositions de l'article 1150 ancien du code civil, applicable en l'espèce. ». Derechef, la jurisprudence consacre une appréciation juridique de la privation de la substance d'une obligation essentielle différemment selon qu'il s'agisse d'une clause limitative ou d'une clause de renonciation à la responsabilité. En ce sens, le Professeur MAZEAUD reconnaissait que les clauses limitatives de responsabilité et les clauses élusives de responsabilité ne devraient pas avoir la même portée, étant donné que les secondes à la différence des premières présentent « *une très forte probabilité, si ce n'est une véritable présomption de contradiction illégitime* »⁹⁵⁶ avec une obligation essentielle.

Une distinction similaire retenue entre clauses limitatives d'obligations et clause d'exclusion d'obligations en matière de clauses d'allègement d'obligations. Par principe, selon le Professeur DELEBECQUE, les clauses allégeant les obligations dont la paternité est attribuée à M. RODIERE⁹⁵⁷ ont pour objet « *L'allègement conventionnel des obligations d'un contractant (lequel) évoque certes la restriction d'une partie des obligations assumées par ce contractant et couramment impliquées par le type de contrat qu'il conclut. Alléger n'est-ce pas soulager d'une partie d'un fardeau, diminuer le poids d'une chose ? Cet allègement peut prendre plusieurs aspects : exclusion d'une obligation, restriction de son étendue, voire modification de ses modalités.* »⁹⁵⁸. Ces clauses relèvent des clauses ayant pour objet d'aménager indirectement les sanctions contractuelles, le fait d'alléger ou de supprimer une obligation au contrat inférant l'impossibilité pour les contractants de se prévaloir de la sanction contractuelle remédiant à l'inexécution constatée. La doctrine majoritaire⁹⁵⁹ considère que les clauses d'allègement des obligations sont en principe valables en vertu du principe directeur de la liberté contractuelle. « *En effet, si une clause prévoit que telle partie n'assume pas telle obligation, c'est que l'obligation en cause n'est pas déterminante pour cette partie. Par hypothèse, celle-ci n'aurait pas contracté si l'obligation concernée l'était réellement.* »⁹⁶⁰. « *Rien ne s'oppose à ce que les parties allègent l'obligation essentielle de leur accord. Dans un contrat de garde-meubles, il peut être dit que le dépositaire n'est pas responsable en cas de dommages provenant des piqures de mites ; dans un contrat de location de wagons frigorifiques, si le loueur précise qu'il n'est pas responsable en cas d'insuffisance de réglage ou de programmation des appareils de réfrigération, il le peut (...)* »⁹⁶¹. Toutefois, le Professeur DELEBECQUE nuance cette validité de principe et précise que si

⁹⁵⁵ CA, Chambéry, ch. civ., sect. 1, 11 févr. 2020, n° 17/01853.

⁹⁵⁶ D. MAZEAUD, « *Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ?* », D. 2010. 1832, n° 11.

⁹⁵⁷ R. RODIERE, « *Traité de droit des transports terrestres, fluviaux et aériens* », Sirey, 1^{ère} éd. 1955, n° 935.

⁹⁵⁸ Ph. DELEBECQUE, Fasc. 110 : clauses d'allègement des obligations, JCl. Contrats – Distribution, 5 avr. 2012, n° 7.

⁹⁵⁹ Ph. DELEBECQUE, « *Prérogative contractuelle et obligation essentielle* », RDC, 1 avr. 2011, n° 2, p. 681, n° 4 ; C. GRIMALDI, « *Les clauses portants sur une obligation essentielle* », RDC 2008, n° 4, p. 1095 ; M. POUMAREDE, « *Clause allégeant les obligations* », Dalloz action, Droit de la responsabilité et des contrats, Chap. 3222.11.

⁹⁶⁰ C. GRIMALDI, « *Les clauses portants sur une obligation essentielle* », RDC 2008, n° 4, p. 1095.

⁹⁶¹ Ph. DELEBECQUE, « *Prérogative contractuelle et obligation essentielle* », RDC, 1 avr. 2011, n° 2, p. 681, n° 4.

ce dernier « *le peut* » « *il ne pourra pas forcément se prévaloir de cette clause dont l'efficacité pourra parfois être mise en doute.* »⁹⁶². Ces clauses connaissent donc des limites, outre la bonne foi contractuelle et l'ordre public⁹⁶³, lorsqu'elles sont susceptibles de priver de sa substance l'une des obligations essentielles du contrat⁹⁶⁴. D'ailleurs, avant la réforme du droit des obligations, ce même auteur faisait le vœu que la théorie de l'obligation essentielle s'applique uniquement aux « *clauses relatives aux obligations des parties* » à l'exclusion des « *clauses d'irresponsabilité* » lesquelles ne devraient connaître que la limite du dol et de la faute lourde. Selon lui, il fallait se garder d'amalgamer ces deux catégories de clause⁹⁶⁵. Finalement, l'article 1170 du Code civil a une portée plus large et englobe aussi bien les clauses d'allègement des obligations que les clauses d'allègement de la responsabilité⁹⁶⁶. Ici, nous verrons que les clauses d'allègement des obligations comme les clauses d'aménagement de la responsabilité voient leur validité dépendre de la gravité de la portée de la clause selon qu'il s'agisse de clauses d'allègement supprimant totalement (clauses d'allègement total d'obligations essentielles)(i.) ou limitant seulement (clauses d'allègement partiel d'obligations essentielles)(ii.) une obligation essentielle au contrat. Cette distinction entre ces deux typologies de clauses relatives aux obligations (et non à la responsabilité) par analogie vaudra également pour les clauses relatives à la responsabilité.

i. *Clauses d'exclusion d'obligations (clauses d'allègement total d'obligations)*

S'agissant des *clauses d'exclusion d'obligations*, celles-ci peuvent concerner une obligation essentielle *ab initio* car inhérente à la qualification du contrat ou une obligation devenue essentielle par assimilation judiciaire (dans ce cas, les juges rattachent dans un contrat une obligation accessoire à une obligation essentielle). Force est de constater que les premières clauses portant sur des obligations essentielles *per se* sont en pratique moins fréquentes que les secondes clauses portant sur une obligation devenue essentielle de par la volonté des juges. En effet, de telles clauses sont moins prévisibles pour les parties car elles portent sur des obligations qui ne sont pas en elles-mêmes essentielles, ce qui rend leur invalidité plus difficile à percevoir.

Tout d'abord, il convient d'analyser les clauses portant sur des obligations essentielles *per se* inhérentes à la qualification du contrat. Dans un arrêt du 24 janvier 1973⁹⁶⁷, la Cour de cassation a réputée non écrite une clause de décharge de responsabilité de l'architecte sur la tête d'entrepreneur au regard de l'une des obligations essentielles de l'architecte. En effet, la Cour Régulatrice relève qu'une clause au sein du cahier des charges des conditions particulières du marché des travaux était stipulée comme suit : « *Chaque entrepreneur, ayant, en principe, la garde du chantier, et, sauf preuve contraire, doit supporter la charge de tous les dommages, dégâts et détournements causés à des tiers par l'exécution des travaux tant dans l'immeuble où les travaux sont exécutés que dans l'immeuble voisin, le tout de manière que ni le maître de X..., ni l'architecte ne puissent être inquiétés ou recherchés à ce sujet et s'engage, en tant que de besoin, à garantir, ceux-ci contre toute responsabilité à cette*

⁹⁶² Ph. DELEBECQUE, « *Prérogative contractuelle et obligation essentielle* », RDC, 1 avr. 2011, n°2, p. 681, n°4.

⁹⁶³ V. sur ce point : Ph. DELEBECQUE, Fasc. 110 : clauses d'allègement des obligations, JCl. Contrats - Distribution, 5 avr. 2012.

⁹⁶⁴ D. MAZEAUD, « *Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ?* », D. 2010.1832, n°7 ; M. POUJAREDE, « *Clause allégeant les obligations* », Dalloz action, Droit de la responsabilité et des contrats, Chap. 3222.21 ; C. GRIMALDI, « *Les clauses portant sur une obligation essentielle* », RDC 2008, n°4, p. 1095.

⁹⁶⁵ CA, Lyon, 3^{ème} ch. civ., sec. B, 25 janv. 2007, n° 05/02743, Revue de droit des transports n° 10, nov. 2007, comm. 219, obs. Ph. DELEBECQUE.

⁹⁶⁶ V. sur cette distinction : P.-J. DURAND, « *Des conventions d'irresponsabilité* », thèse, 1931, n°4.

⁹⁶⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 24 janv. 1973, n° 71-13.677.

occasion ». A titre liminaire, selon la Cour, il ressort que la Cour d'appel de Paris n'avait pas recherché si cette clause dont l'effet est de faire supporter à l'entrepreneur la faute de l'architecte ne constituait pas un « *avantage illicite* » au regard de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1940 instituant l'ordre des architectes interdisant à ces derniers de recevoir « *aucune autre rémunération, même indirecte, d'un tiers à quelque titre que ce soit.* ». Surtout, la Cour d'appel n'avait pas vérifié si la clause de décharge de responsabilité « *n'exonérait pas l'architecte des conséquences des manquements à ses obligations essentielles* ». L'arrêt ne le précise pas mais l'on peut aisément supputer que l'obligation essentielle dont il s'agissait concernait notamment l'obligation de surveillance du chantier et des travaux de l'architecte laquelle découle de la jurisprudence et aujourd'hui de l'article 1792 du Code civil érigeant un régime de responsabilité de plein droit de tout constructeur d'un ouvrage (l'architecte étant considéré comme un constructeur). La clause portait donc en elle-même sur une obligation essentielle du contrat conclu avec un architecte. En matière de bail, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 18 mai 2011 a renié tout effet à une clause de décharge implicite de responsabilité d'un bailleur sur la tête de son locataire en les termes suivants : « *la mention du bail selon laquelle le preneur déclare bien connaître les lieux pour les avoir vus et visités, les déclarant parfaitement conformes à leur destination souffre la preuve contraire qui est ici administrée et est donc sans effet pour voir décharger le bailleur de son obligation essentielle de délivrer la chose louée* »⁹⁶⁸. De même, l'obligation essentielle de paiement des loyers par le locataire n'est pas en reste. La clause de quérabilité visant à rappeler le principe affirmé à l'article 1342-6 du Code civil (ancien article 1247 du Code civil) selon lequel le paiement du prix doit être réalisé au domicile du débiteur, ne peut avoir pour objet de supprimer l'obligation essentielle du locataire de payer son loyer. Ainsi, il a été jugé que « *cette clause ne pouvait déroger à l'obligation essentielle du locataire de s'acquitter effectivement du loyer* »⁹⁶⁹ et le locataire ne pouvait se prévaloir de l'absence de réclamation du bailleur pour refuser de lui verser le loyer dû. Dans un arrêt fameux du 23 février 1994⁹⁷⁰, la Cour de cassation a réputée non écrite une clause de décharge de responsabilité de l'exploitant d'un parc de stationnement souterrain destiné à des véhicules. En l'espèce, la ville de Montpellier a confié à la SMTU (Société montpelliéraine des transports urbains) l'exploitation d'un parc de stationnement souterrain de véhicules et que, suite à des inondations provoquées par des pluies torrentielles des véhicules stationnés ont été endommagés. Les propriétaires d'un véhicule ont décidé d'assigner en justice la SMTU en réparation du dommage subi. La SMTU pour s'exonérer de sa responsabilité invoque une clause mentionnée sur le ticket de stationnement : « *les usagers circulent et stationnent à leurs risques et périls. L'utilisation du présent ticket donne droit au stationnement du véhicule mais ne constitue nullement un droit de garde et de dépôt du véhicule, de ses accessoires et des objets laissés à l'intérieur* ». La Cour d'appel de Montpellier a écarté l'application de cette clause en retenant que la SMTU avait commis une faute grave et déclare celle-ci responsable du sinistre causé aux propriétaires du véhicule. La Cour de cassation retient que les juges montpelliérains avaient justement constaté que « *la SMTU avait manqué à son obligation essentielle de mettre à la disposition de l'utilisateur la jouissance paisible d'un emplacement pour lui permettre de laisser sa voiture en stationnement* » et que cette clause avait donc eu pour objet « *de décharger la SMTU des obligations, étrangères au litige, d'un gardien ou d'un dépositaire* ». La Cour de cassation confirme donc malgré la clause contraire stipulée qu'un contrat de dépôt a été conclu entre les propriétaires du véhicule

⁹⁶⁸ CA, Paris, pôle 5, ch. 3, 18 mai 2011, n° 09/06869 ; V. aussi dans le même sens mais sans référence explicite à l'obligation essentielle de délivrance du bailleur (Cass. civ. 3^{ème}, 5 juin 2002, n° 00-19.037 ; Cass. civ. 3^{ème}, 2 févr. 2010, n° 09-12.691 ; Cass. civ. 3^{ème}, 18 déc. 2012, n° 10-21.636 ; Cass. civ. 3^{ème}, 2 juill. 2013, n° 12-21.353).

⁹⁶⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 28 juin 2000, n° 98-21.911 ; Cass. civ. 3^{ème}, 24 nov. 2004, n° 03-15.807.

⁹⁷⁰ Cass. civ., 1^{ère}, 23 févr., 1994, n° 92-11.382.

et l'exploitant du parc de stationnement. En effet, seule cette qualification semblait pouvoir être appliquée en l'espèce, même si la SMTU invoquait sa qualité de concessionnaire et non de dépositaire. Or, si les juges ont écarté cette qualification de contrat de concession de service public c'est, d'une part, parce que celle-ci ne s'applique que dans le relation contractuelle impliquant la ville de Montpellier et la SMTU et, d'autre part, parce qu'un tel contrat interdit dans les clauses organisant le service (donc le service de stationnement de véhicules) d'insérer des « *stipulations impliquant un manquement aux règles protectrices de l'usager-consommateur, interdisant par exemple la vente liée ou les clauses abusives* »⁹⁷¹. De sorte que la qualification la plus plausible était celle de contrat de dépôt comprenant une obligation légale essentielle de garde de la chose c'est-à-dire d'en prendre soin et d'éviter sa dégradation (art. 1927 C. civ.). Par conséquent, une clause écartant en bloc le « *droit de garde et de dépôt du véhicule* » privait de sa substance l'une des obligations essentielles du contrat.

Puis, il convient d'aborder les clauses d'exclusion d'obligations devenues essentielles par assimilation judiciaire, c'est-à-dire par l'interprétation des juges. Dans un arrêt du 16 juillet 1987, la stipulation d'une clause de délais de livraison indicatifs avait été réputée non écrite sur le fondement du manquement du vendeur à son obligation essentielle de délivrance dans un temps convenu⁹⁷². En l'espèce, s'agissant d'un contrat de vente d'un mobilier, il était mentionné au recto du bon de commande en caractère apparent une « *date de livraison* » de « *deux mois* » et en dessous en petits caractères « *prévue à titre indicatif* ». De surcroît, il était stipulé au verso que « *les dates de livraison, que nous nous efforçons toujours de respecter, ne sont données toutefois qu'à titre indicatif, et il est bien évident qu'un retard dans la livraison ne peut constituer une cause de résiliation de la présente commande ni ouvrir droit à des dommages-intérêts* ». La Cour de cassation estime que la clause conférait « *au professionnel vendeur un avantage excessif, notamment en lui laissant en fait l'appréciation du délai de livraison et en réduisant le droit à réparation prévu par l'article 1610 du Code civil au bénéfice de l'acquéreur non professionnel en cas de manquement par le vendeur à son obligation essentielle de délivrance dans le temps convenu, cette clause devait être réputée non écrite, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». Il en résulte que la clause d'allègement d'obligations visant à rendre indicatifs les délais de livraison d'une commande inférait un manquement du vendeur à son obligation essentielle de délivrance du mobilier en cause dans le délai convenu (soit, deux mois). Toutefois, cet arrêt ne signifie pas que par principe toute clause prévoyant des délais indicatifs doive être réputée non écrite sur le fondement de l'article 1170 du Code civil. A contrario, à défaut d'élément particulier en ce sens sous-tendu par les circonstances de l'espèce, la volonté des parties ou l'économie du contrat, les parties ne devraient pas être tenues de devoir respecter des délais de rigueur mais simplement des délais indicatifs⁹⁷³. Pour que la question de la validité de la clause se pose au regard de l'article 1170 du Code civil, il faut donc qu'un délai impératif soit convenu *ab initio* au sein du contrat, que celui-ci soit considéré comme une obligation essentielle au contrat et qu'une clause implicitement ou explicitement contredise celle-ci en prévoyant des délais stipulés à titre indicatif. Il sera donc déterminant de faire le départ dans le contrat entre, d'une part, les délais stipulés à titre indicatif et, d'autre part, les délais stipulés à titre impératif⁹⁷⁴.

⁹⁷¹ Ch. CANTIE, fasc. 595 : Contrat de concession – Opportunité et implications du recours au contrat global, 1^{er} févr. 2020, JCl. Coll. territoriales, n° 190. ; CE, sect., 11 juill. 2001, n° 221458 : JurisData n° 2001-062535.

⁹⁷² Cass. civ., 1^{ère}, 16 juill. 1987, n° 84-17.731 ; V. aussi : CA Bordeaux, 21 nov., 2011, n° 10/02746 et Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632 (Chronopost I) sur l'obligation essentielle de livraison de plis postaux dans un délai déterminé.

⁹⁷³ V. en ce sens : « *Les clauses stipulant que les délais sont indicatifs sont parfaitement valables dans les transports aériens, en tout cas pour les moyens et longs-courriers.* » (Ph. DELEBECQUE, « *Prérogative contractuelle et obligation essentielle* », RDC, 1 avr. 2011, n°2, p. 681, n°7).

⁹⁷⁴ La plupart du temps, les délais sont considérés comme **impératifs** en présence des formulations suivantes : « *délivrance au plus tard le...* », « *dernier délai de délivrance* », « *livraison immédiate* » ou « *de suite* » (Cass.

Puis, il sera nécessaire de déterminer si ce délai impératif est une obligation essentielle pour le contrat. Or, si un tel délai est stipulé, il est en général rattaché à l'obligation essentielle de délivrance ou de livraison de la chose vendue et se fonde dans celle-ci grâce à la volonté des parties. Partant, un délai stipulé à titre impératif inhérent à une obligation essentielle principale emporte bien souvent la qualification d'obligation essentielle. Mais à supposer qu'un délai impératif ait été expressément prévu (par exemple, un délai de quinze jours), encore faut-il que le principe d'un délai de livraison de rigueur soit clairement convenu et accepté entre les parties. A titre d'illustration, la Cour de cassation⁹⁷⁵ a pu écarter la qualification d'obligation essentielle de délais de livraison stipulés pour la réalisation de deux descendeurs de sacs destinés au chargement de navires à quai. En l'espèce, la Cour Régulatrice a tout d'abord estimé que la « *garantie de résultat* » en termes de délais énoncée dans l'ordre de service de la société Robust du 29 août 1995 ne figurait pas dans le marché du 1er septembre 1995 », puis la clause prévoyant ce délai de livraison de « *quinze jours (...) n'avait pas été acceptée par la société Alstom (...) et (...) que cette question avait été débattue entre elles* ». Par conséquent, la Cour de cassation confirme la décision rendue par la Cour d'appel de Paris qui a pu en déduire que « *la réalisation du marché dans le délai prévu ne pouvait être qualifiée d'obligation essentielle s'imposant à la société Cegelec* ». Il en résulte que si des délais impératifs de livraison peuvent être qualifiés d'obligation essentielle au contrat, il reste que l'acceptation des parties portant sur ces délais doit être claire et non équivoque. On peut également citer la stipulation dans un contrat de bail commercial d'une clause dont l'objet était d'exonérer le bailleur à l'égard du locataire de toute réparation ou remise en état, le bailleur souhaitait se prévaloir de cette clause pour des vices affectant la structure de l'immeuble loué⁹⁷⁶. La Cour d'appel de Versailles estime que cette clause ne pouvait permettre au bailleur de « *s'exonérer de l'obligation de procéder aux travaux rendus nécessaires par les vices affectant la structure de l'immeuble soit en l'espèce les éléments porteurs du plancher haut du rez de chaussée* » et qu'ainsi une telle clause « *revenant alors à supprimer l'obligation essentielle de délivrance à la charge du bailleur et rompant ainsi immanquablement l'équilibre contractuel voulu par les parties par la transformation de conventions synallagmatiques en conventions unilatérales* ». Partant, les juges opèrent un rattachement de l'obligation de remettre la chose louée en bon état de réparation (art. 1719, 2° et 1720 du Code civil) à l'obligation essentielle de délivrance de celle-ci (art. 1719, 1° du Code civil). Toute clause prévoyant que le locataire devra prendre les lieux loués dans l'état dans lequel il les trouve et sans pouvoir exiger auprès du bailleur aucune remise en état ou réparation « *revenait* » à supprimer l'obligation de délivrance du bailleur. Ces clauses de quérabilité peuvent également être rapprochées des clauses dites « *claims made* », de réclamations en matière d'assurance, dont l'objet est de subordonner l'indemnisation de l'assuré à l'intervention d'une réclamation de sa part entre la date de souscription et celle de résiliation du contrat. Si ces clauses dans un premier temps ont été invalidées par la Cour de cassation⁹⁷⁷, elles ont dans un second temps été consacrées et encadrées par le législateur⁹⁷⁸.

req., 21 juin 1933 : DH 1933, p.412 ; Gaz. Pal. 1933, 2, p.548 ; S.1933, 1, p.391), « *sans délai supplémentaire* », ou « *immanquablement le...* » ; « *livraison sous peine de résiliation de plein droit à l'échéance* », ou le fait qu'une clause du contrat obligeait à un nouvel accord de volontés pour tout délai supplémentaire de livraison (Cass. req., 16 févr. 1921 : S. 1922, 1, p. 86), à l'inverse, ils seront considérés comme **indicatifs** en présence des formulations suivantes : « *date donnée à titre de simple indication* » ou « *sans garantie de date fixe* » (CA Paris, 5 mai 1961 : Gaz. Pal. 1961, 2, p.363.), « *date de délivrance approximative* » ; « *sans engagement* » (CA Limoges, 5 déc. 1925 : Gaz. Pal. 1926, 1, p.495), etc. (J. GATSI, mis à jour par Th. GENICON, JCI. Contr. Distr., Fasc. 290 : Vente commerciale. – Obligation de délivrance du vendeur. – Mise à disposition de la chose, 20 avr. 2009, mis à jour : 30 oct. 2014, n°74 et 77).

⁹⁷⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 13 nov. 2014, n° 13-20.530.

⁹⁷⁶ CA, Versailles, 3^{ème} ch., 23 Juin 2011, n° 09/09434.

⁹⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 19 déc. 1990, n° 88-12.863.

Au demeurant, la jurisprudence postérieure continue à réputer non écrites les clauses tendant à réduire la durée de la garantie de l'assureur à un temps inférieur à la durée de la responsabilité de l'assuré. En effet, selon la formule consacrée : « *toute clause ayant pour effet de réduire la durée de la garantie de l'assureur à un temps inférieur à la durée de la responsabilité de l'assuré est génératrice d'une obligation sans cause et doit être réputée non écrite* »⁹⁷⁹. On peut encore citer les clauses de non garantie d'horaire où la jurisprudence a reconnu que le retard « *excessif* » (en l'espèce de 24 heures pour un vol) ne pouvait permettre d'opposer une clause de non garantie d'horaire⁹⁸⁰, mais a en revanche estimé que le simple retard pouvait faire l'objet d'une telle clause de non garantie d'horaire⁹⁸¹.

Il reste toutefois d'autres hypothèses où l'allègement des obligations induit une requalification du contrat, dans lequel cas le contrat relève d'une autre catégorie juridique et la clause pourra être maintenue. En effet, le contenu contractuel fixé par les obligations des parties « *commande la qualification du contrat qui relève du pouvoir des juges* », les clauses d'allègement total des obligations des parties peuvent donc inférer une requalification du contrat⁹⁸². Dans ce cas, la clause d'allègement des obligations est maintenue et le contrat requalifié par les juges. Le Professeur DELEBECQUE⁹⁸³ cite plusieurs exemples de clauses d'allègement pouvant aboutir à une requalification du contrat et *de facto* ne privant pas de sa substance l'une des obligations essentielles du contrat. Le cautionnement « *est le contrat par lequel une personne, appelée caution (ou fidéjusseur), s'engage à l'égard d'un créancier à exécuter l'obligation de son débiteur au cas où celui-ci ne l'exécuterait pas lui-même* »⁹⁸⁴ (art. 2288 C. civ.). Or, il est de « *l'essence* »⁹⁸⁵ du contrat cautionnement que l'engagement de payer de la caution est accessoire par rapport à la dette principale à laquelle est tenu le débiteur. Ainsi, l'engagement qui se verrait amputé de son caractère accessoire au moyen

⁹⁷⁸ Art. L. 124-5 du Code des assurances introduit par la loi 2003-706 du 1^{er} août 2003. Ce nouvel article pose une option en faveur des parties au contrat d'assurance, à savoir, subordonner la garantie de sinistres à la réalisation du fait dommageable entre la date de souscription et la date de résiliation du contrat (le critère du « *fait dommageable* ») ou à la réclamation faite par l'assuré pour un fait dommageable antérieur à la date de résiliation de la garantie et ayant fait l'objet d'une réclamation entre la date de prise d'effet initiale de la garantie et l'expiration d'un délai subséquent à sa date de résiliation ou d'expiration prévue au contrat (le critère de la « *réclamation* »). Cependant, cette option n'est ouverte qu'en cas de garantie de risques professionnels de personnes physiques ou morales, et n'est donc pas valable en cas de risque relevant de la vie privée, dans lequel cas seul le critère de la garantie du fait dommageable est applicable. Une législation spéciale peut également écarter cette option entre le critère du « *fait dommageable* » et celui de la « *réclamation* », comme en matière de responsabilité médicale où seul celui de la réclamation s'applique (art. L 251-2 du Code des assurances).

⁹⁷⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 16 déc. 1997, n° 94-17.061 et 94-20.060 ; Cass. com., 14 déc. 2010, n° 08-21.606 et n° 10-10.738 ; Cass. civ. 3^{ème}, 26 nov. 2015, n° 14-25.761.

⁹⁸⁰ Cass. civ., 1^{ère}, 22 juin 2004, n° 01-00.444 : « *le départ du vol avait été différé de 24 heures et que l'importance de ce report ne permettait pas de l'assimiler à un "simple retard", la cour d'appel, caractérisant ainsi le retard excessif pour lequel le transporteur ne saurait s'exonérer à l'avance de toute responsabilité sans porter atteinte à l'essence du contrat de transport aérien de personnes, a pu écarter l'application de la clause relative à la non garantie des horaires invoquée par la société Corsair international* ».

⁹⁸¹ Cass. civ. 1^{ère}, 5 juill. 2005, arrêt n° 1111, CCC, 2005, comm. n° 200, obs. L. Leveneur : « *En réparant le dommage subi par un voyageur en raison du retard qu'il avait subi "alors qu'au titre de l'article 9 des conditions générales du transport figurant sur chaque billet de passage, si le transporteur s'engage à faire de son mieux pour transporter le passager et les bagages avec une diligence raisonnable, les heures indiquées ne sont pas garanties et ne font pas partie du contrat, le tribunal a violé" l'article 1134 du Code civil* » ; V. aussi : Cass. civ., 1^{ère}, 22 juin 2004, n° 01-00.444.

⁹⁸² Ph. DELEBECQUE, fasc. 110 : clauses d'allègement des obligations, JCl. Contrats – Distribution, 5 avr. 2012, n° 113.

⁹⁸³ Ph. DELEBECQUE, fasc. 110 : clauses d'allègement des obligations, JCl. Contrats – Distribution, 5 avr. 2012, n° 118.

⁹⁸⁴ Ph. SIMLER, « *Synthèse – Cautionnement* », JCl. Civil Code, 15 mai 2020, n° 1.

⁹⁸⁵ Ph. SIMLER, fasc. 10 : Garanties autonomes – Nature juridique, caractères, typologie, JCl. Civil Code Art. 2321, 16 déc. 2013 (actualisation 26 févr. 2018), n° 8.

d'une clause d'allègement d'obligation aboutirait à une requalification du contrat en garantie autonome, c'est-à-dire « *l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues. (...) cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie.* » (art. 2321 C. civ.). Une telle clause ne saurait priver de sa substance l'une des obligations essentielles du contrat, précisément parce que celle-ci a entraîné une requalification du contrat initial. Il en irait de même de la stipulation de la jouissance précaire d'une chose inhérente à la qualification de convention d'occupation précaire incompatible avec la jouissance paisible du contrat de bail ou un exploitant de parking qui exclurait toute obligation de surveillance sur la chose entraînant sa requalification en contrat de bail⁹⁸⁶. Dans le même sens, une clause excluant toute obligation de garde peut être validée si le contrat est, à titre principal, un contrat d'entreprise et, à titre accessoire, un contrat de dépôt⁹⁸⁷. S'il est vrai que les juges devraient tenir compte de la commune intention des parties (art. 1188 C. civ.), en réalité, cette dernière n'empêche pas le juge d'opérer en opportunité des requalifications juridiques. En ce sens, Mme VINEY soutenait que la plupart du temps le critère de la « *commune intention des parties* » restera « *sans résultat tout simplement parce qu'elle n'existe pas, « l'essentiel » pour l'un des contractants n'étant généralement pas ce à quoi l'autre a attaché le plus d'importance* »⁹⁸⁸. Celle-ci poursuit en affirmant que les juges, à défaut de pouvoir statuer sur un tel critère, devront s'orienter vers le « *bon sens (C. civ., art. 1157 et 1158)* », la « *cohérence des stipulations entre elles (art. 1161)* » et « *l'intérêt du débiteur, au moins lorsqu'il est en situation de faiblesse (art. 1162)* » et ceci en s'inspirant « *de la bonne foi (art. 1134, al. 3) et de l'équité (art. 1135)* »⁹⁸⁹. Autant dire que ces anciens articles portant sur l'interprétation du contrat, légèrement ajustés et recodifiés aux articles 1188 à 1191 du Code civil, accordent une large marge d'interprétation aux juges ce qui est de nature à accroître l'imprévisibilité des décisions judiciaires.

ii. *Clauses de limitation d'obligations (clauses d'allègement partiel d'obligations)*

Pour illustrer ces clauses de limitation d'obligations, nous prendrons comme exemple celles relatives à l'obligation de délivrance et à l'obligation de garde. Comme le souligne le Doyen BATIFFOL, l'obligation de délivrance, essentielle à la vente ou au bail, « *ne peut être que différée dans son exécution et l'on ne conçoit pas un acheteur qui renoncerait définitivement à l'usage de la chose* »⁹⁹⁰. Ainsi, le Professeur DELEBECQUE souligne que les parties « *peuvent donc préciser les différents éléments de l'obligation de délivrance, les frais, les délais, le lieu de sa réalisation et déroger sur ces divers points à ce que prévoit le droit*

⁹⁸⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 1988, n° 86-15.563 : « *L'établissement ne comportait pas de vestiaire contrôlé par un préposé, que Mme Gillot avait placé son manteau de sa propre initiative sur le porte-manteau situé à l'entrée de la salle de spectacle et qu'un panneau avait été placé au-dessus de celui-ci prévenant la clientèle que l'établissement n'acceptait pas d'être dépositaire des vêtements qui y étaient accrochés ; que, de ces constatations, elle a pu déduire, non seulement qu'aucun contrat de dépôt ne s'était formé entre Mme Gillot et M. Scemama, mais aussi que ce dernier n'était pas tenu en l'espèce d'une obligation de garde et de surveillance des vêtements de sa cliente* » ; V. aussi : CA, Rennes, 28 mai 1997, JurisData : 1997-600224.

⁹⁸⁷ CA Versailles, 12^{ème} ch., 2^{ème} sect., 28 déc. 2018, n° 17/03300 : cet arrêt valide et rend opposable la clause suivante : « *le gardiennage est à la charge de l'armateur : celui ci conserve l'entière responsabilité de son bien et devra maintenir un équipage suffisant pour les manœuvres de navigation. Vol, incendie, accident de navigation, et plus généralement, toutes avaries qui n'engagent pas la responsabilité civile du réparateur, sont à la charge de l'armateur* ».

⁹⁸⁸ Cass. civ., 1^{ère}, 23 févr., 1994, n° 92-11.382, JCP G 1994, I, 3809, n° 15, obs. G. VINEY, n° 15.

⁹⁸⁹ Cass. civ., 1^{ère}, 23 févr., 1994, n° 92-11.382, JCP G 1994, I, 3809, n° 15, obs. G. VINEY, n° 15.

⁹⁹⁰ H. BATIFFOL, « *Les contrats en droit international privé comparé* », Montréal, McGill University, Institut de droit comparé, 1981, p. 38.

commun de la vente »⁹⁹¹. Théoriquement, la clause visant à limiter ou restreindre l'obligation de délivrance est donc par principe valable. La jurisprudence confirme la validité de ces clauses. Ainsi, s'agissant de l'obligation de délivrance du vendeur, il est possible de stipuler une « *clause particulière limitant ou modifiant l'étendue de l'obligation de délivrance* »⁹⁹². En matière de bail, la clause prévoyant que « *le locataire prend les locaux en l'état et qu'il fera son affaire personnelle de toutes les autorisations administratives nécessaires pour exploiter les locaux.* » est valable dans la mesure où elle ne supprime pas l'obligation de délivrance mais vise simplement à la restreindre⁹⁹³. En effet, il est de jurisprudence constante que « *le bailleur peut se dispenser de l'obligation de délivrer la chose en bon état de réparations, par l'insertion dans le bail d'une clause d'acceptation en l'état, à condition qu'elle n'ait pas pour effet de supprimer l'obligation de délivrance elle-même. Ainsi, la clause du bail stipulant que "le locataire prend les lieux dans l'état où ils se trouvent à la date d'entrée en jouissance sans pouvoir réclamer au bailleur aucune espèce de réparation et effectuée à ses frais tous travaux qui pourraient être prescrits par les autorités administratives quelle qu'en soit la nature" ne permet pas au bailleur de s'affranchir de son obligation de délivrance.* »⁹⁹⁴. Le bailleur ne peut s'exonérer de son obligation de délivrer les lieux loués par le biais d'une clause relative à la réalisation de travaux⁹⁹⁵. Il peut par une clause expresse mettre à la charge du locataire l'obligation de prendre en charge les travaux rendus nécessaires par la vétusté mais ne peut s'exonérer des travaux rendus nécessaires par les vices affectant la structure d'un immeuble⁹⁹⁶. Toutefois, s'il est possible de limiter l'obligation de délivrance et de remettre des lieux loués en bon état de réparation, cette clause ne décharge pas le bailleur de son obligation de maintenir les lieux « *en cours de bail, en état de servir à l'usage auquel ils sont destinés* »⁹⁹⁷. De plus, la clause prévoyant dans un bail que le locataire doit assumer toutes les réparations, sans exception, revêt un caractère exorbitant nécessitant de lui donner une interprétation restrictive bien qu'elle reste valable en son principe⁹⁹⁸. En revanche, « *la clause mettant à la charge du preneur les grosses réparations et celles de la toiture n'exonérerait pas le bailleur de la réfection de cette dernière, dès lors qu'elle était totale* »⁹⁹⁹. Par ailleurs, il en va de même pour les clauses limitant l'étendue de l'obligation de garde en matière de contrat de dépôt. Il peut ainsi être stipulé que l'obligation de garde ne concerne pas certains biens situés dans un véhicule en cas de vol sans en être l'accessoire¹⁰⁰⁰.

Par conséquent, bien que les clauses d'allègement d'obligations et d'allègement de la responsabilité n'aient pas la même portée juridique, elles reconnaissent toutes deux la dichotomie entre, d'une part, la simple limitation d'une sanction contractuelle ou d'une obligation qui peut donner lieu à la mise en œuvre de celle-ci en cas d'inexécution et, d'autre part, la renonciation totale à une telle sanction contractuelle ou obligation¹⁰⁰¹. Comme nous le

⁹⁹¹ Ph. DELEBECQUE, fasc. 110 : clauses d'allègement des obligations, JCl. Contrats – Distribution, 5 avr. 2012, n° 104.

⁹⁹² Cass. civ. 1^{ère}, 24 avr. 1967, Bull. civ. I, n° 139.

⁹⁹³ CA, Paris, ch. 16, sec. A, 2 mars 2005, n° 03/10326.

⁹⁹⁴ CA, Douai, 2^{ème} ch., 2^{ème} sect., 12 nov. 2015, n° 14/04483.

⁹⁹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 2 avr. 2009, n° 08-14.545 ; Cass. civ. 3^{ème}, 20 janv. 2009, n° 07-20.854 ; Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} juin 2005, n° 04-12.200.

⁹⁹⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 9 juill. 2008, n° 07-14.631.

⁹⁹⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 18 mars 1992, n° 90-12.809 ; V. aussi : Cass. civ. 3^{ème}, 12 juin 2001, n° 00-12.634.

⁹⁹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 1962, n° 60-13.627 ; Gaz. Pal. 1963, 1, 154.

⁹⁹⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 10 mai 1991, n° 89-18.165.

¹⁰⁰⁰ CA Paris, ch. 5, sec. A, 19 mars 1984 : JurisData n° 1984-020817 ; T. civ. Seine, 28 mars 1930 : S. 1930, 2, p. 160. T. com. Seine, 2 nov. 1949 : D. 1950, p. 36 ; CA Colmar, 25 mars 1953 : D. 1953, p. 375 ; CA Paris, ch. 25, sect. A, 13 janv. 1984 : JurisData n° 1984-020348.

¹⁰⁰¹ V. notamment sur cette distinction : Ph. DELEBECQUE, JCl. Contr. Distr., fasc. 111 : Contrats. – Typologie des clauses d'allègement des obligations, 1^{er} févr. 2012 (distinguant les clauses d'atténuation des clauses d'exclusion d'obligations) ; R. de QUENAUDON, refondu par Ph. SCHULTZ, JCl. Civil Code, art. 1927 à

verrons, s'agissant des clauses aménageant les sanctions contractuelles, une distinction similaire est opérée entre les clauses portant sur le choix de sanctions contractuelles (les clauses de renonciation) et les clauses portant sur les modalités de fond des sanctions contractuelles (les clauses de facilitation et de freinage). Avant d'analyser cette distinction, il convient d'écarter de notre sujet les clauses d'allègement d'obligations qui ne vise pas à aménager directement les sanctions du contrat en cas d'inexécution.

Exclusion des clauses d'allègement d'obligations en tant que clause aménageant les sanctions contractuelles. Il est vrai qu'il existe de longue date, depuis le début du XX^{ème} siècle, une distinction entre d'une part « *les convention qui ont pour objet de déterminer les conditions d'existence de la responsabilité contractuelle ou délictuelle et pour effet d'empêcher cette responsabilité de naître (puisqu'en a disparu un des éléments constitutifs) et d'autre part les conventions différentes, par lesquelles un individu, tout en reconnaissant l'existence de sa responsabilité déclare qu'il n'entend pas en assumer les conséquences* »¹⁰⁰². La doctrine¹⁰⁰³ en a déduit l'existence de deux typologies de clauses : les clauses d'allègement d'obligations ou limitatives d'obligations (excluant totalement ou limitant simplement des obligations) et les clauses élusives (ou exonération) de responsabilité (visant à restreindre ou supprimer la réparation de l'inexécution d'obligations). Même s'il faut relever qu'une partie de la doctrine et de la jurisprudence estime que la distinction entre ces clauses est poreuse et qu'elles reviennent à peu près au même résultat¹⁰⁰⁴. D'ailleurs, l'article 1170 du Code civil concerne à la fois les clauses relatives à la responsabilité contractuelle et celles relatives aux obligations, ce qui milite également en faveur du caractère relatif de cette ancienne distinction¹⁰⁰⁵. Toutefois, dans le cadre de nos développements, nous écarterons les clauses d'allègement d'obligations, car ces dernières ne concernent pas directement les sanctions en cas d'inexécution contractuelle. En effet, si de telles clauses suppriment, en amont, la survenance du fait générateur de la responsabilité, c'est-à-dire la naissance d'obligations, celles-ci ne portent pas directement sur les sanctions applicables en cas d'inexécution contractuelle. L'aménagement conventionnel des sanctions contractuelles n'englobe donc pas les clauses d'allègement d'obligations. En revanche, ce dernier comprend les clauses d'allègement de la responsabilité contractuelle, dont l'objet est d'aménager l'une des sanctions contractuelles applicable, à savoir, les dommages-intérêts. Ces clauses seront donc étudiées dans nos développements ainsi que, plus largement, les clauses d'allègement portant sur l'ensemble des sanctions (exécution forcée, réduction du prix, résolution) applicables en cas d'inexécution contractuelle. Nous avons déjà défendu cette distinction lorsqu'il s'agissait

1931, fasc. unique : Dépôt. – Obligations du dépositaire. – Obligation de garde, 7 déc. 2017 (dernière mise à jour : 25 août 2020), n°113 et 114 (distinguant les clauses d'exclusion de toute obligation de garde des clauses limitant simplement les obligations de garde).

¹⁰⁰² P.-J. DURAND, « *Des conventions d'irresponsabilité* », thèse, 1931, n°4.

¹⁰⁰³ V. par exemple : D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », manuels 4^{ème} éd., Bruylant, 2018, collection paradigme, n°1062 à 1075 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « *Droit des obligations* », L.G.D.J, 10^{ème} éd., 2018, n°980 à 988 ; M. FABRE-MAGNAN, « *Droit des obligations – 1. Contrat et engagement unilatéral* », 5^{ème} éd. : Thémis droit PUF 2019, p.828, n°1084 ; Ph. DELEBECQUE, fasc. 110 : clauses d'allègement des obligations, JCl. Contrats – Distribution, 5 avr. 2012, n°1 à 51.

¹⁰⁰⁴ V. sur ce point : A. BENABENT, « *Droit des obligations* », L.G.D.J préc. domat droit privé, 17^{ème} éd., 2018, n° 433 : en effet, le Professeur BENABENT qualifie de clause de non-responsabilité le fait de « *stipuler qu'un débiteur ne doit pas telle prestation ou qu'il n'est pas responsable si elle n'est pas fournie revient souvent au même* ». Pour récuser cette distinction, ce dernier cite également plusieurs décisions en ce sens (Cass. civ. 1^{ère}, 15 nov. 1988, D. 1989.349, note Delebecque ; Ass. plén., 30 juin 1998, JCP 1998 II.10146 ; Cass. com., 26 avr. 2017, n°15-23.239) ; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, « *Droit des obligations* », 14^{ème} éd., 2017, Lexisnexis, n°805, p. 727 (constatant un traitement similaire des clauses qui suppriment des obligations et celles qui limitent ou suppriment la responsabilité).

¹⁰⁰⁵ V. P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « *Droit des obligations* », L.G.D.J, 10^{ème} éd., 2018, n° 988.

de la licéité des clauses d'aménagement et cette même distinction devrait être soutenue s'agissant de l'équilibre de ces clauses et en particulier pour l'application de l'article 1170 du Code civil. Cette distinction n'est pas purement descriptive, mais reflète bien au contraire une réelle différence d'appréciation juridique. Derechef, les clauses écartant totalement l'application d'une ou plusieurs sanction(s) contractuelle(s) et celles aménageant simplement leurs modalités de fond ne font pas l'objet d'une même appréciation juridique en cas de privation d'une des obligations essentielles du contrat. D'autant plus que si initialement le fait de vider de sa substance l'obligation essentielle d'un contrat était réservé aux clauses limitatives de responsabilité, voire aux clauses exonératoires de responsabilité, la formulation de l'article 1170 du Code civil englobe désormais « toute clause » du contrat¹⁰⁰⁶. Ces deux typologies de clauses d'aménagement sont donc concernées par ce mécanisme.

Partant, après avoir analysé à l'aune de l'article 1170 du Code civil la validité des clauses de renonciation à une ou plusieurs sanction(s) contractuelle(s) (SECTION I), nous en ferons de même s'agissant des clauses de *freinage* (SECTION II) et de facilitation (SECTION III). Rappelons encore que les clauses de *freinage* et de *facilitation* sont distinctes des clauses d'allègement des obligations et englobent seulement les clauses relatives à la responsabilité contractuelle. De ce fait, les clauses d'allègement des obligations¹⁰⁰⁷ (comme la clause d'aménagement des vices cachés, de non garantie, de couverture, etc.) ne seront pas ici traitées.

SECTION I : La validité de la clause de renonciation privant de toute substance la portée d'une obligation essentielle

Si, comme nous le verrons, la validité de la clause de renonciation individuelle aux sanctions contractuelles est nuancée (PARAGRAPHE I), celle de la clause de renonciation collective est douteuse (PARAGRAPHE II).

Paragraphe I : la validité nuancée de la clause de renonciation individuelle

Parmi les clauses de renonciation individuelle, nous examinerons celles relatives à l'inexécution du lien contractuel (I.) et celles relatives à la réparation du préjudice résultant de cette inexécution (II.).

¹⁰⁰⁶ En ce sens, le rapport remis au président de la République souligne que « le texte prohibe toute clause ayant pour effet de priver de sa substance une obligation essentielle du débiteur, et trouvera **notamment** à s'appliquer aux clauses limitatives de responsabilité. », ce qui signifie bien que l'article 1170 du Code civil offre un champ d'application large lequel dépasse les clauses limitatives de responsabilité ; V. aussi : M. MEKKI, « Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle (C. civ., art. 1170) », JCP N 2016, act., 1227.

¹⁰⁰⁷ En effet, les clauses d'allègement des obligations « ont pour objet d'agir sur les conditions d'existence de la responsabilité, sa source, en précisant et délimitant le contenu de l'obligation du débiteur ; les clauses d'irresponsabilité ont au contraire pour objet la limitation ou l'exonération d'une responsabilité reconnue : elles portent sur l'effet de l'obligation convenue en cas d'inexécution » (M. POUMAREDE, « Clause allégeant les obligations », Dalloz action, Droit de la responsabilité et des contrats, Chap. 3222.11).

I. La validité des clauses de renonciation aux sanctions relatives à l'inexécution du lien contractuel

Il revient successivement d'examiner la validité des clauses de renonciation anticipée à l'action en résolution (A.), en exécution forcée en nature (B.) à l'exception d'inexécution (C.) et à la réduction du prix (D.).

A) La renonciation anticipée à l'action résolutoire

S'agissant de l'action résolutoire, la Cour de cassation dans une affaire du 3 novembre 2011¹⁰⁰⁸ se montre, de manière assez claire, en faveur de la validité de la clause de renonciation anticipée à cette sanction contractuelle. En l'espèce, un vendeur a cédé la propriété de son bien immobilier à deux acheteurs et le contrat de vente stipulait que le prix était payé au vendeur avec « *désistement de tous droits de privilège et action résolutoire* ». Le prix de la vente n'ayant pas été payé, le vendeur décide d'assigner en résolution de la vente les acheteurs. La Cour d'appel de Bastia estime que l'ancien article 1184 du Code civil n'est pas d'ordre public et que l'acte de vente dont il est demandé la résolution par la partie venderesse « *mentionne de manière claire, précise, dépourvue de tout sens amphibologique et compréhensible même pour un profane que celle-ci reconnaît le paiement du prix par l'acquéreur et lui en donne quittance entière et définitive avec désistement de tous droits de privilège et 'action résolutoire'* ». Cette clause que la Cour d'appel qualifie de « *clause de renonciation à toute action résolutoire du contrat* » est reconnue comme « *non équivoque* ». Il en résulte que la Cour d'appel a jugé irrecevable la demande en résolution du vendeur en raison de la stipulation de cette clause de renonciation anticipée à l'action résolutoire. La Cour de cassation rejette le pourvoi formé par la partie venderesse et confirme ce raisonnement en affirmant que « *ayant retenu à bon droit que l'article 1184 du code civil n'est pas d'ordre public et qu'un contractant peut renoncer par avance au droit de demander la résolution judiciaire du contrat et relevé que la clause de renonciation, rédigée de manière claire, précise, non ambiguë et compréhensible pour un profane, était non équivoque, la cour d'appel en a exactement déduit que la demande était irrecevable* ». Par conséquent, il ressort qu'en principe toute clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire est valable dès lors qu'elle est non équivoque, sauf disposition légale spéciale contraire. Le demandeur au pourvoi formé contre cet arrêt invoquait pourtant le fait que « *cette clause de renonciation portait pourtant sur une obligation essentielle du contrat et ne pouvait produire effet, la cour d'appel a violé l'article 1184 du code civil, par refus d'application* » et un autre moyen du demandeur au pourvoi invoquait également l'absence de respect de l'obligation de bonne foi. Néanmoins, si la Cour de cassation écarte l'argument de la bonne foi en raison du caractère nouveau de ce moyen (qui n'a pas été invoqué devant la Cour d'appel), elle n'en fait pas de même s'agissant de l'obligation essentielle. En effet, la Cour de cassation n'écarte pas complètement l'argument de la bonne foi et estime même que ce moyen est « *pour partie irrecevable* ». *A contrario*, cela signifie que ce moyen est donc partiellement recevable sur le principe, mais ici il était irrecevable en raison du caractère nouveau du moyen. En revanche, la Cour Régulatrice ne semble pas avoir répondu au moyen concernant l'obligation essentielle, elle l'aurait même pour certains « *ignoré* »¹⁰⁰⁹. Plus encore, celui-ci était un moyen principal, et la Cour de cassation a répondu s'agissant du

¹⁰⁰⁸ Cass. 3^{ème} civ., 3 nov. 2011, n° 10-26.203.

¹⁰⁰⁹ C. DELOBEL, « *L'obligation essentielle à hue et à dia* », LPA 19 janv. 2012, n° 14, p. 3.

moyen relatif à la bonne foi qui lui était subsidiaire. Cette dernière répond à ce moyen principal en affirmant que « *l'article 1184 du code civil n'est pas d'ordre public* » et que la clause de renonciation « *était non équivoque* », ce qui *a priori* n'a aucun lien avec l'argument de l'obligation essentielle. Il peut être suggéré que la Cour de cassation ne répond pas à ce moyen car la clause de renonciation à la résolution « *portait* » simplement sur une obligation essentielle mais ne « *contredisait* » pas cette dernière. En effet, le demandeur au pourvoi se contentait d'affirmer par l'un des moyens au pourvoi que « *cette clause de renonciation portait pourtant sur une obligation essentielle du contrat et ne pouvait produire effet, la cour d'appel a violé l'article 1184 du code civil, par refus d'application* ». Or depuis les arrêts Chronopost et Faurécia, la jurisprudence estime qu'est seule réputée non écrite en raison du « *manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris* »¹⁰¹⁰ ou celle qui « *contredit la portée de l'obligation essentielle* »¹⁰¹¹. C'est donc peut-être pour cette raison que la Cour n'a pas répondu directement à ce moyen. Pourtant, dans une autre affaire ultérieure cet argument relatif à la portée de l'obligation essentielle était formulé de façon plus conforme à cette jurisprudence dans l'un des moyens au pourvoi formé et ce n'est pas pour autant que la Cour de cassation a repris un tel moyen dans les motifs de sa décision du 13 juillet 2017¹⁰¹². En l'espèce, un vendeur (Mme X) a transféré la propriété d'un bien immobilier en viager à un acquéreur (Mme Y), ce dernier a vendu ledit bien immobilier à un sous-acquéreur (M. Z) moyennant le versement immédiat d'une somme d'argent et la prise en charge de la rente viagère due au vendeur initial. En raison du défaut de paiement de cette rente, l'acquéreur et le sous-acquéreur ont été condamnés en paiement des arrérages échus et que l'acquéreur a assigné le sous-acquéreur en justice en résolution du contrat de vente et en paiement d'une indemnité d'occupation. Or, le sous-acquéreur invoquait une clause au contrat de vente prévoyant que le vendeur déclarait « *se désister expressément de tous droits de privilèges et d'action résolutoire et autres, même en ce qui concerne les charges pouvant résulter du présent contrat et pour quelque cause que ce soit* ». Or, la Cour d'appel de Paris¹⁰¹³ saisie de l'affaire, estime que cette clause « *n'a pas pour effet de priver Mme Beker de son action en résolution de la vente du 2 avril 1996 pour défaut de paiement du prix, faute pour cette dernière d'avoir expressément renoncé à ce droit* ». Surtout, la Cour d'appel ajoute « *Qu'en outre, cette clause doit être réputée non écrite, l'acquéreur ayant violé une obligation essentielle du contrat en ne payant pas le prix* ». La Cour d'appel autorise donc l'acquéreur à mettre en œuvre la résolution du contrat de vente conclu avec le sous-acquéreur. La Cour de cassation confirme pleinement la décision de la Cour d'appel en reprenant l'argument principal avancé par cette dernière à savoir que la clause litigieuse « *n'avait pas eu pour effet de priver Mme Y... de son action en résolution de la vente pour défaut de paiement du prix, faute pour elle d'y avoir expressément renoncé* ». Autrement dit, de la même façon que l'arrêt précité du 3 novembre 2011, la Cour de cassation se focalise sur l'existence ou non d'une renonciation non équivoque à l'action résolutoire ; alors que le demandeur au pourvoi reprochait audit arrêt de la Cour d'appel de Paris dans le premier moyen de cassation de son pourvoi le fait qu'elle ait affirmé que la clause litigieuse doit être réputée non écrite, celle-ci ayant permis à l'acquéreur de violer une obligation essentielle au contrat en ne payant pas le prix. La Cour de cassation répond au premier moyen de cassation invoqué dans le pourvoi du demandeur mais sans évoquer derechef le moyen relatif à l'argument de l'obligation essentielle. Le moyen soutenait pourtant bien cette fois conformément à la jurisprudence Chronopost et Faurécia (à la différence de l'arrêt précité du 3 novembre 2011) que « *la seule violation d'une obligation, fût-elle essentielle, du contrat ne suffit pas à réputer non écrite la*

¹⁰¹⁰ Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632.

¹⁰¹¹ Cass. com., 29 juin 2010, n°09-11.841.

¹⁰¹² Cass. civ. 3^{ème}, 13 juill. 2017, n° 13-21.599.

¹⁰¹³ CA, Paris, pôle 4, ch. 1, 27 juin 2013, n° 11/10520.

clause par laquelle une partie renonce par avance au droit de demander la résolution judiciaire du contrat ; qu'encre faudrait-il que ladite clause contredise la portée de l'engagement du débiteur ». Par conséquent, qu'il s'agisse de l'arrêt du 3 novembre 2011 ou de celui du 13 juillet 2017, la Cour de cassation ne motive sa décision qu'au regard du caractère non équivoque de la renonciation à l'action résolutoire, sans égard pour la question de l'atteinte à une obligation essentielle. Il apparaît donc que la clause de renonciation anticipée à l'action résolutoire ne devrait pas pouvoir porter atteinte à une obligation essentielle au contrat dès lors que ladite renonciation est non équivoque. Force est donc de constater que la Cour de cassation accueille bien plus favorablement les clauses de renonciation anticipée à l'action résolutoire que, comme nous le verrons, les clauses de renonciation anticipée aux dommages-intérêts. Même s'il n'est pas exclu que le juge en tienne compte dans son appréciation, en matière de clauses de renonciation anticipée à l'action résolutoire, la jurisprudence n'impose pas de restrictions particulières quant à leur portée (alors que, comme nous le verrons, les clauses de renonciation aux dommages-intérêts ne doivent pas être générales, globales et absolues). La seule condition que la jurisprudence impose est que la renonciation anticipée à l'action résolutoire soit non équivoque dans lequel cas on doit comprendre qu'une telle clause ne saurait contredire une des obligations essentielles du contrat.

B) La renonciation anticipée à l'exécution forcée en nature

Comme nous avons déjà pu le voir, la doctrine s'est montrée plutôt hostile à la licéité des clauses de renonciation anticipée à l'exécution forcée en nature désormais prévue par l'article 1221 du Code civil. En effet, selon ces auteurs, « aucune stipulation ne saurait déposséder, par avance, un contractant du droit d'obtenir l'exécution de l'engagement qu'il escompte »¹⁰¹⁴, car « la seule véritable exécution étant l'exécution en nature, le créancier, dont les propres obligations pourront, elles, donner lieu à une telle exécution, n'aura jamais la possibilité d'obtenir la prestation promise par son débiteur, et donc la satisfaction attendue, dès lors que ce dernier se refusera à exécuter ses engagements. »¹⁰¹⁵. C'est pourquoi sur le terrain de l'obligation essentielle ou fondamentale, il a été soutenu que cette clause pourrait être invalidée car « l'obligation fondamentale du contrat peut prendre des aspects infiniment variés, mais reste nécessairement cette obligation dont le créancier peut demander l'exécution ou la résolution »¹⁰¹⁶. Il est possible à nouveau de se prévaloir de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 3 novembre 2011¹⁰¹⁷ et de considérer qu'il suffit que la clause de renonciation à l'exécution forcée en nature soit non équivoque pour être valable. Néanmoins, la situation s'agissant de l'exécution forcée en nature n'est pas exactement la même que celle de la résolution judiciaire. La renonciation à la résolution judiciaire n'empêche pas les parties de demander la résiliation du contrat sur le fondement de la

¹⁰¹⁴ Ph. DELEBECQUE, Fasc. 110 : clauses d'allègement des obligations, JCl. Contrats – Distribution, 5 avr. 2012, n°100.

¹⁰¹⁵ P. GROSSER, « Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification », Thèse, 2000, n° 497. V. également certains auteurs qui considèrent qu'est incertain la licéité des clauses de renonciation à l'exécution et à la résolution judiciaire (A.-S. LUCAS-PUGET, « Contrats - La clause de renonciation à la résolution judiciaire », CCC, n° 6, juin 2013, form. 8 ; Y.-M. LAITHIER, « e) La clause de renonciation à la résolution judiciaire est valable », RDC 2012, n° 2, p. 402.) même si le débat de la licéité de cette clause n'a, à notre connaissance, effectivement jamais été clairement tranché (V. FORTI, « Exécution forcée en nature – Régime de l'exécution forcée en nature », Rép. dr. civ., oct. 2016, actualisation : déc.. 2021, n°35).

¹⁰¹⁶ Ph. DELEBECQUE, Fasc. 110 : clauses d'allègement des obligations, JCl. Contrats – Distribution, 5 avr. 2012, n°101.

¹⁰¹⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 3 nov. 2011, n° 10-26.203.

résolution unilatérale (1226 C. civ.) ou conventionnelle (1225 C. civ.). Au surplus, en vertu de la prohibition des engagements perpétuels, elles pourraient en tout état de cause s'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée demander d'y mettre fin à tout moment (art. 1211 C. civ.). On peut donc plus facilement tolérer la possibilité de renoncer à la résolution judiciaire dans la mesure où d'autres actions en résolution ou destinées à mettre fin au contrat existent ; il existe des moyens différents pour obtenir les mêmes effets que la résolution judiciaire mais selon des modalités différentes. C'est pourquoi dans ce cas la privation de la substance de l'une des obligations essentielles au contrat est donc moins susceptible de se produire. Cependant, ce n'est pas le cas de l'exécution forcée en nature, celle-ci n'a pas de réel équivalent parmi les autres sanctions contractuelles. L'action en dommages-intérêts (y compris la clause pénale) ne permet d'obtenir que l'exécution en équivalent et non en nature de l'obligation inexécutée. De même, au sein de l'exécution forcée indirecte, d'une part, la faculté de remplacement ne vise pas directement à demander à son contractant l'exécution d'une obligation au contrat (le contractant défaillant est simplement remplacé) et, d'autre part, la faculté de destruction si elle permet d'obtenir directement le respect d'une obligation au contrat ce n'est qu'en cas de violation de cette dernière (si le contractant défaillant ne fait rien en violation de celle-ci mais s'abstient simplement d'exécuter ses obligations, la faculté de destruction n'est d'aucun secours)¹⁰¹⁸. Il apparaît donc qu'à la différence de la résolution, l'exécution forcée en nature n'a pas de réel équivalent parmi les autres sanctions contractuelles. Le caractère en quelque sorte irremplaçable de cette sanction et le fait qu'elle vise pour les parties à demander directement ce qui a été promis constituent assurément des arguments rendant incertaine la validité de la clause de renonciation anticipée à l'exécution forcée en nature. C'est effectivement l'essence même du contrat qui pourrait être privée de sa substance, la portée de l'engagement pris. Il pourrait être tenté de fonder un tel raisonnement sur l'arrêt du 19 janvier 1863¹⁰¹⁹. Toutefois, ce serait exagérer la portée de ce dernier qui affirmait « *qu'un contrat ne peut légalement exister s'il ne referme les obligations qui sont de son essence, et s'il n'en résulte un lien de droit pour contraindre les contractants à les exécuter* » et qu'il est « *de l'essence du contrat de louage que le bailleur s'oblige à faire jouir le locataire de la chose louée, et à l'entretenir, pendant toute la durée du bail, en état de servir à l'usage auquel elle est destinée (...) ces engagements impliquent pour le locataire le droit d'actionner en justice le bailleur, s'il refuse à les remplir volontairement* ». Autrement dit, cet arrêt portait sur une clause particulièrement « *insolite* » pour reprendre les termes de la Chambre des requêtes car celle-ci prévoyait que « *le locataire renonce à former, pendant tout le cours du bail, aucune réclamation en dommages-intérêts envers Cohen-Scali, bailleur, et à intenter contre lui aucune action quelconque, devant quelques tribunaux ou Cours que ce soit, pour quelque cause que ce puisse être* ». Elle allait donc bien au-delà d'une clause de renonciation anticipée à la seule exécution forcée en nature. Partant, s'il n'est pas certain que la clause de renonciation anticipée à l'exécution forcée en nature ne prive pas de sa substance l'une des obligations essentielles du contrat, à ce jour, aucune jurisprudence n'est venue prendre clairement position sur ce sujet. Corrélativement, il en résulte également que la clause de renonciation anticipée à la faculté de remplacement ou de destruction ne devrait pas selon nous priver de sa substance l'une des obligations essentielles du contrat tant que les parties disposent de la faculté de mettre en œuvre l'exécution forcée en nature (1221 C. civ.).

¹⁰¹⁸ D'ailleurs, l'exécution forcée en nature et la faculté de destruction ne sont pas des sanctions contractuelles produisant des effets similaires en ce qu'elles sont souvent sollicitées l'une en complément de l'autre en matière de construction, via une action en démolition-reconstruction d'un immeuble (v. par exemple : Cass. civ. 3^{ème}, 17 nov. 2021, n° 20-17.218).

¹⁰¹⁹ Cass. req., 19 janv. 1863, DP 1863, I, p. 148.

C) La renonciation anticipée à l'exception d'inexécution (effective ou pour risque d'inexécution)

Plusieurs arrêts démontrent la possibilité de renoncer par avance à l'exception d'inexécution sans qu'une telle clause prive de sa substance l'une des obligations essentielles du contrat. Ainsi, dans un arrêt du 20 septembre 2011¹⁰²⁰, un acheteur (M. Chaker G.) a acquis auprès d'un fournisseur (la société Mercedes Benz France) trois véhicules d'occasion et pour financer ces trois acquisitions a souscrit un contrat de prêt auprès d'un prêteur (la société GE Capital Equipement Finance). Plus tard, ce dernier choisit d'acheter à nouveau sept véhicules d'occasion auprès du même fournisseur et, pour financer ces acquisitions, décide de les financer sous forme de six contrats de crédit-bail. Celui-ci souscrit donc en qualité de locataire un contrat de crédit-bail avec le crédit bailleur GE Capital Equipement Finance. Toutefois, le locataire réclame à sa banque de suspendre le prélèvement des loyers au crédit bailleur étant donné que celui-ci ne lui a pas livré les véhicules acquis. Le crédit bailleur met en demeure le locataire de régler les échéances de loyers impayées et, quelques mois plus tard, décide d'assigner en référé le locataire pour faire constater la résiliation des six contrats de crédit-bail et obtenir la restitution des véhicules ainsi que le paiement d'indemnités de résiliation. Le juge des référés ayant jugé que cette affaire ne pouvait donner lieu à référé, les parties sont renvoyées devant le Tribunal de commerce de Paris. Ce dernier condamne le locataire à payer au crédit bailleur les échéances de loyer restant à régler (98 985, 08 euros) à restituer le matériel loué. Le locataire décide d'interjeter appel devant la Cour d'appel de Paris laquelle relève que l'article 6 des contrats de crédit-bail stipule que « *En raison de la nature financière du contrat, le locataire, qui a choisi sous sa seule responsabilité le fournisseur et le matériel, décharge le bailleur de toute obligation d'entretien et de garantie du matériel. En conséquence, le locataire renonce à tout recours contre le bailleur, quelle qu'en soit la nature, pour quelque motif que ce soit, notamment pour inexécution de l'obligation de livraison... Le locataire s'interdit expressément d'invoquer l'exception d'inexécution pour différer le paiement de ses loyers, s'abstenir de les acquitter, en réduire le montant, ou opérer toute compensation* ». Il était ainsi stipulé une clause de non-recours du locataire à l'encontre du bailleur concernant toute obligation d'entretien ou de garantie du matériel loué alors que classiquement en matière de crédit-bail, ces obligations ne relèvent pas de la responsabilité du crédit bailleur. En revanche, une clause expresse interdisait au locataire d'invoquer l'exception d'inexécution pour suspendre ses échéances de loyer. La Cour d'appel estime que « *la renonciation expresse à un droit est juridiquement efficiente en l'absence de fraude et d'abus, en l'espèce, non établis ; que la clause contestée par M. G., parfaitement conforme à la cohérence et à l'économie du contrat, n'abolit en rien l'obligation du crédit-bailleur, qui consiste dans le paiement de la facture du fournisseur et la mise en place du contrat de location, sur justification de la livraison du matériel concerné* ». La Cour en déduit donc que « *doivent, dès lors, être rejetées les demandes de M. G. tendant à voir dire nuls, pour absence de cause, les contrats de crédit-bail et réputée non écrite la clause de renonciation du locataire à tout recours contre le bailleur du chef de la non livraison du matériel loué* ». En effet, si la clause de non-recours ne semble pas porter sur une des obligations essentielles du crédit bailleur à l'égard du locataire, la Cour d'appel semble implicitement valider la clause interdisant de recourir à l'exception d'inexécution celle-ci pouvant être mobilisée en cas d'inexécution d'une obligation essentielle du crédit bailleur. Ce qui a été le cas en l'espèce, puisque le locataire a décidé de suspendre le paiement des loyers en raison de l'absence de délivrance des véhicules acquis auprès du fournisseur. S'agissant de la clause de non-recours, dont la portée est plus générale, celle-ci n'a pas été considérée

¹⁰²⁰ CA, Paris, pôle 5, ch. 8, 20 sept. 2011, n° 09/10689.

comme privant de sa substance l'une des obligations essentielles du crédit bailleur car elle ne portait pas sur l'une d'entre elles, à l'instar de l'obligation de délivrance du matériel loué. L'ambiguïté de cette décision est que l'appréciation juridique de la Cour porte principalement sur la clause de non-recours et celle-ci ne se prononce qu'incidemment sur la clause d'interdiction de recours à l'exception d'inexécution.

Dans une autre affaire similaire, du 3 octobre 2012¹⁰²¹, un locataire (la société LAMIA VOYAGES) avait souscrit un contrat de crédit-bail portant sur des installations téléphoniques avec un crédit bailleur (la SAS LOCAM), le matériel étant fourni par un vendeur (la société PARITEL). Selon le contrat, « *le locataire choisissait sous sa seule responsabilité le matériel (art 1), renonçait à tout recours quelqu'en soient la nature et le motif, notamment pour inexécution de l'obligation de livraison, vice caché, non conformité et s'interdit expressément d'invoquer l'exception d'inexécution pour s'abstenir d'acquitter les loyers, en réduire le montant, ou opérer compensation, le bailleur transmettant au locataire qui l'accepte l'action qu'il tient du contrat de vente en résolution du contrat de vente du matériel (art 2) (...)* ». Il était donc stipulé à la fois une clause de non-recours de manière générale, une clause interdisant de recourir à l'exception d'inexécution et une clause de transfert au locataire des garanties et recours que le crédit bailleur avait à l'encontre du fournisseur/vendeur du matériel loué. Le locataire estimait que la clause de non-recours et d'interdiction d'invoquer l'exception d'inexécution devait être réputée non écrite, celle-ci privant de toute substance l'obligation essentielle de livraison. La Cour d'appel de Paris considère que cette clause est licite « *lorsque comme en l'espèce ont été transférés au locataire les garanties et recours et notamment l'action en résolution que le bailleur tenait du contrat de vente avec le fournisseur* ». Une fois encore la Cour se prononce principalement sur la clause de non-recours et non précisément sur la clause d'interdiction d'invoquer l'exception d'inexécution. Elle effectue une appréciation d'ensemble du contrat, lequel, bien que prévoyant une clause générale de non-recours, transfère les recours et actions sur la tête du locataire. C'est pourquoi la clause ne peut être réputée non écrite, les garanties et recours étant préservés en l'espèce. La clause interdisant de recourir à l'exception d'inexécution est ainsi validée en son principe, toutefois, en l'espèce le défaut de paiement n'était pas lié à un fait imputable au crédit bailleur (soit la désactivation des serveurs), le locataire ne pouvait donc mettre en œuvre l'exception d'inexécution et restait tenu des échéances de loyers. Au surplus, dès lors que la clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire est licite en son principe, on ne voit pas pour quelle raison il n'e irait pas de même s'agissant de l'exception d'inexécution. Enfin, bien que la jurisprudence n'ait pas encore rendu en la matière de décisions concernant l'exception pour risque d'inexécution (art. 1220, C. civ.), la clause de renonciation anticipée à cette sanction devrait être jugée licite dans les mêmes conditions que l'exception d'inexécution effective (art. 1219, C. civ.).

D) La renonciation anticipée à la réduction du prix

Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Poitiers le 24 novembre 2020¹⁰²² semble valider la stipulation d'une clause de renonciation anticipée à l'action en réduction du prix au regard de la privation d'une obligation essentielle au contrat. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de bail commercial prévoyant en son article 5.8 que le preneur « *accepte (...) de ne pouvoir prétendre à aucune diminution de loyer en cas de suppression temporaire ou réduction des services collectifs tels que l'eau, le gaz, l'électricité, le téléphone, le chauffage, les ascenseurs,*

¹⁰²¹ CA, Paris, pôle 5, ch. 10, 3 oct. 2012, n° 10/25274.

¹⁰²² CA Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 24 nov. 2020, n° 18/03062.

monte-charges, etc...non plus qu'en cas d'humidité, fuites, infiltrations ou toute autre cause, ainsi que des fuites sur canalisation commune masquée par un coffrage établi par le bailleur ». La Cour d'appel estime que cette clause est « *claire* » puisqu'elle « *écarter toute réduction du loyer pour quelque cause que ce soit.* ». Elle en conclut que cette clause n'a pas pour objet ou effet de « *priver de sa substance l'une des obligations essentielles du bailleur puisque, le loyer étant la contrepartie de la jouissance des locaux, elle ne peut faire obstacle à ce que le preneur invoque l'exception d'inexécution pour ne plus acquitter le loyer s'il ne peut plus en jouir.* ». La clause de renonciation anticipée à la réduction du prix semble donc validée en son principe, même s'il s'agissait plus particulièrement d'un bail commercial. En effet, cet arrêt affirme qu'une telle clause est « *licite, les dispositions des articles 1719 et suivants du code civil n'étant pas d'ordre public et les parties pouvant y renoncer, particulièrement en fait de bail commercial, entre professionnels.* ». Cette formulation laisse donc à penser que la portée de cet arrêt ne se limite pas seulement au bail commercial mais peut aisément être extrapolée à la réduction du prix en droit commun (art. 1223 C. civ.). Le jugement a donc été confirmé par la Cour d'appel en ce qu'il avait débouté la demande de réduction du montant du loyer par le preneur.

II. La validité des clauses de renonciation relatives à la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du lien contractuel

Dans une série de décisions, la jurisprudence apparaît nuancer foncièrement la validité de principe des clauses de renonciation aux dommages-intérêts en cas d'atteinte à l'obligation « *essentielle* » du contrat. Si la Cour de cassation a posé cette limite à leur validité, la méthodologie employée permettant d'estimer si l'obligation « *essentielle* » du contrat a été atteinte ou non a été explicitée plus en détail par les juges du fond. La Cour de cassation manifeste une certaine hostilité à l'endroit des clauses écartant toute responsabilité d'un contractant (c'est-à-dire des clauses évasives de responsabilité) sans pour autant détailler les raisons qui l'ont amenée à se prononcer en ce sens. Ainsi, en faveur de cette conception restrictive défendue par la Cour de cassation, plusieurs arrêts peuvent être cités. Tout d'abord, un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 9 juin 2009¹⁰²³ invalide la clause évasive de responsabilité qui contredit l'obligation essentielle du contrat. En l'espèce, le liquidateur d'une société en liquidation (la société Colo) a vendu par l'intermédiaire d'une autre société (la société Must) un fonds de commerce bar-restaurant à un couple d'acheteurs. Quelques jours après la réalisation de la vente, le couple d'acheteurs a appris que le commerce n'avait pas obtenu d'autorisation d'ouverture en raison d'un avis défavorable de la commission communale de sécurité. Ces derniers ont décidé d'assigner en justice la société Must (intermédiaire dans la vente du bien) et son assureur en résolution de la vente et en responsabilité. La société Must invoque une clause évasive de responsabilité pour écarter tout engagement de sa responsabilité. La Cour d'appel de Montpellier admet cette exclusion de la responsabilité du vendeur et avait estimé que « *pour écarter toute responsabilité du vendeur (...) les clauses de dispense concernant la réglementation de sécurité qui figurent dans la promesse d'achat et dans l'acte de vente du fonds de commerce sont valables dès lors qu'elles traduisent l'acceptation par les acquéreurs d'un aléa ou d'une obligation qu'ils étaient en mesure d'identifier* ». Cependant, la Cour Régulatrice prononce la cassation de cet arrêt et retient « *qu'en statuant ainsi, alors que M. X..., ès qualités, qui avait comme **obligation essentielle de délivrer le fonds de commerce pourvu d'une autorisation d'ouverture, ne pouvait s'en exonérer par une clause évasive de responsabilité qui, contredisant la portée de***

¹⁰²³ Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-10.350.

son engagement, devait être réputée non écrite, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». La Cour de cassation invalide sèchement la clause évasive de responsabilité en ce qu'elle contredit l'obligation essentielle de la vente du fonds de commerce, à savoir, l'obligation de délivrance d'un fonds de commerce pourvue d'une autorisation d'ouverture.

Dans une autre affaire¹⁰²⁴, un locataire (l'enseigne Melody studio) avait conclu une sorte de contrat de crédit-bail (une location avec option d'achat) portant sur une console d'enregistrement d'occasion avec un bailleur (la société MBS). Or, le locataire était débiteur à l'égard du bailleur de loyers non payés à hauteur de 19 431, 94 euros comprenant les frais de réparations que le locataire a dû dépenser en raison de nombreux dysfonctionnements de la console. Le bailleur a décidé d'assigner le locataire en paiement de sa créance et le locataire réclame, à titre reconventionnel, des dommages-intérêts. La Cour d'appel de Versailles reprochait au bailleur de ne pas avoir présenté « *le matériel complexe litigieux en état d'être testé, mais démonté et entreposé verticalement en appui sur le mur du garage attenant à une habitation* ». Ainsi, le locataire ne pouvait se voir reprocher de s'être fait assister par un ami ingénieur et le bailleur n'avait pas mis en mesure ce dernier de se convaincre de l'adéquation du matériel litigieux à ses besoins professionnels. De même, le matériel litigieux subissait des pannes courantes et l'alimentation a pris feu à trois reprises, ce qui a contraint le locataire à dépenser des frais de réparation importants (soit, 8 000 euros). Il en résulte que la Cour de cassation confirme le raisonnement de la Cour d'appel de Versailles pour avoir « *exactement déduit que la clause évasive de responsabilité contredisant la portée de son engagement de délivrance, et celle mettant à la charge du preneur, à peine d'inopposabilité au loueur, la vérification de conformité du matériel à la commande, ne pouvaient trouver à s'appliquer ; que le moyen n'est pas fondé* ». Outre la clause visant à décharger sur la tête du locataire la vérification de la conformité du matériel litigieux, la Cour Régulatrice invalide clairement la clause évasive de responsabilité en ce qu'elle « *contredit* » la portée de l'obligation essentielle de délivrance du bailleur.

Dans une autre affaire, en date du 8 novembre 2007¹⁰²⁵, l'association UFC – Que choisir a assigné la société AOL dans le cadre de son activité de fournisseur d'accès à internet. L'association réclame à ce que soient déclarées illicites ou abusives certaines clauses contenues dans les contrats types habituellement proposés aux consommateurs par le prestataire AOL. Parmi elles, une clause en date de la version de 2003 du contrat, insérée dans la rubrique « *Responsabilité* », était rédigée de la façon suivante : « *Vous reconnaissez, notamment compte tenu de la nature même du réseau donnant accès à l'Internet et des interventions nécessaires pour assurer son fonctionnement et sa qualité, qu'aucune garantie quelle qu'elle soit, expresse ou implicite, notamment quant à l'absence d'interruption ou d'erreur du service AOL ou aux performances et aux résultats découlant de l'utilisation de celui-ci ne vous est donnée par AOL. En particulier, AOL ne peut offrir et n'offre pas la garantie que vous pourrez vous connecter au service AOL où et quand vous l'aurez choisi pour des raisons et contraintes liées au réseau lui-même. Toutefois, AOL fera ses meilleurs efforts pour assurer la fourniture de l'accès au service AOL* ». Or, pour la Cour de cassation cette clause n'avait d'autres finalités que de « *limiter la responsabilité du fournisseur et d'exclure a priori toute garantie en cas de mauvais fonctionnement dans l'utilisation du service d'AOL* ». En effet, selon la Cour d'appel de Versailles, cette clause avait un caractère « *général* » et ne précisait pas même les causes « *d'interruption ou d'erreur du service* », ce qui exonérait le prestataire de sa responsabilité à l'égard des consommateurs. La Cour de cassation confirme ce raisonnement et en tire la conclusion que ladite clause « *avait pour effet de dégager la société AOL de son obligation essentielle, justement qualifiée d'obligation de résultat, d'assurer effectivement l'accès au service promis, était abusive* ». Ainsi, la clause

¹⁰²⁴ Cass. com., 31 mai 2011, n° 10-13.633.

¹⁰²⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 2007, n° 05-20.637.

élusive de responsabilité était rédigée de façon trop générale, c'est-à-dire que la responsabilité du prestataire était écartée dans la quasi-totalité des hypothèses, sans qu'aucune garantie ne soit concédée en cas d'interruption ou de perturbation de la fourniture de l'accès à internet. Ceci alors que le prestataire avait en vertu du contrat pour obligation essentielle d'assurer aux consommateurs un accès au service promis qui, de surcroît, était constitutive d'une obligation de résultat pour ce dernier. Par conséquent, la clause d'exclusion de responsabilité stipulée par le prestataire avait pour effet de priver ce dernier de l'une de ses obligations essentielles et devait être considérée comme abusive. Si cette décision a été rendue sur le fondement d'une action en suppression de clauses abusives au sens du droit de la consommation (ancien art. L. 421-6 du Code de la consommation), celle-ci pourrait également être appliquée *mutatis mutandis* en droit commun sur le fondement de l'article 1170 du Code civil.

Enfin, dans le même sens, on peut encore citer un autre arrêt rendu par la Cour de cassation le 19 septembre 2019¹⁰²⁶. En l'espèce, un couple de vendeurs (M. et Mme F) a vendu à un couple d'acheteurs (M. H et Mme H) une maison à usage d'habitation par acte authentique dressé par un notaire. L'acte stipulait que l'immeuble d'habitation était raccordé au réseau d'assainissement et n'avait fait l'objet d'aucun contrôle de conformité par le service public de l'assainissement. Cette tâche consistant à s'assurer du bon raccordement de cet immeuble revenait donc au couple d'acheteurs et ces derniers ont assignés le couple de vendeurs aux fins de réparation de leur préjudice résultant de la défektivité du raccordement au réseau d'assainissement. La Cour d'appel d'Orléans condamne le couple de vendeurs à verser diverses sommes à titre de réparation au couple d'acheteurs. La Chambre commerciale valide cet arrêt selon lequel « *l'absence de raccordement d'un immeuble vendu comme étant relié au réseau public d'assainissement constituait un manquement du vendeur à son obligation de délivrance conforme de sorte que M. et Mme F... devaient répondre de ce défaut de conformité sans pouvoir opposer aux acquéreurs une clause évasive de responsabilité s'agissant d'une caractéristique essentielle spécifiée par la convention des parties* » ; d'où la Cour de cassation conclut que « *la cour d'appel en a déduit à bon droit, abstraction faite de motifs surabondants, que la demande devait être accueillie* ».

Par conséquent, il ressort des trois décisions précitées que la Cour de cassation se montre plutôt hostile à l'égard de la validité des clauses évasives de responsabilité¹⁰²⁷. Toutefois, ces arrêts ne permettent pas d'approcher le raisonnement juridique suivi par les juges pour prononcer la nullité ou validation de la clause évasive de responsabilité. Le critère repris par ces décisions est que cette clause ne doit pas contredire la portée d'un engagement essentiel au contrat, mais la Cour Régulatrice ne précise pas dans quels cas une telle contradiction peut survenir. Si les juges du fond manifestent également une certaine défiance à l'égard des clauses évasives de responsabilité, certaines cours d'appel vont affiner les critères permettant de retenir ou non la contradiction de cette clause avec un engagement essentiel. En effet, les juges du fond ont rendu des décisions esquissant les critères retenus par les juges pour écarter ou non une clause de renonciation aux dommages-intérêts. Globalement, comme nous allons le voir, il ressort que par principe les clauses de renonciation aux dommages-intérêts sont valables, à moins qu'elles soient globales et générales. En effet, la jurisprudence montre que pour être valables, les clauses évasives ou exonératoires de responsabilité doivent être rédigées de sorte à ce que leur champ d'application ne soit pas trop large et se cantonne à des cas précis.

¹⁰²⁶ Cass. civ., 3^{ème}, 19 sept. 2019, n° 18-18.394.

¹⁰²⁷ V. également une clause de renonciation à recours d'un preneur à bail qui peut être « *parfaitement valable* » dès lors qu'elle ne prive pas le preneur du « *droit de contester les conditions de formation du contrat, telle une demande de nullité pour vice du consentement* » et que celle-ci ne concerne pas l'obligation essentielle du bail (en l'occurrence, l'obligation de délivrance qui plus est « *étant d'ordre public* »), à défaut, cela « *frappe d'inefficacité toute clause de renonciation à recours contre le bailleur* » (CA, Douai, 2^{ème} ch., 2^{ème} sect., 5 oct. 2017, n° 15/07221).

Dans une première décision rendue par la Cour d'appel de Paris, le 14 décembre 2010¹⁰²⁸, une société cliente (la société CMS) dans le cadre de l'acquisition du capital social de plusieurs sociétés auprès d'une société (la société E.M.C) s'est adjoint le concours de sociétés de conseil, dont un prestataire spécialisé dans l'assistance juridique et l'audit (la société Deloitte & Touche Corporate Finance). Or, parmi les deux sociétés acquises, le Tribunal de commerce de Nanterre a placé la première en redressement judiciaire et l'autre en liquidation judiciaire. La société cliente a engagé une action judiciaire contre la société E.M.C avec laquelle elle conclut un protocole transactionnel mettant fin à toutes les actions opposant les parties, y compris leurs conseils, à l'exception d'une société prestataire, la société Deloitte & Touche Corporate Finance. Estimant que son préjudice n'était pas entièrement réparé, la société cliente décide d'assigner en justice la société prestataire en réparation des dommages résultant du manquement à l'obligation de conseil. L'ancien Tribunal de grande instance de Paris ayant débouté la société cliente de son action, la Cour d'appel de Paris est amenée à se prononcer sur la responsabilité de la société prestataire en raison de ses manquements à son obligation de conseil. Or, cette dernière invoque la clause évasive de responsabilité stipulée au contrat prévoyant que « *aucune action en responsabilité ne pourra être engagée contre la société Deloitte & Touche Corporate Finance* » *sauf en cas de faute lourde* ». La Cour d'appel estime que « *la société C.M.S. recherche la responsabilité de la société Deloitte Finance en invoquant des manquements à son obligation de conseil, qui est l'obligation essentielle du contrat, de sorte que limiter à la faute lourde l'engagement de la responsabilité de la débitrice du devoir de conseil reviendrait à contredire la portée de l'obligation essentielle souscrite par la société Deloitte & Touche Corporate Finance ; que, sur ce point, il convient d'infirmer le jugement frappé d'appel et de réputer non écrite la clause limitative de responsabilité dont il s'agit* ». Ainsi, la Cour d'appel a invalidé cette clause évasive de responsabilité jugée trop large car la responsabilité de la société prestataire ne pouvait être engagée qu'en cas de faute lourde. Cette notion semblait réduire comme une peau de chagrin l'engagement de celle-ci, la faute lourde recouvrant classiquement un périmètre assez restreint¹⁰²⁹, les hypothèses où la responsabilité peut être engagée sont donc relativement limitées.

Puis, deux autres décisions rendues le même jour énoncent de manière encore plus explicite la limitation de la portée des clauses évasives de responsabilité ou de non-recours. En effet, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles le 11 septembre 2018¹⁰³⁰, une société bailleuse (la société Outlet Invest) a conclu un contrat de bail commercial avec un locataire (la société S. Mark) portant sur un local dépendant d'un centre commercial moyennant le paiement d'un loyer annuel minimum. La société bailleuse fait délivrer un commandement de payer à deux reprises au locataire au titre de loyers et charges impayés en visant la clause résolutoire du contrat. La société locataire fait opposition au premier commandement de payer et assigne le bailleur devant l'ancien Tribunal de grande instance de Pontoise aux fins de réduction du montant du loyer en raison du manquement de ce dernier à son obligation de délivrance du local commercial (celui-ci présentant un défaut de commercialité). Le tribunal décide de débouter la société locataire de ses demandes, condamne le locataire à rembourser les loyers impayés et constate l'acquisition de la clause résolutoire. Surtout, la société bailleuse avait invoqué la clause « *renonciation à recours* » insérée dans le contrat de bail selon laquelle **le « preneur déclare renoncer à recours contre le bailleur, le syndic, les**

¹⁰²⁸ CA, Paris, pôle 2, ch. 1, 14 déc., 2010, n° 08/09544.

¹⁰²⁹ En effet, la jurisprudence donne traditionnellement une définition assez restrictive de la notion de faute lourde, selon elle, il s'agit d'« *une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle* » (Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, n°03-14.112).

¹⁰³⁰ CA, Versailles, ch. 12, 11 sept. 2018, n° 17/03209.

copropriétaires (...) à quelque titre que ce soit (...). ». Le tribunal a considéré cette clause comme devant être réputée non écrite car l'exclusion de la responsabilité du bailleur « à quelque titre que ce soit » exonérait celui-ci de toute responsabilité. Saisie de l'affaire, la Cour d'appel de Versailles rappelle que « *Les clauses limitatives ou évasives de responsabilité sont, en principe, valables dès lors qu'elles sont connues et acceptées des cocontractants. Cette validité connaît toutefois certaines limites, et notamment de telles clauses ne doivent pas porter sur l'obligation essentielle du contrat puisque cela équivaudrait à vider celui-ci de sa substance.* ». Or, « **En l'espèce, la clause de non recours est générale et vise tout recours contre le bailleur à quelque titre que ce soit, empêchant ainsi toute action, y compris pour manquement du bailleur à ses obligations essentielles, de sorte qu'elle doit être considérée comme non écrite.** ». Si cet arrêt ne condamne pas en son principe les clauses évasives de responsabilité, il en limite la portée lorsque celles-ci visent de manière générale toute action en responsabilité. La rédaction d'une clause évasive de responsabilité ou de non-recours rédigée de sorte qu'elle contient une portée globale serait donc contraire à l'obligation essentielle du contrat de bail commercial. Mais cette décision doit être lue à la lumière d'une autre décision¹⁰³¹ rendue le même jour par la même juridiction (et impliquant une même partie), seulement celle-ci retient ici la validité de la clause évasive de responsabilité. Dans cette affaire, une société bailleuse (la société Outlet Invest) a conclu un contrat de bail commercial avec une société locataire (la société IKY Diffusion) ayant pour objet un local dépendant du centre commercial Usines Center de Gonesse et moyennant le paiement d'un loyer annuel. La société bailleuse a délivré un commandement de payer à deux reprises au titre de loyers et charges impayés et visant la clause résolutoire du contrat de bail. La société locataire a fait opposition au premier commandement de payer et assigne la société bailleuse devant l'ancien Tribunal de grande instance de Pontoise aux fins de réduction du loyer pour manquement de ce dernier à son obligation de délivrance en raison du défaut de commercialité du centre commercial. Le tribunal déboute la société locataire de ses demandes, condamne à payer le montant des loyers exigés et constate l'acquisition de la clause résolutoire. La société bailleuse pour écarter sa responsabilité invoquait l'article 1.1 du contrat de bail « *exposé sur le centre commercial* » prévoyant que **le « preneur déclare contracter aux présentes en acceptant les aléas économiques pouvant résulter d'une évolution de la zone d'implantation du centre commercial, de la concurrence, du dynamisme des commerçants de la galerie marchande, des actions commerciales relevant des décisions de l'association des commerçants, du maintien, de la transformation ou de la disparition des commerces constituant le centre commercial, sans pouvoir rechercher le bailleur à cet égard (...).** ». Or, l'ancien Tribunal de grande instance a contesté la validité de cette clause étant donné que celle-ci s'appliquait à une des obligations essentielles du bailleur, soit l'obligation de délivrance incluant le maintien de la commercialité du centre commercial. La Cour d'appel de Versailles, saisie de l'affaire, rappelle que « *Les clauses limitatives ou évasives de responsabilité sont, en principe, valables dès lors qu'elles sont connues et acceptées des cocontractants. Cette validité connaît toutefois certaines limites, et notamment de telles clauses ne doivent pas porter sur une obligation essentielle du contrat, ce qui équivaudrait à le vider de sa substance.* ». La Cour d'appel reconnaît qu'en l'espèce la clause litigieuse a pour objet d'exclure la responsabilité de la société bailleuse mais que « *Contrairement à ce qu'a pu estimer le premier juge, il ne s'agit pas d'une clause générale excluant tout recours du preneur contre le bailleur pour quelque cause que ce soit, mais d'une clause excluant ce recours dans certains cas précis, expressément acceptés par les parties, dont le maintien ou la disparition des commerces, principal reproche adressé au bailleur.* ». Au demeurant, la Cour d'appel affirme que « *à défaut de stipulation particulière* » le bailleur n'est pas tenu

¹⁰³¹ CA, Versailles, ch. 12, 11 sept. 2018, n° 17/03212 ; V. aussi dans le même sens : CA, Versailles, ch. 12, 11 sept. 2018, n° 17/03211 ; CA, Versailles, ch. 12, 11 sept. 2018, n° 17/03209.

d'assurer la commercialité du centre commercial et que la clause évasive de responsabilité ne portait donc pas sur une obligation essentielle de ce dernier. Partant, cette clause évasive de responsabilité est valable car les hypothèses d'exclusion de responsabilité sont limitées à des cas précis et expressément acceptés par les parties.

Enfin, une autre affaire¹⁰³² encore en matière de contrat de dépôt, montre que la clause de renonciation aux dommages-intérêts ne peut être globale. Un fréteur (la société MARPETROL) a conclu un contrat d'affrètement (une « charte-partie à temps », c'est-à-dire un affrètement portant sur la durée de l'affrètement) avec un affréteur (la société CEPSA), le fréteur mettant à la disposition de l'affréteur un navire. L'affréteur a vendu à un destinataire (la société UNIVAR) des quantités de toluène et de xylène transportées via le navire mis à disposition. Le destinataire a confié le stockage de ces marchandises à un dépositaire (la société LBC) lequel s'est chargé de contacter le port maritime de Marseille (le GPMM) destinataire en vue du déchargement des marchandises. Cependant, un incident s'est produit lors du déchargement des marchandises, une inversion du branchement des bras de chargement a entraîné une contamination des marchandises. Le destinataire des marchandises a assigné en justice devant le Tribunal de commerce de Marseille le fréteur, le commandant du navire, le dépositaire et le GPMM en responsabilité du fait de l'erreur de branchement des bras de chargement. Le tribunal estime que la clause de non-responsabilité et de renonciation contenue dans le contrat conclu entre la société UNIVAR et LBC est nulle. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence saisie de l'affaire, rappelle le contenu de la clause de non-responsabilité et de non-recours réciproque, selon laquelle la société UNIVAR « *déclare dégager la société LBC de toute responsabilité, le cas de malveillance excepté, pour tout dommage, perte ou altération que pourraient subir ses marchandises* » et « *déclare (...) renoncer à tout recours au profit de la société LBC* ». Ainsi, la Cour d'appel estime qu'il résulte du contrat conclu entre la société LBC et UNIVAR « *que celle là a pour obligation essentielle le dépôt et le stockage dans des bacs des toluène et xylène de celle ci, obligation dont l'accessoire indissociable est le déchargement de ces produits depuis l'extérieur pour les entreposer dans ces bacs, tandis que celle ci a pour obligation bien modeste de ne pas endommager lesdits bacs, ce qui caractérise une répartition très déséquilibrée des risques entre les 2 contractants.* ». Or, selon la Cour le dommage causé (ayant pour origine le transfert des marchandises) se rattache à l'essence même de cette obligation accessoire de déchargement des marchandises. La Cour en conclut que la clause de non-responsabilité/non-recours « *parce qu'elle a pour effet de neutraliser illicitement l'obligation contractuelle essentielle, doit être réputée et déclarée non écrite* ». Si la Cour d'appel constate une répartition très déséquilibrée du risque entre le déposant et le dépositaire, elle répute non écrite la clause litigieuse en raison de sa portée générale. En effet, la clause de non-responsabilité ou de renonciation à recours exclut toute responsabilité du dépositaire en cas de dommage, perte ou altération des marchandises et le déposant renonce à « *tout recours* » contre ce dernier. C'est pourquoi la portée de cette clause particulièrement large ne pouvait que porter atteinte à l'obligation de déchargement des marchandises, jugée comme essentielle par son rattachement indissociable à l'obligation de garde des marchandises.

D'autres arrêts pourraient encore être cités dans lesquels les juges du fond ont également invalidé des clauses évasives de responsabilité ou des clauses de non-recours portant atteinte à l'obligation essentielle du contrat ; ces dernières écartant de manière globale et générale tout engagement de la responsabilité d'un contractant. Ainsi, la Cour d'appel de Paris¹⁰³³ « *a estimé de nul effet la mention ainsi énoncée sur les relevés de droits adressés à Gérard*

¹⁰³² CA, Aix-en-Provence, ch. 2, 1^{er} mars 2018, n° 15/01540.

¹⁰³³ CA Paris, 4^{ème} ch., sec. A, 31 oct. 2007, n° 06/15413.

Schachmes, 'Sygma décline toute responsabilité en cas de perte ou de détérioration des documents photographiques qui lui sont confiés', qui procède de la décision unilatérale de cette dernière et non d'un accord contractuel auquel cas elle serait en tout état de cause réputée non écrite comme privant de portée l'engagement essentiel du dépositaire ». Puis, la Cour d'appel de Bordeaux¹⁰³⁴ affirme que « *la garde du cheval était une obligation essentielle de l'association et celle-ci ne pouvait s'exonérer à l'avance de toute responsabilité quant aux dommages pouvant survenir au cheval sans porter atteinte à l'essence même du contrat. La clause exonératoire de responsabilité doit donc être réputée non-écrite.* ». Dans une autre décision encore la Cour d'appel de Paris¹⁰³⁵ considère que « *Considérant que l'argument tenant à l'existence de clauses de non recours figurant au bail est inopérant en ce qu'aucune clause de bail ne peut remettre en cause l'obligation essentielle du preneur de garantir la conformité des locaux donnés en location avec leur destination* ». Enfin, la Cour d'appel de Rennes¹⁰³⁶ a également pu décider que la clause selon laquelle « *le cessionnaire prendra le fonds en l'état où le tout se trouve sans pouvoir réclamer aucune indemnité pour quelque cause que ce soit* » est « *privée d'efficacité lorsque l'inexécution du CEDANT porte atteinte à une obligation essentielle du contrat (Cass.Com. 22/10/96). En l'espèce, l'obligation de fournir un matériel en parfait état d'exploitation, notamment le fournil, constitue une des obligations essentielles du contrat de vente dès lors que ce matériel est un élément essentiel du fonds de commerce sans lequel celui-ci ne peut plus être exploité.* ».

Néanmoins, cette hostilité manifestée par la jurisprudence à l'égard des clauses élusives de responsabilité peut être nuancée par l'appréciation d'ensemble de la validité de ces clauses mise en œuvre. Il en découlera que si par principe cette clause ne doit pas être générale et globale, elle ne doit pas non plus avoir une portée absolue c'est-à-dire écarter toute action en responsabilité à l'égard de tout débiteur (contractant ou tiers). Une série de décisions démontrent que lorsque le créancier contractant d'une obligation à indemniser par son débiteur contractant dispose d'un recours non plus à l'encontre de ce dernier (en raison de la stipulation d'une clause de non-recours) mais à l'encontre de l'assureur de son débiteur (donc d'un débiteur tiers au contrat), la clause écartant l'action en responsabilité est valable et ne contredit pas l'obligation essentielle du contrat. Mais les juges veillent à ne pas retenir une portée trop large de la clause de non-recours et classiquement l'apprécie de façon restrictive¹⁰³⁷. Tout d'abord, dans une affaire où la Cour de cassation a rendu une décision en date du 23 mai 2013¹⁰³⁸, un locataire (la société Pharmacie du Géant Casino) disposait d'un local à usage commercial dépendant d'un centre commercial, lequel appartenait à un bailleur (la société Mercialys). Le bailleur avait entrepris des travaux de restructuration du centre commercial et avait indemnisé le locataire des travaux entrepris via un protocole d'accord transactionnel. Le préjudice ainsi indemnisé concernait le préjudice strictement commercial pour lequel aucune obligation d'assurance ne figurait dans le contrat de bail. Malgré ce protocole d'accord, le locataire a décidé d'assigner en justice le bailleur en réparation de préjudices distincts de cette perte d'exploitation. La Cour d'appel de Poitiers rappelle que « *seule doit être réputée non écrite une clause limitative de réparation contredisant la portée d'une obligation essentielle du débiteur* » et relève que l'article 17 du contrat de bail prévoit la renonciation par le locataire à tout recours en responsabilité contre le bailleur. Or, selon la Cour de cassation cette renonciation à recours « *n'exonérait le bailleur que pour les seuls désordres affectant les lieux loués et pour lesquels le preneur pouvait être couvert par une*

¹⁰³⁴ CA Bordeaux, 1^{ère} ch. B, 29 janv. 2009, n° 07/03260.

¹⁰³⁵ CA, Paris, pôle 1, ch. 2, 3 oct., 2012, n° 11/12417.

¹⁰³⁶ CA, Rennes, ch. com. 2, 1^{er} mars 2005, n° 03/07170, n° JurisData : 2005-282139.

¹⁰³⁷ Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1993 n° 91-11.362 et 91-11.770.

¹⁰³⁸ Cass., civ., 3^{ème}, 23 mai 2013, n° 12-11.652.

assurance ». Ainsi, l'indemnisation du préjudice commercial demandé en justice par le locataire n'était pas couverte par une assurance alors que le protocole d'accord transactionnel conclu entre le locataire et le bailleur concernait un préjudice pouvant être couvert par une assurance. Partant, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel et estime que la clause de non-recours ne contredit pas la portée d'une obligation essentielle. En effet, si ladite clause empêchait le locataire d'agir en réparation de son préjudice à l'encontre du bailleur, celui-ci disposait d'un recours à l'encontre de l'assurance pouvant couvrir le dommage qu'il a subi. On comprend donc que l'atteinte à l'obligation essentielle de jouissance paisible des lieux loués par la stipulation de la clause de non-recours n'a pas été retenue par la Cour de cassation car le locataire pouvait disposer d'un autre recours à l'encontre d'un autre débiteur, son assurance.

Aussi, on peut également citer un autre arrêt rendu le 26 avril 2017 par la Cour de cassation¹⁰³⁹. En l'espèce, un déposant (la société Sanofi) a conclu un contrat de dépôt portant sur le stockage de ses produits auprès d'un dépositaire (la société CSP). Le contrat prévoyait que le déposant s'engageait à souscrire une assurance pour les stocks entreposés au sein des locaux du dépositaire s'agissant de tous les dommages matériels et que de ce fait les parties renonçaient et s'engageaient à faire renoncer leur assureur respectif à tout recours en cas de sinistre indemnisé. Ultérieurement à la conclusion du contrat de dépôt, un avenant prévoyait que le dépositaire souscrirait une assurance couvrant tout dommage et toute détérioration jusqu'à 100 000 euros pendant la durée du stockage des marchandises. Or, un incendie est survenu dans l'entrepôt du dépositaire et a détruit les produits du déposant. Le déposant et ses assureurs ont décidé d'assigner le dépositaire et ses assureurs en justice en remboursement de la somme versée auprès du déposant assuré. La Cour d'appel de Riom a débouté le déposant et ses assureurs de leurs demandes en application de la clause de non-recours stipulée au contrat de dépôt qui était dépourvue d'équivoque, son objet était de limiter le champ d'application de l'obligation d'assurer le stock des marchandises pour tous les dommages encourus. La Cour d'appel rappelle que doit être « *déclarée non écrite la clause ayant pour effet de neutraliser le caractère contraignant de l'obligation essentielle résultant d'un contrat en dispensant le débiteur d'exécuter son obligation* ». Cependant, la Cour de cassation affirme que « *la clause litigieuse, inscrite dans le cadre de relations contractuelles habituelles et équilibrées, a prévu une répartition entre les deux parties des risques encourus par les marchandises* » ; la clause de non-recours ne vidait pas de sa substance l'obligation essentielle du contrat de dépôt, à savoir, l'obligation de garde des marchandises stockées. Ainsi, la Cour Régulatrice retient l'application de la clause de non-recours, laquelle prévoyait dans le cadre de relations contractuelles « *habituelles* » et « *équilibrées* » « *une répartition entre les deux parties des risques encourus* », car le déposant, à défaut de recours en indemnisation contre le débiteur-dépositaire, disposait d'un tel recours contre le débiteur-assureur couvrant les risques de dommage portant sur les marchandises. La clause de non-recours précisait d'ailleurs que les parties renonçaient à leurs recours en cas de « *sinistre indemnisé* ». On comprend donc que l'atteinte à la substance de l'obligation essentielle n'a pas été retenue en raison du recours possible du déposant à l'égard de l'assureur des dommages pouvant affecter les marchandises. La suppression d'un recours (à l'encontre du dépositaire) ayant été remplacé par un autre recours (à l'encontre de l'assureur) contre un débiteur, la clause de non-recours pouvait donc être appliquée. Cet arrêt est d'ailleurs confirmé par la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁰⁴⁰ et de la Cour d'appel¹⁰⁴¹. Il ressort donc des décisions précitées que c'est une appréciation d'ensemble du contrat, de l'ensemble

¹⁰³⁹ Cass. com. 26 avr. 2017, n° 15-23.239.

¹⁰⁴⁰ V. par exemple : Cass. com. 26 avr. 2017, n° 15-23.245.

¹⁰⁴¹ V. par exemple : CA, Toulouse, ch. 2, 26 juin 2019, n° 17/03201.

des clauses et de son économie générale qui peut justifier la validité de clause de renonciation à toute forme de recours¹⁰⁴².

Enfin, on peut également citer l'affaire Faurécia II¹⁰⁴³, même s'il s'agissait d'une simple clause limitative de responsabilité, dans laquelle une analyse globale de ladite clause ainsi que du contrat dans lequel cette dernière s'inscrit a été réalisée. La Cour de cassation avait validé la clause litigieuse car « *les prix convenus reflètent la répartition du risque et la limitation de responsabilité qui en résultait, n'était pas dérisoire, que la société Oracle a consenti un taux de remise de 49 %, que le contrat prévoit que la société Faurecia sera le principal représentant européen participant à un comité destiné à mener une étude globale afin de développer un produit Oracle pour le secteur automobile et bénéficiera d'un statut préférentiel lors de la définition des exigences nécessaires à une continue amélioration de la solution automobile d'Oracle pour la version V 12 d'Oracles applications.* ». La Cour de cassation confirme donc le raisonnement de la Cour d'appel qui en a déduit que « *la clause limitative de réparation ne vidait pas de toute substance l'obligation essentielle de la société Oracle* ». Une véritable appréciation d'ensemble de la clause, du contrat ainsi que du contexte de sa conclusion était donc réalisée par la Cour d'appel à l'égard d'une clause limitative de responsabilité. Un tel raisonnement peut probablement être appliqué *mutatis mutandis* aux clauses élusives de responsabilité ou de renonciation aux dommages-intérêts, surtout eu égard à la jurisprudence précitée en la matière. Le Professeur MAZEAUD expliquait à ce sujet qu'« *il n'est pas interdit de penser que même les clauses élusives de responsabilité, comme les clauses limitatives de réparation qui fixent un plafond dérisoire d'indemnisation, ne sont peut-être pas vouées inéluctablement à être supprimées du contrat. Certes, il existe en présence de telles clauses une très forte probabilité, si ce n'est une véritable présomption de contradiction illégitime, mais il n'en reste pas moins que le débiteur pourrait réactiver la clause litigieuse en apportant la preuve que cette contradiction, qui apparaît illégitime si l'on s'en tient à une simple appréciation isolée de la clause, n'est qu'apparente et s'efface si on contemple cette clause à travers le prisme de son environnement contractuel, par référence à l'économie générale du contrat dont elle constitue un des éléments parmi d'autres, dont certains peuvent représenter sa juste contrepartie et constituer sa cause.* »¹⁰⁴⁴. En somme, la clause de renonciation aux dommages-intérêts ne doit pas être générale, globale et absolue.

De manière similaire, car ces clauses reviennent à stipuler indirectement des formes de clauses élusives de responsabilité, les clauses d'extension de la force majeure ne doivent pas non plus avoir une portée générale et globale. En doctrine, il est couramment évoqué la possibilité de stipuler une « *clause extensive de force majeure* »¹⁰⁴⁵, il s'agit d'une clause de force majeure « *trop large ou visant une liste non limitative* »¹⁰⁴⁶ ou une « *clause de force majeure dont la liste des évènements est telle qu'elle revient à s'exonérer de toute obligation* »¹⁰⁴⁷. La majorité de la doctrine admet la validité de ces clauses d'élargissement de la force majeure¹⁰⁴⁸. En principe, la clause d'extension de la force majeure est valable en son

¹⁰⁴² « *L'appréciation de la clause doit alors se faire une nouvelle fois à l'aune de l'ensemble du contrat, notamment si elle est compensée par une autre clause rééquilibrant la relation contractuelle.* » (G. BRUNAU, « *Droit des contrats – La clause de non-recours* », CCC, n°7, juill. 2019, form. 7.).

¹⁰⁴³ Cass. com., 29 juin 2010, n°09-11.841.

¹⁰⁴⁴ D. MAZEAUD, « *Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ?* », D. 2010. 1832, n°11.

¹⁰⁴⁵ R. DEMOGUE, « *Traité des obligations en général* », T. 6, éd. A. Rousseau (Paris), 1923-1933, p. 649 ; M. POUmarede, « *La clause de force majeure dans les contrats de construction* », RDI 2017, p. 456.

¹⁰⁴⁶ M. MEKKI, JCL. N., V° Contrats et obligations, fasc. 60 : Contrats et obligations. – Réforme du droit des obligations. – Validité du contrat, 20 nov. 2017, n°36.

¹⁰⁴⁷ D. SAVOURE, « *Le contenu du contrat et le contrôle du juge* », JCP N., 28 avr. 2017, n°16.

¹⁰⁴⁸ F. GREAU, « *Force majeure – Les caractères de la force majeure* », Rép. dr. civ., juin 2017 (actualisation : avr. 2018), n° 107 ; G. CHANTEPIE, « *Contrat : effets – Contenu du contrat* », janv. 2018 (actualisation : sept.

principe et bénéficie de la reconnaissance de principe de la liberté contractuelle (« *la société UMEP avait consenti à considérer que les obstacles rencontrés par la société SNPL devaient être assimilés à la force majeure prévue à la convention* » de sorte que la Cour d'appel avait justifié sa décision¹⁰⁴⁹). En effet, il est loisible aux parties de s'affranchir des conditions relatives à la force majeure, à savoir, l'irrésistibilité, l'extériorité et l'imprévisibilité prévue par l'ancien 1148 du Code civil¹⁰⁵⁰. S'agissant de leur validité, il conviendra de ne pas donner une portée trop générale à cette clause par exemple par l'utilisation des termes suivants : « *notamment* », « *de façon non limitative* », « *tels que* » ; leur emploi pourrait priver de sa substance l'une des obligations essentielles du contrat. En effet, une telle clause peut être réputée non écrite sur le fondement de l'article 1170 du Code civil. C'est ainsi que la Cour d'appel de Pau a pu affirmer que « *S'il n'est prohibé par aucun texte spécifique à la vente d'immeuble à construire, l'élargissement conventionnel de la notion de force majeure ne peut être validé que dans la mesure où la rédaction de la clause limitative de responsabilité ne vide pas de sa substance même l'obligation de délivrance dans le délai convenu pesant sur le vendeur, ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque la liste de douze causes légitimes de suspension du délai de livraison est stipulée comme non limitative en sorte que, comme l'a relevé le premier juge, le délai de livraison stipulé à l'acte ne peut être que purement indicatif et que la clause litigieuse contredit et réduit à néant la portée de l'engagement pris par le vendeur.* »¹⁰⁵¹. Cette jurisprudence confirme que les clauses évasives de responsabilité et les clauses d'élargissement de la force majeure, parce qu'elles sont toutes les deux susceptibles de priver de sa substance l'une des obligations essentielles du contrat, doivent faire l'objet d'une appréciation juridique similaire. Le critère pour apprécier leur validité est de savoir si ces clauses ont ou non une portée trop générale.

Paragraphe II : la validité douteuse de la clause de renonciation collective

La validité de la clause de renonciation collective nous semble douteuse à plusieurs égards qu'il s'agisse de la renonciation anticipée à l'ensemble des sanctions contractuelles (I.), à l'action résolutoire et en indemnisation (II.), à la réduction du prix et à l'exception d'inexécution (III.), à l'exception d'inexécution, l'exécution en nature et l'action en indemnisation (IV.) ou encore à l'action en réduction et en indemnisation (V.).

2020), Rép. dr. civ., n° 18 et 236 ; B. ANCEL, « *Les contrats français et américains face au Covid-19 : un futur nimbé d'incertitudes ?* », AJ contrat, 2020. P. 217.

¹⁰⁴⁹ Cass. com., 8 juill. 1981, n° 79-15.626.

¹⁰⁵⁰ CA, Colmar, ch. civ. 1, sec. A, 10 Mars 1998, n° 95/05834 : Il est « *loisible aux parties de prévoir dans leur convention les événements qui seront susceptibles de les délier de leurs obligations contractuelles, et de définir ainsi la situation qu'ils considèrent comme un cas de force majeure. Ainsi les parties peuvent s'affranchir de l'exigence d'irrésistibilité de la force majeure pour y substituer une notion d'empêchement relatif, à savoir l'empêchement malgré tous les efforts raisonnablement possibles. Mais à défaut de toute autre dérogation expresse aux critères caractérisant la force majeure en jurisprudence, il doit être conclu que la force majeure au sens du contrat doit également être imprévisible et extérieure au débiteur qui l'invoque.* ».

¹⁰⁵¹ CA, Pau, 1^{ère} ch., 16 févr. 2012, n° 10/01278.

I. La renonciation anticipée à l'ensemble des sanctions contractuelles

Tout d'abord, il revient d'aborder la situation, réglée depuis longtemps dans un arrêt datant de 1863¹⁰⁵², où une clause vise à renoncer à l'ensemble des sanctions contractuelles. Dans cette affaire, il était contesté la validité d'une clause insérée dans un contrat de bail rédigée en ces termes : « *le locataire renonce à former, pendant tout le cours du bail, aucune réclamation en dommages-intérêts envers Cohen-Scali, bailleur, et à intenter contre lui aucune action quelconque, devant quelques tribunaux ou Cours que ce soit, pour quelque cause que ce puisse être* ». Dans son arrêt du 10 février 1862, la Cour d'appel d'Alger avait décidé d'annuler cette clause. La Chambre des requêtes confirme cette décision et estime « *qu'un contrat ne peut légalement exister s'il ne referme les obligations qui sont de son essence, et s'il n'en résulte un lien de droit pour contraindre les contractants à les exécuter* », en effet, « *il est de l'essence du contrat de louage que le bailleur s'oblige à faire jouir le locataire de la chose louée, et à l'entretenir, pendant toute la durée du bail, en état de servir à l'usage auquel elle est destinée* » et « *ces engagements impliquent pour le locataire le droit d'actionner en justice le bailleur, s'il refuse à les remplir volontairement* ». De ce fait, pour la Cour Régulatrice cette clause « *insolite* » ainsi stipulée « *n'est pas seulement modificative ou restrictive des obligations imposées par la loi au locateur, mais qu'elle l'affranchit de tout engagement, de toute responsabilité, même de la responsabilité de ses faits personnels* » d'où elle en conclut que « *qu'une semblable stipulation étant en opposition manifeste avec les règles essentielles du contrat de louage et même avec le principe de tout contrat, c'est avec juste raison que l'arrêt attaqué en a prononcé la nullité* ». Cette référence à l'obligation essentielle du contrat était décrite de manière encore plus explicite par un des moyens (bien que rejeté par la Cour de cassation) au pourvoi formé contre l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Alger selon lequel bien « *que l'obligation du bailleur de faire jouir paisiblement le preneur et celle d'entretenir la chose louée en état de servir à l'usage auquel elle est destinée, seraient des obligations essentielles au contrat de louage et auxquelles les contractants ne pourraient par conséquent déroger* » « *la conséquence légale serait que le bail est radicalement nul ab initio, et non pas seulement la clause en question* ». Il apparaît alors que cet arrêt pose le principe de l'interdiction de renoncer par clause à l'ensemble des sanctions contractuelles. La rédaction large de la clause de non-recours litigieuse, laquelle visait toute action quelconque pour quelque cause que ce soit, ne devrait concerner que le cas où l'ensemble des sanctions contractuelles sont écartées (résolution/exécution forcée en nature/réduction du prix/dommages-intérêts), c'est pourquoi la Cour de cassation a jugé cette clause de particulièrement « *insolite* ». Il en résulte qu'aujourd'hui une clause emportant renonciation à l'ensemble des sanctions contractuelles devrait être sanctionnée sur le fondement de l'article 1170 du Code civil¹⁰⁵³. Cette affaire bien souvent citée en doctrine, a fait l'objet d'une instrumentalisation pour démontrer que la clause emportant renonciation globale à la fois à l'exécution et à la résolution serait illicite¹⁰⁵⁴. Or, si une telle position peut être défendue, elle ne correspond pas, selon nous, à la portée exacte de la clause litigieuse stipulée dans l'affaire du 19 janvier 1863, celle-ci ayant écartant de manière absolue

¹⁰⁵² Cass. Req., 19 janv. 1863 : S. 1863. 1, p. 185.

¹⁰⁵³ V. notamment en ce sens : A.-S. CHONE-GRIMALDI, sous Article 1217, in Douville T. (dir.), « *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article* », 2^e éd., 2018, Gualino, p. 217.

¹⁰⁵⁴ V. par exemple : P. GROSSER, « *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification* », Thèse, 2000, n° 495 ; G. BRUNAU, « *Droit des contrats - La clause de non-recours* », Contrats Concurrence Consommation n° 7, juill. 2019, form. 7. ; I. TA, « *L'articulation des sanctions contractuelles de l'inexécution du contrat avec les solutions de droit commun* », Dr. et patr. n° 291, 1^{er} mai 2019. ; Ph. DELEBECQUE, « *L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat* », Dr. et patr., N° 259, 1^{er} juin 2016

l'ensemble des sanctions contractuelles et non seulement l'action en résolution et en exécution du contrat.

II. La renonciation anticipée à l'action résolutoire et en indemnisation

Tout d'abord, un arrêt du 16 juillet 1987¹⁰⁵⁵ paraît démontrer la défiance de la Cour de cassation à l'égard de clauses de renonciation globale aux actions en dommages-intérêts et résiliation. En l'espèce, un acheteur (M. X) a passé une commande auprès d'un vendeur professionnel (la société Home Salons) d'un mobilier. Il était affiché au recto du bon de commande une date de livraison de deux mois et en dessous de cette mention, il était précisé en petit caractère « *prévue à titre indicatif* ». Puis, au verso du bon de commande, au sein de l'intitulé « *livraison* », figurait la mention suivante : « *les dates de livraison, que nous nous efforçons toujours de respecter, ne sont données toutefois qu'à titre indicatif, et il est bien évident qu'un retard dans la livraison ne peut constituer une cause de résiliation de la présente commande ni ouvrir droit à des dommages-intérêts* ». Cette mention précisait que « *toutefois l'acheteur pourra demander l'annulation de sa commande et la restitution sans intérêts autres que ceux prévus par la loi des sommes versées si la marchandise n'est pas livrée dans les 90 jours d'une mise en demeure restée sans effet, étant entendu que cette mise en demeure ne pourra être faite qu'après la date de livraison prévue à titre indicatif* ». Or, le 5 novembre 1980, date limite prévue pour la livraison, l'acheteur n'avait pas reçu le bien mobilier commandé. Ce dernier a donc mis en demeure le vendeur de livrer sa commande par l'intermédiaire de l'Union départementale des consommateurs de l'Hérault, lequel a livré ladite commande avec un mois et 8 jours de retard. L'acheteur a refusé d'accepter cette livraison qu'il juge trop tardive et demande en justice l'annulation du contrat litigieux ainsi que le contrat de crédit qui lui est corrélié. La Cour d'appel de Montpellier a débouté l'acheteur ainsi que l'Union départementale de l'Hérault (intervenue volontairement) de leurs demandes estimant que la clause litigieuse n'était pas abusive. La Cour de cassation censure cet arrêt et juge abusive ladite clause au motif que « *conférant au professionnel vendeur un avantage excessif, notamment en lui laissant en fait l'appréciation du délai de livraison et en réduisant le droit à réparation prévu par l'article 1610 du Code civil au bénéfice de l'acquéreur non professionnel en cas de manquement par le vendeur à son obligation essentielle de délivrance dans le temps convenu, cette clause devait être réputée non écrite, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». Partant, la Cour de cassation estime qu'une telle clause écartant les actions en indemnisation et en résiliation de l'acheteur en cas de non-respect d'une obligation essentielle, soit l'obligation de délivrance en temps à une date convenue, n'est pas valable.

Dans un autre arrêt similaire rendu le 21 novembre 2011 par la Cour d'appel de Bordeaux¹⁰⁵⁶ déjà cité *supra*, les juges censurent également une clause écartant l'action en indemnisation et en résiliation. En l'espèce, un vendeur (la SA Tôlerie Chaudronnerie Mécanique TCM) a fixé sans aucune réserve un délai de livraison d'une semi-remorque dans un devis libellé pour un acheteur (la SA Delmond Foies Gras) ainsi « *délai de livraison à ce jour : juin 2008 – semaine 24* » et le bon de commande indiquait « *date de livraison : 1^{ère} quinzaine juin 2008* ». Le vendeur, n'étant pas en capacité de livrer la semi-remorque à la date convenue, a acheté une semi-remorque d'occasion et l'a donnée à bail auprès de l'acheteur moyennant la remise d'un chèque de dépôt de garantie de 10 000 euros. Après environ deux mois d'attente, l'acheteur restitue la semi-remorque louée et annule sa commande. Le vendeur estime que

¹⁰⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 16 juill. 1987, n° 84-17.731.

¹⁰⁵⁶ CA Bordeaux, 21 nov., 2011, n° 10/02746.

cette résiliation le pénalise et réclame conformément aux conditions générales de vente une indemnité de 25 120 euros (tout en retenant le dépôt de garantie de 10 000 euros). De surcroît, l'article 3.1 de ces conditions générales prévoyait que « *les délais de livraison sont toujours donnés à titre indicatif sauf stipulation expresse contraire. **Aucun dépassement de délai n'ouvre droit à dommages et intérêts au profit de l'acheteur, ni à retenue, ni à annulation ou résolution de la commande*** ». Ladite clause écartait donc toute action en dommages-intérêts et en résolution au profit de l'acheteur. L'acheteur obtient une ordonnance du juge prévoyant une injonction de payer de la somme retenue de 10 000 euros. Le vendeur assigne l'acheteur devant le Tribunal de commerce de Bordeaux aux fins d'obtenir sa condamnation pour résiliation fautive de la vente. Si le Tribunal de commerce a condamné l'acheteur à verser des dommages-intérêts au vendeur sur le fondement des conditions générales de vente, la Cour d'appel de Bordeaux infirme cette décision et estime que le vendeur ne peut se prévaloir de ces conditions générales. En effet, le bon de commande comportait un délai de livraison précis comme prévu par le devis initial. De sorte qu' « **Appliquer purement et simplement les seules conditions générales précitées concernant le délai de livraison et donc une clause limitative de responsabilité reviendrait ici à contredire l'obligation essentielle du vendeur de livrer la chose à la date convenue et donc la portée de l'engagement pris par lui. Aussi, cette clause doit être réputée non écrite en application de l'article 1131 du Code civil.** ». Et les juges bordelais ajoutent que « *appliquer une telle clause reviendrait sans contrepartie à priver l'acquéreur de toute possibilité de résiliation et à le contraindre à payer des dommages et intérêts à son vendeur, alors que celui-ci a manqué à l'une de ses obligations essentielles : livrer la chose commandée à la date convenue.* ». Même si les juges font référence au déséquilibre significatif visé par l'ancien article L 442-6 du Code de commerce, ils évoquent également la contradiction avec l'obligation essentielle du vendeur, ici l'obligation de livrer la semi-remorque commandée à la date convenue. Or, la clause visant à écarter l'action en résiliation et en dommages-intérêts reviendrait à priver l'acheteur de toute possibilité de résiliation et à le contraindre à payer des dommages-intérêts. En effet, la clause prévoyait qu'en cas de résiliation du contrat par l'acheteur, ce dernier devra verser 40% du montant de la commande.

Le Professeur DELEBECQUE¹⁰⁵⁷ mentionne également un intéressant arrêt rendu par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence le 16 janvier 1976¹⁰⁵⁸ au sujet de clauses excluant des obligations fondamentales en écartant simultanément l'action en indemnisation et en résiliation. En l'espèce, un client avait conclu un contrat d'installation et d'entretien d'alarme auprès d'un prestataire et une clause prévue par ce dernier précisait que « *les dérangements **ne peuvent donner lieu à résiliation ni indemnité*** ». La Cour d'appel estime que cette clause était dénuée de toute valeur, « *celui qui installe et entretient, moyennant rémunération, un système d'alarme contre le vol ne saurait évidemment prétendre que le non-fonctionnement d'un tel système n'engage pas sa responsabilité sans supprimer en fait toute obligation à sa charge* ». Il ressort ainsi que la renonciation combinée à l'action en indemnisation et en résiliation du contrat est jugée comme vidant de sa substance toute obligation essentielle au contrat, lequel écarterait toute responsabilité des contractants.

¹⁰⁵⁷ Ph. DELEBECQUE, Fasc. 110 : clauses d'allègement des obligations, JCl. Contrats – Distribution, 5 avr. 2012, n°44.

¹⁰⁵⁸ CA Aix-en-Provence, 16 janv. 1976 : Bull. Aix-en-Provence 1976, n° 56.

III. La renonciation anticipée à la réduction du prix et l'exception d'inexécution

Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Poitiers le 24 novembre 2020¹⁰⁵⁹ semble valider la stipulation d'une clause de renonciation anticipée à l'action en réduction du prix au regard de la privation d'une obligation essentielle au contrat. En l'espèce, il s'agissait d'un contrat de bail commercial prévoyant en son article 5.8 que le preneur « *accepte (...) de ne pouvoir prétendre à aucune diminution de loyer en cas de suppression temporaire ou réduction des services collectifs tels que l'eau, le gaz, l'électricité, le téléphone, le chauffage, les ascenseurs, monte-charges, etc...non plus qu'en cas d'humidité, fuites, infiltrations ou toute autre cause, ainsi que des fuites sur canalisation commune masquée par un coffrage établi par le bailleur* ». La Cour d'appel estime que cette clause est « *claire* » puisqu'elle « *écarte toute réduction du loyer pour quelque cause que ce soit.* ». Elle en conclut que cette clause n'a pas pour objet ou effet de « *priver de sa substance l'une des obligations essentielles du bailleur puisque, le loyer étant la contrepartie de la jouissance des locaux, elle ne peut faire obstacle à ce que le preneur invoque l'exception d'inexécution pour ne plus acquitter le loyer s'il ne peut plus en jouir.* ». La clause de renonciation anticipée à la réduction du prix semble donc validée en son principe, même s'il s'agissait plus particulièrement d'un bail commercial¹⁰⁶⁰. Le jugement a donc été confirmé par la Cour d'appel en ce qu'il avait débouté la demande de réduction du montant du loyer par le preneur. Toutefois, une réserve importante est ajoutée par les juges, cette clause est valable en ce qu'elle ne faisant pas obstacle à ce que le preneur puisse se prévaloir de l'exception d'inexécution pour refuser le versement des loyers en cas de non-respect de l'obligation de jouissance des locaux. Autrement dit, si la clause avait écarté à la fois l'action en réduction du prix et l'exception d'inexécution, l'existence d'une contrepartie à la jouissance des locaux aurait pu être déniée et la privation d'une des obligations essentielles du bailleur défendue.

IV. La renonciation anticipée à l'exception d'inexécution, l'exécution forcée en nature et l'action en indemnisation

Dans une affaire, la Cour d'appel de Versailles, le 19 novembre 2009¹⁰⁶¹, a invalidé une clause de renonciation anticipée globale à l'exception d'inexécution, l'exécution forcée en nature et en indemnisation. En l'espèce, un locataire (la société OTC) avait conclu avec un bailleur (la société LCA) un contrat de location d'un véhicule de marque TOYOTA pour une durée de 48 mois moyennant le versement d'un loyer mensuel. Le bailleur avait initialement acquis ce véhicule auprès d'un vendeur (la société STA). En raison de plusieurs pannes constatées sur le véhicule loué, le locataire a d'abord décidé d'assigner le bailleur, le vendeur et TOYOTA en référé devant le Tribunal de commerce de Nanterre, lequel l'avait conforté en ses demandes mais dont l'ordonnance a été infirmée en intégralité par la Cour d'appel de Versailles. Le locataire a donc saisi au fond le Tribunal de commerce de Nanterre lequel a mis hors de cause le vendeur et a condamné le locataire à verser les loyers dus au bailleur. Elle

¹⁰⁵⁹ CA Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 24 nov. 2020, n° 18/03062.

¹⁰⁶⁰ En effet, cet arrêt affirme qu'une telle clause est « *licite, les dispositions des articles 1719 et suivants du code civil n'étant pas d'ordre public et les parties pouvant y renoncer, particulièrement en fait de bail commercial, entre professionnels.* ». Cette formulation laisse donc à penser que la portée de cet arrêt ne se limite pas seulement au bail commercial mais peut aisément être extrapolé à la réduction du prix en droit commun (art. 1221 C. civ.).

¹⁰⁶¹ CA, Versailles, 12^{ème} ch., 2^{ème} sect., 19 nov. 2009, n° 08/03205.

condamne également TOYOTA à l'égard du locataire pour la non-conformité du véhicule loué et à l'égard du bailleur au titre de sa responsabilité pour le préjudice causé par le vice caché relevé. La société TOYOTA décide d'interjeter appel de ce jugement. La Cour d'appel de Versailles rappelle que le contrat de location stipule que « (...) *Si pour une raison quelconque le véhicule ne répondait pas à l'usage auquel il est destiné, était atteint de vices rédhibitoires ou cachés... le locataire ne pourrait différer ni interrompre le paiement régulier de ses loyers aux termes prévus, ni exercer contre le loueur quelques recours que ce soit pour obtenir l'annulation du contrat de location, la suspension exécution ou l'attribution de dommage* ». Or, la Cour d'appel estime qu'une telle clause « *ayant pour objet non pas de limiter ou d'aménager, mais d'exclure toute garantie du bailleur, sans même que par ailleurs le contrat contienne une stipulation claire et expresse subrogeant le locataire dans les droits dont il bénéficie au titre de la garantie des vices cachés de l'article 1641 du code civil ou de la garantie contractuelle à l'encontre du constructeur/vendeur du bien loué, porte directement atteinte à l'équilibre du contrat jusqu'à le priver de cause, en ce qu'elle supprime l'obligation essentielle et fondamentale du bailleur d'assurer au locataire la jouissance d'un bien conforme à l'usage auquel il est destiné.* ». Selon la Cour, cette clause ainsi rédigée avait pour effet de priver le locataire « *de tout recours* » à l'égard du bailleur. Par conséquent, la Cour d'appel condamne le bailleur à verser des dommages-intérêts au locataire et TOYOTA à garantir le bailleur de ses condamnations et à lui verser des dommages-intérêts TOYOTA étant à l'origine du vice affectant le véhicule loué. Ainsi, on peut affirmer que la Cour d'appel a réputée non écrite une clause dont l'objet était d'écarter le recours à l'exception d'inexécution, à l'exécution forcée en nature et à l'indemnisation en cas de vices rédhibitoires ou cachés. Le problème que pouvait poser cette clause n'était pas ici lié à la possibilité de pouvoir écarter l'action en garantie des vices cachés, une telle renonciation est valable en matière de contrat de bail, l'article 1721 n'étant pas d'ordre public¹⁰⁶². Il apparaît alors que l'invalidation de cette clause a pour motif le fait qu'elle porte atteinte à « *l'équilibre du contrat* » et « *supprime l'obligation essentielle et fondamentale du bailleur d'assurer au locataire la jouissance d'un bien conforme à l'usage auquel il est destiné.* ». Après s'être prononcé en ces termes, la Cour d'appel précise « *que, par la clause du contrat précédemment analysée, LCA privait le locataire de tout recours* », ce qui signifie que c'est bien la renonciation anticipée à pouvoir exercer ces recours (donc l'exception d'inexécution, l'exécution forcée et l'indemnisation) qui a dûment justifié sa décision et qui est à l'origine de la suppression de l'une des obligations essentielles au contrat.

V. La renonciation anticipée de l'action en réduction et en indemnisation

La jurisprudence manifeste également une défiance à l'égard des clauses écartant à la fois l'action en indemnisation et en réduction du prix. Ainsi, on peut citer un premier arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en date du 8 mars 2017¹⁰⁶³ concernant un contrat de bail professionnel. En l'espèce, un bailleur (la société I) a conclu un contrat de bail professionnel avec un locataire (Mme R) portant sur des locaux à usage de bureaux pour une activité de cabinet d'avocats moyennant le paiement d'un loyer annuel. Le locataire se plaignait de nombreux désagréments : l'état de délabrement des parties communes, des nuisances provenant des poubelles, du défaut d'entretien de la cour de l'immeuble et du problème de distribution du courrier. Le bailleur a présenté au locataire les comptes comprenant les

¹⁰⁶² Cass. soc., 21 juin 1958 : Gaz. Pal. 1958, 2, 115. ; Cass. civ. 3^{ème}, 11 juill. 1972, n° 71-11.196. En effet, pour qu'une telle clause de renonciation à l'action en garantie des vices cachés soit valable, la jurisprudence exige que celle-ci constitue une « *dérogation expresse et non équivoque* » (CA, Paris, 7^{ème} ch., 7 juin 1995, n° 93/23842).

¹⁰⁶³ CA, Paris, pôle 5, ch. 3, 8 mars 2017, n° 14/24801.

charges à payer que le locataire contestait et le bailleur s'était aperçu qu'il avait commis des erreurs sur l'encaissement des chèques envoyés par le locataire et sur le décompte des charges ce qui l'a amené à percevoir un trop-perçu au titre des charges. Le locataire a notifié son intention de quitter les locaux loués et de réclamer en justice réparation du préjudice de jouissance subi. Le bailleur décide de faire délivrer un commandement visant la clause résolutoire réclamant au locataire de verser le solde locatif restant à payer. Le bailleur agissant en gérant de la SCI Les Amis de Corneille a assigné en justice le locataire devant l'ancien Tribunal de grande instance (TGI) de Paris en acquisition de la clause résolutoire du bail professionnel et en paiement d'une indemnité d'occupation. Le TGI a débouté le bailleur de ses demandes et alloue des dommages-intérêts au locataire. La Cour d'appel de Paris relève que même si le locataire avait été préalablement à la signature du bail informé des travaux à venir, une série de manquements contractuels étaient imputables au bailleur. Surtout, une clause 2.2 du contrat de bail invoquée par le bailleur stipulait que « *le locataire souffrira tous travaux quelconques qui seraient exécutés dans les biens loués ou dans l'immeuble dont ils dépendent. Il ne pourra prétendre à cette occasion à aucune indemnité ni réduction de loyer, quand bien même la durée des travaux excéderait quarante jours* ». Or, la Cour d'appel estime qu'une telle clause ne pouvait trouver à s'appliquer « *dès lors qu'en regard à l'ampleur des travaux et du trouble occasionné, elle ne peut conduire à exonérer le bailleur de son obligation essentielle d'assurer la jouissance paisible de son locataire.* ». Ainsi, cette clause écartant à la fois l'action en indemnisation et en réduction du prix (soit ici du montant du loyer) était contraire à l'obligation essentielle du bailleur d'assurer la jouissance des lieux loués.

Dans le même sens, un autre arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 11 septembre 2019¹⁰⁶⁴ paraît invalider la clause éludant l'action en indemnisation et en réduction du prix sur le fondement de l'atteinte à une obligation essentielle du contrat. En l'espèce, un bailleur (la société Allianz Invest Pierre) a donné à bail à un locataire (la SELARL S. V. Z.) des locaux dépendant d'un immeuble moyennant le versement de loyers. Le locataire propose que le montant du loyer soit réduit en raison du dysfonctionnement du système de chauffage et de climatisation des locaux, un défaut d'étanchéité des fenêtres. L'immeuble duquel dépend les locaux loués est racheté par un nouveau bailleur (la SA GENERALI VIE) et informe le locataire qu'elle s'oppose à la modification du montant du loyer. Le locataire persiste en sa demande de diminution du montant du loyer à hauteur de 25% et dénonce de nouveaux dysfonctionnements et problèmes de sécurité. De ce fait, le locataire a assigné en justice l'ancien bailleur et le nouveau bailleur devant l'ancien Tribunal de grande instance (TGI) de Paris en nullité du bail et pour trouble de jouissance des lieux loués. Le TGI a débouté le locataire de l'ensemble de ses demandes et condamne celui-ci à rembourser les loyers restés impayés au bailleur. La Cour d'appel de Paris relève sur ce point que s'agissant des équipements communs et privés « *le Preneur ne peut réclamer aucune indemnité ni réduction du loyer ou des charges en cas de mauvais fonctionnement, arrêt ou panne de l'un quelconque des éléments d'équipements communs, privés, ou d'interruption de l'un service, quelles qu'en soient l'origine, la nature et les conséquences.* ». Or, la Cour rappelle que l'article 1719 du Code civil n'est pas d'ordre public de sorte que « *les parties sont libres d'y déroger contractuellement et de prévoir des clauses restrictives de responsabilité du bailleur* ». Cependant, cette liberté des parties d'aménager la responsabilité du bailleur est possible « *comme en l'espèce, à condition toutefois que les dérogations ne portent pas atteinte à la substance de l'obligation de délivrance et à celle, qui en découle, de jouissance paisible. Il s'agit en effet d'obligations essentielles du bailleur. Pareillement, la clause du bail selon laquelle le preneur accepte les locaux dans l'état dans*

¹⁰⁶⁴ CA, Paris, pôle 5, ch. 3, 11 sept. 2019, n° 17/18673.

lesquels il se trouve et s'interdit de réclamer, pendant tout le cours du bail, quelque réparation ou indemnisation du fait de leur état ne décharge pas le bailleur de son obligation de délivrance. ». D'où il s'ensuit selon la Cour que « **le préjudice résultant de l'absence de jouissance paisible peut être indemnisé, même en présence des clauses précitées, en cas de carence persistante du bailleur et/ou si celui-ci n'a pas fait les 'ses meilleurs efforts afin d'assurer le rétablissement du fonctionnement des éléments d'équipements communs ou privatifs ainsi que le rétablissement d'un service interrompu' comme le bail l'indique.** ».

SECTION II : la validité de la clause de freinage au regard de la privation de la substance d'obligations essentielles

Parmi ces clauses de freinage nous examinerons la validité des clauses limitatives de responsabilité (PARAGRAPHE I) et celle des clauses d'indemnité de résiliation (PARAGRAPHE II).

Paragraphe I : la validité des clauses limitatives de responsabilité

La validité des clauses limitatives de responsabilité portant directement sur la responsabilité. Les clauses limitatives de responsabilité ont fait l'objet d'une jurisprudence prolifique en particulier plusieurs affaires communément appelées « *Chronopost* » et « *Faurécia* ». Ces affaires ont permis d'éclaircir le sujet de la validité des clauses limitatives de responsabilité. Ce qui ne veut pas dire que la jurisprudence antérieure était muette à ce sujet avant ces décisions. Comme expliqué plus haut, initialement, la validité de telles clauses était appréciée à la lumière de la « *faute lourde* » ou des « *obligations essentielles* ». Or, on verra que la jurisprudence s'était tournée vers les anciens articles 1131 et 1150 du Code civil relatifs à la cause et à la faute lourde pour statuer sur ces clauses et qu'à la faveur de l'ordonnance du 10 février 2016, un fondement légal idoine sera finalement adopté, l'article 1170 du Code civil. La difficulté pour appréhender la jurisprudence que nous allons aborder tient au fait que plusieurs problématiques juridiques sont traitées à la fois ce qui peut complexifier sa lecture. Les deux principales problématiques que nous allons aborder concernent le concept de faute lourde et la validité des clauses limitatives de responsabilité. Tout au long des futurs développements et en suivant la suite chronologique des affaires, il sera fait référence aux évolutions de la faute lourde instrumentalisée au regard de la notion d'obligation essentielle et il sera également apporté une attention particulière à l'égard de la validité de ces clauses.

Tout d'abord, cette saga jurisprudentielle est amorcée par un célèbre arrêt dit « *Chronopost I* »¹⁰⁶⁵ auquel il est attaché une « *très grande autorité* »¹⁰⁶⁶ en doctrine. En l'espèce, un expéditeur (la société Banchemereau) avait confié à deux reprises un pli pour une soumission à une adjudication d'un marché de viande à un transporteur (la société Chronopost). L'expéditeur avait choisi pour l'acheminement des plis les modalités de livraison « *J+1 avant 12 heures* » (tout envoi déposé la veille devait être livré à domicile le lendemain avant midi)

¹⁰⁶⁵ Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632.

¹⁰⁶⁶ Y.-M. LAITHIER, « *L'éradication de la clause limitative de réparation en cas de manquement à une obligation essentielle : « Chronopost », dix ans après* », RDC 2006, n°4, p. 1075.

et à deux reprises un incident n'a pas permis de respecter ces délais de livraison. Bien que le transporteur ait remis à l'expéditeur à deux reprises des bons de transport gratuits, les défaillances du transporteur ont privé l'expéditeur de deux marchés. Ce dernier décide donc d'assigner en réparation de son préjudice subi le transporteur alors que celui-ci a invoqué la clause du contrat limitant l'indemnisation au prix du transport acquitté par l'expéditeur exprimée ainsi : « *CHRONOPOST s'engage à déployer tous ses efforts pour livrer ses clients dans les délais. Leur non-respect n'oblige CHRONOPOST qu'à rembourser le prix du transport, si le préjudice est justifié* ». Le Tribunal de commerce de Nantes par un jugement du 17 septembre 1992 a retenu la faute lourde du transporteur et condamné celui-ci à réparer le préjudice subi par l'expéditeur. La Cour d'appel de Rennes dans son arrêt du 30 juin 1993 infirme ce jugement et estime qu'il n'était démontré aucune faute lourde de nature à pouvoir exclure la clause limitative de responsabilité. En effet, selon elle, « *il ne suffit pas que les plis même acheminés par un spécialiste du transport rapide, facturant ses prestations à un prix plus élevé que le service public et faisant de sa célérité et de sa fiabilité un argument de vente, soient parvenus à plusieurs reprises avec retard à leur destinataire pour qu'il s'en déduise automatiquement une faute lourde du transporteur* ». Autrement dit, l'onérosité du service de transport et les arguments publicitaires de célérité formulés par le transporteur ne permettent pas d'en déduire une faute lourde. Par ailleurs, l'obligation de transport assurée par le transporteur n'est pas de résultat mais simplement de moyen. Cependant, la Cour de cassation casse cet arrêt et dans son attendu de principe affirme au visa de l'ancien article 1131 du Code civil « *qu'en statuant ainsi alors que, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Bancheureau dans un délai déterminé, et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ». Dans cet arrêt Chronopost I, le prix élevé de l'envoi de plis postaux était justifié par l'obligation de célérité du transporteur et celle-ci avait, de surcroît, été mise en avant par lui-même pour faire sa publicité. En prenant pour fondement l'ancien article 1131 du Code civil, la Cour de cassation estime que le transporteur était débiteur d'une obligation de fiabilité et de célérité concernant son service de transport et qu'il en découlait une obligation de livrer dans un délai déterminé les plis postaux. Le non-respect de ce délai constituait donc un « *manquement* » à cette obligation « *essentielle* » et « *contredisait la portée de l'engagement pris* ». Suite à cette décision de cassation, sur renvoi la Cour d'appel de Caen est saisie et rend son arrêt le 5 janvier 1999¹⁰⁶⁷. Cette dernière rejoint en grande partie la décision rendue par la Cour Régulatrice, elle affirme que l'obligation de transporter rapidement les plis postaux (soit, comportant une obligation de célérité et de fiabilité) est une obligation « *essentielle* » de résultat qui est la contrepartie du surcoût payé par l'expéditeur. Selon elle, la clause litigieuse équivaut à une « *clause exonératoire de responsabilité en ce qu'elle retire tout caractère contraignant à l'exécution du contrat* » et « *fait perdre toute portée et toute valeur à l'obligation* » essentielle, ce qui par là même revient à anéantir la cause de l'engagement du transporteur. Cependant, l'arrêt ajoute que le « *contrat type messagerie* », issu du décret du 4 mai 1988, c'est-à-dire le contrat type prévu par le droit commun relatif aux transports publics terrestres de marchandises (applicable aux envois de moins de trois tonnes), selon son article 1, n'a vocation à s'appliquer qu'à titre subsidiaire, à défaut de convention écrite définissant les rapports entre les parties. En effet, le contrat type prévoyait en son article 15 qu'un plafond d'indemnisation devait s'appliquer en cas de dépassement des délais d'acheminement. En l'espèce, le contrat comportant une obligation particulière de garantie de délai et de fiabilité, ces dispositions étaient donc inapplicables. Par conséquent, l'indemnisation à verser à l'expéditeur devait être conforme au plafond légal

¹⁰⁶⁷ CA, Caen, 5 janv. 1999, n° 96/03691 : JurisData n° 1999-042769.

prévu par l'ancien article 1150 du Code civil et l'article 15 du décret du 4 mai 1988, soit au dommage « *prévisible* » lors de la conclusion du contrat à moins qu'un « *dol* » puisse être constaté. C'est ce dernier motif qui fera donc l'objet d'un nouveau pourvoi formé devant la Cour de cassation, laquelle se prononcera dans un arrêt dit « *Chronopost II* » le 9 juillet 2002¹⁰⁶⁸. La Cour de cassation rappelle que la Cour d'appel de Caen a décidé que le droit commun du transport terrestre n'était pas applicable en la cause et que la clause litigieuse avait été réputée non écrite « *ce qui entraînait l'application du plafond légal d'indemnisation que seule une faute lourde du transporteur pouvait tenir en échec* ». En cela, la Cour de cassation estime que l'arrêt doit être cassé et l'affaire renvoyée devant la Cour d'appel de Rouen, laquelle se prononce à son tour dans une décision du 9 novembre 2004¹⁰⁶⁹. En substance, la Cour d'appel de Rouen juge inapplicable aux faits en cause la limitation de responsabilité prévue par l'article 15 du décret du 4 mai 1988, le transporteur ayant commis des « *fautes lourdes* » à l'occasion de l'acheminement des plis postaux. En effet, les plis postaux n'ont pas pu être délivrés à deux reprises, ce qui a exposé l'expéditeur à des « *conséquences graves* ». Ainsi, pour la Cour d'appel de Rouen le manquement à l'obligation essentielle du contrat l'a vidée de sa substance et ce dernier rend responsable le transporteur de fautes lourdes. Ainsi, ce premier mouvement jurisprudentiel initié par l'arrêt « *Chronopost I* » exige pour évaluer la validité d'une clause limitative de responsabilité que celle-ci constitue, d'une part, un « *manquement* » à une obligation essentielle (c'est-à-dire qu'une telle clause porte sur une obligation essentielle et lui cause un manquement), et d'autre part, une « *contradiction* » au regard de « *la portée de l'engagement pris* » (ce qui confirme en général la validité de telles clauses).

Dans un arrêt du 21 février 2006¹⁰⁷⁰, la Chambre commerciale condamne le raisonnement tenu par la Cour d'appel de Rouen avec un attendu sans équivoque ; en statuant ainsi « *alors que la faute lourde de nature à tenir en échec la limitation d'indemnisation prévue par le contrat type ne saurait résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ». Il est donc clair pour la Cour de cassation qu'un manquement de nature contractuelle, même portant sur une obligation essentielle, ne peut permettre d'en déduire l'existence d'une faute lourde, laquelle doit être appréciée selon « *la gravité du comportement du débiteur* ». Ainsi, la notion de faute lourde fait l'objet d'un resserrement et la Cour insiste pour distinguer le manquement à l'obligation essentielle et la commission d'une faute lourde, laquelle contrairement au manquement à l'obligation essentielle s'apprécie à l'aune du « *comportement* » du transporteur, ce qui ouvre la voie à une interprétation subjective de la faute lourde. En réalité, ce dernier arrêt s'inscrit dans la continuité de ce qu'il est couramment dénommé l'affaire « *Chronopost III* » rendu par la Chambre mixte de la Cour de cassation en date du 22 avril 2005¹⁰⁷¹, lequel a initié cette appréciation subjective de la faute lourde en faisant le départ entre cette dernière et le manquement à une obligation essentielle. Selon la Cour « *si une clause limitant le montant de la réparation est réputée non écrite en cas de manquement du transporteur à une obligation essentielle du contrat, seule une faute lourde, caractérisée par une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle, peut mettre en échec la limitation d'indemnisation prévue au contrat-type établi annexé au décret* ». Il ressort de cet arrêt que la clause limitative de responsabilité établie par la volonté des parties peut être réputée non écrite en cas de manquement à une obligation essentielle. En revanche, la clause limitative de

¹⁰⁶⁸ Cass. com., 9 juill. 2002, n° 99-12.554.

¹⁰⁶⁹ CA, Rouen, ch. réunies, 9 nov. 2004 : JurisData n° 2004-258931.

¹⁰⁷⁰ Cass. com., 21 févr. 2006, n° 04-20.139.

¹⁰⁷¹ Cass., ch. mix., 22 avr. 2005, n° 03-14.112.

responsabilité établie par un décret ne peut être réputée non écrite qu'en cas de preuve d'une faute lourde. Alors qu'auparavant la faute lourde pouvait être constatée par des manquements contractuels portant atteinte à une obligation essentielle selon une conception objective, celle-ci est désormais définie par les Chambres mixtes selon une conception subjective comme « *une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle* ». Cette dichotomie établie entre d'une part une conception objective et d'autre part une conception subjective de la faute lourde selon la nature contractuelle ou réglementaire de la limitation de responsabilité est confirmée par plusieurs arrêts dans lesquels une clause limitative de responsabilité exclusivement d'origine contractuelle peut être réputée non écrite en cas de manquement à une obligation essentielle au contrat¹⁰⁷². Toutefois, certains auteurs y voient simplement un revirement de la jurisprudence en faveur de la conception subjective de la faute lourde à l'exclusion de sa conception objective¹⁰⁷³, ce que confirme également par la suite la Chambre commerciale¹⁰⁷⁴. Aussi, l'ensemble de cette jurisprudence initiée par l'arrêt du 22 avril 2005 restreint considérablement la validité des clauses limitatives de responsabilité, dans la mesure où le simple constat d'un « *manquement* » à une obligation essentielle suffit à les réputer non écrites¹⁰⁷⁵. Or, dès lors qu'une telle clause porte sur une obligation essentielle, l'aménagement qu'elle infère causera le plus souvent un manquement à une telle obligation. Une telle jurisprudence revenait ainsi à réduire comme une peau de chagrin la validité des clauses limitatives de responsabilité « *En les neutralisant sur le seul constat d'un manquement à une obligation essentielle, elle les rend inutiles dans la généralité des cas* »¹⁰⁷⁶. Une décision notoire dite « *Faurécia I* »¹⁰⁷⁷ s'inscrit également dans ce courant prétorien, elle sera d'ailleurs confirmée peu après par la Chambre commerciale¹⁰⁷⁸. Dans ces décisions, les juges exigent pour réputer non écrite une clause limitative de responsabilité un simple « *manquement* » à une obligation essentielle.

Toutefois, un arrêt rendu par la Chambre commerciale en date du 18 décembre 2007¹⁰⁷⁹ va venir favoriser la liberté contractuelle des parties leur permettant ainsi de stipuler plus librement de telles clauses. En l'espèce, un client (la société CNIM) a conclu un contrat de fourniture d'énergie électrique avec un fournisseur d'électricité (l'établissement public EDF) pour les besoins de son exploitation d'une usine d'incinération d'ordures ménagères. En raison d'une coupure d'électricité, certains équipements de l'installation de l'usine d'incinération ont été endommagés. Le client décide d'assigner en justice le fournisseur d'électricité en réparation de son préjudice mais le fournisseur lui oppose une clause limitative de responsabilité laquelle « *limitait l'indemnisation pour la seule coupure inopinée de courant, sauf en cas de faute lourde du fournisseur* ». La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a estimé que cette clause n'avait pas pour objet de vider de toute substance l'obligation

¹⁰⁷² Cass. civ., 1^{ère}, 4 avr. 2006, n° 04-11.848 ; Cass. com., 30 mai 2006, n° 04-14.974 ; Cass. com., 13 juin 2006, n° 05-12.619. V. sur la cohabitation de la conception objective et subjective de la faute lourde selon que la clause limitative de responsabilité soit d'origine légale ou réglementaire : Cass. com., 22 avril 2005, RDC 2005, p. 673 et 21 février 2006, RDC 2006, p. 694, note D. MAZEAUD ; Cass. civ., 1^{ère}, 4 avr. 2006, n° 04-11.848 : LPA oct. 2006, n° 214, p. 18, note M.-C. MEYZEAUD-GARAUD.

¹⁰⁷³ Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, n° 03-14.112 : JCP, éd. gén. n° 21, 25 mai 2005, note G. LOISEAU ; P. JOURDAIN, « *Vers une "subjectivisation" de la faute lourde ?* », RTD civ. 2006. 322. ; S. NADAUD, « *La faute lourde des services postaux chasse l'exonération légale de responsabilité* », D. 2008. 395.

¹⁰⁷⁴ Cass. com., 27 févr. 2007, n° 05-17.265.

¹⁰⁷⁵ En effet, « *À compter de 2005, le seul manquement à une obligation essentielle a suffi pour priver d'effet une clause limitative de responsabilité* » (B. DAILLE-DUCLOS, « *Clauses limitatives de responsabilité Un nouvel avenir ?* », JCP E, n° 38, 23 sept. 2010, 1814, n°13).

¹⁰⁷⁶ Cass. com. 5 juin 2007, n° 06-14.832 : comm. com. électr. 2007, comm. 151, note P. STOFFEL-MUNCK.

¹⁰⁷⁷ Cass. com. 13 févr. 2007, n° 05-17.407.

¹⁰⁷⁸ Cass. com. 5 juin 2007, n° 06-14.832.

¹⁰⁷⁹ Cass. com., 18 déc. 2007, n° 04-16.069.

essentielle du fournisseur consistant en la fourniture d'électricité et qu'aucune faute lourde n'était imputable au fournisseur d'électricité. La Cour de cassation confirme cette décision. S'agissant de l'obligation essentielle au contrat, la Cour affirme que « *cette stipulation n'avait pas pour effet de vider de toute substance l'obligation essentielle de fourniture d'électricité, caractérisant ainsi l'absence de contrariété entre ladite clause et la portée de l'engagement souscrit* ». En effet, la portée de la limitation de responsabilité était assez restreinte, elle ne s'appliquait qu'en cas de « *coupure inopinée* » de courant « *sauf en cas de faute lourde* ». Puis, s'agissant de la faute lourde, le client reprochait à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si la faute lourde n'était pas caractérisée par le seul fait que le manquement constaté à la charge du débiteur portait sur une obligation essentielle du contrat et avait causé un préjudice très important à ce dernier. La Cour de cassation estime que la Cour d'appel avait légalement justifié sa décision et n'avait pas à procéder à une telle recherche, car l'obligation essentielle du contrat consistant en la fourniture d'électricité était stipulée « *sans garantie de continuité* », ce qui « *évoquait explicitement l'existence d'un risque de coupure inopinée de courant* ». Alors que le client faisait tout pour invalider la clause limitative de responsabilité en invoquant la conception objective de la faute lourde (puisqu'il reprochait à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si une faute lourde « *n'était pas caractérisée du seul fait que le manquement constaté à la charge du débiteur (...) portait sur une obligation essentielle du contrat* »), si la Cour de cassation rejette cet argument, elle le fait pour des raisons tenant aux circonstances de l'espèce car la clause litigieuse stipulée « *sans garantie de continuité, évoquait explicitement l'existence d'un risque de coupure inopinée de courant* ». Ce qui a fait dire au Professeur MAZEAUD que la Haute Cour a « *botté en touche* » et que cette décision « *ne permet donc toujours pas de savoir si, aujourd'hui, la notion de faute lourde objective est, comme certains le soutiennent, définitivement enterrée ou si elle résiste encore dans le maquis des clauses de responsabilité* »¹⁰⁸⁰. Si cette décision rendue par la Chambre commerciale portait sur une clause limitative de responsabilité particulière, son champ d'application étant limité à la seule coupure inopinée de courant, force est de constater que le simple « *manquement* » à l'obligation essentielle du contrat n'est plus évoqué. La Cour emploie désormais un critère plus souple, insufflant davantage de liberté contractuelle en faveur des parties, visant à vérifier que la clause litigieuse « *vide de toute substance l'obligation essentielle (...) caractérisant ainsi l'absence de contrariété entre ladite clause et la portée de l'engagement souscrit* ». Il ne suffit plus donc que la clause en cause porte simplement sur une obligation essentielle pour être réputée non écrite, celle-ci doit non seulement porter sur une obligation essentielle et vider cette dernière de toute substance.

Enfin, il reste un dernier arrêt important rendu par la Cour de cassation le 29 juin 2010 dans une affaire « *Faurécia II* »¹⁰⁸¹. En l'espèce, un client (la société Faurécia) souhaitait déployer sur ses sites internet un logiciel couvrant la gestion de production et commerciale, elle a acquis le logiciel V12 proposé par un prestataire (la société Oracle), lequel ne devait pas être disponible avant septembre 1999. Le client et le prestataire ont conclu des contrats de licence, maintenance et formation ainsi qu'un contrat de mise en œuvre du « *programme Oracle applications* ». Dans l'attente de la livraison du logiciel V12, le client avait besoin pour passer l'an 2000 d'une solution provisoire, laquelle a été installée par le prestataire. Toutefois, le client se plaignait que cette solution connaissait de graves difficultés et de ne pas avoir été livré du logiciel V12. Ce dernier décide de cesser de verser les redevances. Le client fait donc l'objet d'une assignation en justice en paiement des redevances par une société qui s'était vu céder les redevances du prestataire (la société Franfinance) et appelle en garantie le prestataire. Le client assigne également le prestataire aux fins de nullité pour dol ou résolution

¹⁰⁸⁰ D. MAZEAUD, « *Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons* », Recueil Dalloz, 2008, p. 1776.

¹⁰⁸¹ Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841.

pour inexécution des contrats signés entre les parties. La Cour d'appel de Versailles¹⁰⁸², en faisant application d'une clause limitative de responsabilité conclut entre les parties, a limité la condamnation du prestataire à l'égard du client à la garantie de sa condamnation envers la société Franfinance et a rejeté toutes les autres demandes du client. La Cour d'appel a rejeté les autres demandes du client, notamment, l'invalidation de la clause limitative de responsabilité en raison de l'absence de preuve d'une faute lourde, le client se contentant de constater des manquements à des obligations essentielles. Or, la Cour d'appel estimait que « *de tels manquements ne peuvent résulter du seul fait que la version V 12 n'ait pas été livrée ou que l'installation provisoire ait été ultérieurement "désinstallée"* ». Or, la Cour de cassation dans le cadre de l'affaire Faurécia I¹⁰⁸³ constate que l'objectif final des parties était la livraison du logiciel V12 au client et que cette livraison n'avait pas été réalisée par le prestataire à aucun moment. Le prestataire n'invoquant pas de cas de force majeure ou le déploiement d'un autre logiciel en substitution du logiciel V12 non livré, il en résulte « *un manquement à une obligation essentielle de nature à faire échec à l'application de la clause limitative de réparation, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ». De ce fait, la Cour de cassation censure l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles et renvoie les parties devant la Cour d'appel de Paris. Selon cette dernière¹⁰⁸⁴, la clause limitative de responsabilité a été conclu « *librement et acceptée* » par le client « *rompu aux négociations et averti* » en la matière, laquelle « *n'a pas pour effet de décharger par avance la société Oracle du manquement à une obligation essentielle lui incombant ou de vider de toute substance cette obligation, mais seulement de fixer un plafond d'indemnisation qui n'est pas dérisoire, puisque égal au montant du prix payé par le client au titre du contrat de licences* ». Aussi, il a été expressément stipulé entre les parties que le prix stipulé reflétait la répartition du risque et la limitation de responsabilité qui en résulte et que le prestataire avait concédé sur le prix une remise de 49 %. Par conséquent, « *la clause limitative de réparation ne prive pas la société Faurecia de toute contrepartie et n'a pas pour effet de vider de toute substance l'obligation essentielle incombant à la société Oracle* ». La Cour de cassation dans le cadre de l'affaire Faurécia II affirme que la Cour d'appel de Paris a légalement justifié sa décision en ce que la clause limitative de responsabilité « *ne vidait pas de toute substance l'obligation essentielle de la société Oracle* ». Elle ajoute que la faute lourde « *ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur* », elle consacre ainsi la conception subjective de la faute lourde. Cet arrêt vient donc confirmer l'arrêt susmentionné rendu par la Chambre commerciale en date du 18 décembre 2007¹⁰⁸⁵ s'agissant du critère pour analyser la validité d'une clause limitative de responsabilité, à savoir, que ladite clause *ne vide pas de toute substance l'obligation essentielle*. Ainsi, cet arrêt procède à une « *restauration raisonnée* »¹⁰⁸⁶ des clauses limitatives de responsabilité, lesquelles doivent toutefois faire l'objet d'une appréciation « *individualisée* »¹⁰⁸⁷, au cas par cas.

Depuis l'affaire Faurécia II, la jurisprudence va, depuis les vicissitudes qui ont suivi l'arrêt inaugural Chronopost I de 1996, se montrer plus cohérente et concordante et esquisser une lueur de sécurité juridique pour les parties ayant stipulé dans le cadre de leurs relations contractuelles des clauses limitatives de responsabilité. Un arrêt postérieur rendu par la

¹⁰⁸² CA Versailles, 12^{ème} ch., 31 mars 2005, n° 02/03990.

¹⁰⁸³ Cass. com. 13 févr. 2007, n° 05-17.407.

¹⁰⁸⁴ CA, Paris, 25^{ème} ch., sec. A, 26 nov. 2008, n° 07/07221.

¹⁰⁸⁵ Cass. com., 18 déc. 2007, n° 04-16.069.

¹⁰⁸⁶ Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841: JCP E, n° 37, 16 sept. 2010, 1790, n° 1, comm. Ph. STOFFEL-MUNCK.

¹⁰⁸⁷ Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841: JCP E, n° 37, 16 sept. 2010, 1790, n° 1, comm. Ph. STOFFEL-MUNCK.

Chambre commerciale le 23 mai 2013¹⁰⁸⁸ confirme une « certaine constance »¹⁰⁸⁹ de la jurisprudence en retenant que « seule doit être réputée non écrite une clause limitative de réparation contredisant la portée d'une obligation essentielle du débiteur ». En l'espèce, une clause de renonciation par le preneur à tout recours en responsabilité était stipulée dans un contrat de bail, laquelle n'exonérait le bailleur que « pour les seuls désordres affectant les lieux loués et pour lesquels le preneur pouvait être couvert par une assurance ». Si cette décision affiche une certaine cohérence vis-à-vis de l'arrêt Faurécia II, en ce que le critère retenu est derechef la contradiction d'une clause au regard de la portée de l'obligation essentielle, celle-ci apporte une précision s'agissant de l'incidence du périmètre de la clause limitative de responsabilité au regard de la contradiction avec une obligation essentielle. En effet, la clause litigieuse est validée par la Cour de cassation car elle a pour seul effet d'exonérer le bailleur « pour les seuls désordres affectant les lieux loués et pour lesquels le preneur pouvait être couvert par une assurance ». Cette formule n'est pas sans rappeler l'arrêt précité EDF du 18 décembre 2007¹⁰⁹⁰ dans lequel la clause limitative de responsabilité a été validée en raison de son champ d'application limité ; la clause ne s'appliquait qu'en cas de « coupure inopinée » de courant « sauf en cas de faute lourde ». Il doit donc être tenu compte du champ d'application de ce type de clause et déterminer si l'obligation essentielle du contrat est totalement ou significativement vidée de sa substance. Comme le soulignait le Professeur MAZEAUD au sujet de cet arrêt du 23 mai 2013 « la clause limitative de responsabilité est sauvée parce qu'elle ne vise que certains types de manquements (...). En décidant que la clause n'emportait une exclusion de responsabilité que pour les « seuls » manquements consistant dans les désordres affectant les lieux loués par le locataire, la Cour de cassation suggère donc que la clause ne privait pas de son entière substance l'obligation de jouissance paisible qui pèse sur le bailleur et laissait donc subsister une matière suffisante pour que cette obligation ne dégénère pas en une simple illusion pour son créancier. »¹⁰⁹¹. Enfin, mentionnons un autre arrêt¹⁰⁹² qui souligne l'importance d'identifier le ou les obligation(s) essentielle(s) au sein d'un contrat. En l'espèce, une société Eurodif qui exploite une usine d'enrichissement d'uranium avait confié la réalisation des travaux de réparation à une société Silec câble suite à la survenance d'un sinistre, la remise sous tension de l'installation avait provoqué un incendie et des dégradations. La société Eurodif a assigné la société Silec câble en réparation de son préjudice et celle-ci lui oppose une clause limitative d'indemnisation laquelle limite le plafond de l'indemnité au montant du marché. La Cour d'appel de Grenoble estime que ce plafond ne peut être qualifié de « dérisoire » et « n'a pas pour effet de contredire l'obligation essentielle de la société Silec câble ». La Chambre commerciale casse cet arrêt en affirmant qu' « en se déterminant ainsi, sans préciser quelles étaient la nature et la portée de l'obligation essentielle souscrite par la société Silec câble, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

Force est donc de constater que les pronostics annoncés par le Professeur MAZEAUD¹⁰⁹³ portant sur les quatre saisons des clauses limitatives de responsabilité s'avèrent *a posteriori* être exacts. Après un automne « relativement rigoureux » (pour la période antérieure à l'année 2005) et un hiver « extrêmement rude » (de 2005 à 2007), le printemps est apparu avec l'arrêt EDF¹⁰⁹⁴ et de *lege ferenda* l'été ne devait pas tarder à poindre compte tenu du

¹⁰⁸⁸ Cass., civ., 3^{ème}, 23 mai 2013, n° 12-11.652.

¹⁰⁸⁹ D. MAZEAUD, « Clauses de responsabilité : et toujours modérément ! », D. 2013. 2142, n°4.

¹⁰⁹⁰ Cass. com., 18 déc. 2007, n° 04-16.069.

¹⁰⁹¹ D. MAZEAUD, « Clauses de responsabilité : et toujours modérément ! », D. 2013. 2142, n°4.

¹⁰⁹² Cass. com. 18 oct. 2017, n° 16-21.016.

¹⁰⁹³ D. MAZEAUD, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », D. 2008. p. 1776, n°3.

¹⁰⁹⁴ Cass. com., 18 déc. 2007, n° 04-16.069.

droit prospectif de l'époque¹⁰⁹⁵. L'arrêt Faurécia II amorcera l'avènement de l'été, lequel constitue un « *effort de clarification et de stabilité (qui) est assurément le bienvenu* »¹⁰⁹⁶, mais celui-ci restait encore à être confirmé. Certains appelaient de leurs vœux l'intervention du législateur pour introniser cette saison 4 « *à l'occasion d'une réforme* » laquelle « *apporterait aux contractants davantage de sécurité que tous ces épisodes jurisprudentiels dont on peine à suivre les numéros...* »¹⁰⁹⁷. C'est chose faite et l'été des clauses limitatives de responsabilité a bien eu lieu. L'ordonnance du 10 février 2016 a introduit un article 1170 au sein du Code civil visant à consolider la jurisprudence Chronopost I et Faurécia II, celui-ci dispose que « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite.* ». En ce sens, le rapport remis au président de la République est particulièrement clair et confirme la consolidation des acquis de la jurisprudence antérieure : « *L'article 1170 consacre également la célèbre jurisprudence dite Chronopost de 1996 (Com. 22 oct. 1996, n° 93-18632) relative aux clauses contredisant l'obligation essentielle du débiteur : le texte prohibe toute clause ayant pour effet de priver de sa substance une obligation essentielle du débiteur, et trouvera notamment à s'appliquer aux clauses limitatives de responsabilité. La codification de cette dernière solution, sur une question qui a donné lieu à de nombreux arrêts parfois inconciliables, permet de fixer clairement le droit positif sur le sort de ces clauses. Contrairement à ce qu'avaient pu retenir certaines décisions de la Cour de cassation, une clause limitative de responsabilité portant sur une obligation essentielle du débiteur ne sera pas nécessairement réputée non écrite : elle n'est prohibée que si elle contredit la portée de l'engagement souscrit, en vidant de sa substance cette obligation essentielle.* ». Pour un auteur, cette référence à la « *substance de l'obligation essentielle* » devrait inciter les rédacteurs à faire en sorte que « *toute stipulation inusuelle ou favorisant visiblement l'une des parties se trouve légitimée par l'objectif économique ou social poursuivi et comporte une forme de contrepartie, quelle qu'en soit la nature.* »¹⁰⁹⁸. Après l'adoption et l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, la jurisprudence¹⁰⁹⁹ est désormais plus cohérente et concordante bien qu'elle fit en l'espèce application du droit antérieur à la réforme.

Une clause limitative de responsabilité d'un montant dérisoire doit-elle recevoir la qualification de clause pénale et être contrôlée en application du régime juridique y afférant ? Par ailleurs, il peut également être stipulé une clause indemnitaire dérisoire visant à freiner la mise en œuvre de l'action en indemnisation dans lequel cas le juge pourra qualifier ladite clause de pénalité. Ce dernier pourra alors via son pouvoir de révision judiciaire augmenter le montant de la clause si ce dernier est « *manifestement dérisoire* » mais sans pouvoir la réputer non écrite. Qualifier ainsi cette clause de pénalité et lui appliquer le régime juridique prévu par l'article 1231-5 du Code civil peut paraître insolite dans la mesure où classiquement la clause pénale vise notamment une finalité comminatoire et dissuasive¹¹⁰⁰ ce qui la distingue de la clause d'indemnisation forfaitaire¹¹⁰¹. Dans ce cas, soit le montant de

¹⁰⁹⁵ Pour anticiper la venue de l'été, le Professeur Mazeaud s'appuyait sur de récentes propositions doctrinales et l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription.

¹⁰⁹⁶ Cass. com. 29 juin 2010, n° 09-11.841 : RTD civ. 2010. 555. comm. B. FAGES.

¹⁰⁹⁷ Cass. com. 29 juin 2010, n° 09-11.841 : RTD civ. 2010. 555. comm. B. FAGES.

¹⁰⁹⁸ O. SALVAT, « *Synthèse – Vente commerciale* », JCl. Contrats – Distribution, 18 févr. 2019, n° 16.

¹⁰⁹⁹ Cass. com., 15 janv. 2020, n° 18-22.734 ; CA, Rennes, ch. 2, 30 avr. 2020, n° 16/09632 ; CA, Versailles, ch. 13, 18 mai 2020, n° 19/01052 ; CA, Nancy, ch. comm. 5, 26 févr. 2020, n° 19/00752 ; CA, Besançon, 11 sept. 2019, n° 18/00983 ; CA, Besançon, 3 sept. 2019, n° 19/00205 ; CA, Paris, pôle 2, ch. 2, 27 juin 2019, n° 18/07576 ; CA, Versailles, ch. 12, 18 juin 2019, n° 18/02668 ; CA, Saint-Denis de la Réunion, 14 déc. 2018, n° 17/00943.

¹¹⁰⁰ Cass. com. éc. et fin., 25 sept. 2019, n° 18-14.427 ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 juill. 2016, n° 15-21.479 ; Cass. civ. 3^{ème}, 24 sept. 2008, n° 07-13.989 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 juill. 1997, n° 95-16.200 ; Cass. com. 27 mars 1990, n° 88-13.967.

¹¹⁰¹ D. MAZEAUD, « *La notion de clause pénale* », thèse, LGDJ 1992, n° 90 et s.

cette clause « *s'explique par une erreur – c'est une clause pénale avortée (...) soit la faiblesse de la somme due en cas d'inexécution est imposée par le débiteur en position de force – c'est une clause limitative déguisée.* »¹¹⁰². Dans le premier cas, la jurisprudence a estimé que « *l'indemnité prévue en cas de violation de la clause de non-concurrence étant une clause pénale, c'est à bon droit que la cour d'appel a décidé, répondant ainsi aux conclusions invoquées, qu'elle pouvait user de la faculté reconnue au juge par l'article 1152, alinéa 2, du Code civil, d'en augmenter le montant si elle l'estimait dérisoire* »¹¹⁰³. Dans le second cas, la jurisprudence requalifie la pénalité en clause limitative de responsabilité¹¹⁰⁴ et la clause d'indemnisation dérisoire pourra alors être réputée non écrite¹¹⁰⁵. Toutefois, la première hypothèse est en pratique d'une importance négligeable : « *la majoration d'une clause pénale dérisoire semble être une hypothèse d'école, la plupart des contractants évaluant la clause pénale à la hausse. Une clause véritablement dérisoire, serait une clause d'irresponsabilité. Il n'y aurait alors plus aucun intérêt pour les parties à y recourir et à éviter le jeu des règles de la responsabilité contractuelle proprement dite.* »¹¹⁰⁶. Partant, dans la plupart des cas, la stipulation d'une clause d'indemnisation dont le montant est dérisoire par rapport au préjudice effectivement subi fera l'objet d'une requalification judiciaire en clause limitative de responsabilité. Par conséquent, le contrôle exercé pour vérifier la validité de cette clause sera fondé sur le fait de savoir si cette dernière prive de sa substance l'une des obligations essentielles au contrat.

La validité des clauses d'extension de la force majeure qui portent indirectement sur la responsabilité. En doctrine, il est couramment évoqué la possibilité de stipuler une « *clause extensive de force majeure* »¹¹⁰⁷, il s'agit d'une clause de force majeure « *trop large ou visant une liste non limitative* »¹¹⁰⁸ ou une « *clause de force majeure dont la liste des événements est telle qu'elle revient à s'exonérer de toute obligation* »¹¹⁰⁹. La majorité de la doctrine admet la validité de ces clauses d'élargissement de la force majeure. La majorité de la doctrine¹¹¹⁰

¹¹⁰² S. PIMONT, « *Clause pénale* », Rép. dr. civ., avr. 2010, n°48.

¹¹⁰³ Cass. soc., 5 juin 1996, n° 92-42.298 ; CA Paris, 27 nov. 1990, *D.* 1992, Somm. p. 46, obs. Serra ; Cass. soc., 3 mai 1989, n° 86-41.634.

¹¹⁰⁴ CA, Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 26 nov. 2019, n° 17/03850 ; CA, Versailles, 12^{ème} ch., 24 oct. 2019, n° 18/07160 ; CA, Versailles, 18 juin 2019, n° 18/02669 ; CA, Chambéry, 20 nov. 2018, n° 17/02575.

¹¹⁰⁵ Sur l'application de l'article 1170 du Code civil aux clauses indemnitaires dont le montant est dérisoire V. : M. MEKKI, « *Contrats et obligations – Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle (C. civ., art. 1170)* », JCP N, n° 46, 18 nov. 2016, p. 6.

¹¹⁰⁶ Cass. com. 26 févr. 1991 ; Zbierski c. SA européenne de Brasserie, comm. M.-O. GAIN.

¹¹⁰⁷ R. DEMOGUE, « *Traité des obligations en général* », T. 6, éd. A. Rousseau (Paris), 1923-1933, p. 649 ; M. POUMAREDE, « *La clause de force majeure dans les contrats de construction* », RDI 2017, p. 456.

¹¹⁰⁸ M. MEKKI, JCI. N., V° Contrats et obligations, fasc. 60 : Contrats et obligations. – Réforme du droit des obligations. – Validité du contrat, 20 nov. 2017, n°36.

¹¹⁰⁹ D. SAVOURE, « *Le contenu du contrat et le contrôle du juge* », JCP N., 28 avr. 2017, n°16.

¹¹¹⁰ S. BROS, « *La force majeure* », Droit et Patrimoine, n°259, 1^{er} juin 2016 ; Ph. DELEBECQUE, « *L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat* », Dr. et patr., n° 259, 1^{er} juin 2016 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2016, LexisNexis, p. 479 ; F. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2016, Dalloz, n° 28.34 ; A. BENABENT, « *Un an d'application de la réforme des contrats. Quel impact sur la pratique notariale ?* », sous la coordination de M. GRIMALDI et C. VERNIERES, 1^{ère} éd., 2017, Defrénois, n°181. ; P. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, « *Droit des obligations* », 14^{ème} éd., 2017, Lexisnexis, n° 764, p. 690 ; D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 2^{ème} éd., 2016, Larcier, collection paradigme, n°1017 ; B. MERCADAL, « *Réforme du droit des contrats* », 2016, Francis Lefebvre, n° 701 ; B. FAGES, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 7^{ème} éd., 2017, n°319. V. toutefois de manière plus nuancée : A.-S. CHONE-GRIMALDI, « *Article 1223* », in Douville T. (dir.), « *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article* », 2016, Gualino, p. 219 (selon Madame CHONE-GRIMALDI, « *S'agissant de la qualification de l'événement, on doute que les parties puissent efficacement modifier celle-ci. Les trois critères énoncés nous semblent en effet impératifs*

estime qu'en principe les parties sont libres d'aménager conventionnellement l'article 1218 du code civil, c'est-à-dire d'élargir¹¹¹¹ ou encore de restreindre ou évincer (on parle dans ce cas d'« obligation de garantie »¹¹¹²) les conditions relatives à la force majeure. Ici, la clause d'extension de force majeure, contrairement à ce qui a été expliqué *infra* s'agissant des clauses élusives de responsabilité, n'a pas pour objet d'écarter totalement l'action en dommages-intérêts, elle ne fait que limiter cette dernière. C'est ainsi que la clause d'extension de force majeure a pu être rapprochée de la clause limitative de responsabilité en ce qu'elle « redéfinit, dans un sens favorable au débiteur, les conditions de sa responsabilité »¹¹¹³. Cette clause aboutit donc au même résultat que la clause limitative de responsabilité¹¹¹⁴. Ces deux clauses restent toutefois distinctes car la clause limitative de responsabilité s'applique à « l'inexécution imputable au débiteur » alors que la clause d'extension de force majeure s'applique à « l'inexécution imputable à une cause étrangère »¹¹¹⁵. En principe, la clause d'extension de la force majeure est valable en son principe et bénéficie de la reconnaissance de principe de la liberté contractuelle (« la société UMEP avait consenti à considérer que les obstacles rencontrés par la société SNPL devaient être assimilés à la force majeure prévue à la convention » de sorte que la Cour d'appel avait justifié sa décision¹¹¹⁶). En effet, il est loisible aux parties de s'affranchir des conditions relatives à la force majeure, à savoir, l'irrésistibilité, l'extériorité et l'imprévisibilité prévue par l'ancien 1148 du Code civil¹¹¹⁷. En particulier, les règles relatives à la force majeure n'étant pas d'ordre public « les parties peuvent convenir contractuellement d'en donner une définition plus large ou de ne retenir que certains événements »¹¹¹⁸ et la jurisprudence a pu retenir l'efficacité d'une telle clause d'élargissement de la force majeure laquelle a permis que « la jurisprudence restrictive concernant la grève et la force majeure ne peut être appliquée, la grève étant considérée contractuellement en l'espèce comme un cas de force majeure »¹¹¹⁹. Ces clauses d'extension

{l'imprévisibilité, l'irrésistibilité et l'extériorité}. En revanche, les parties devraient être libre de modifier les conséquences de la force majeure ».

¹¹¹¹ F. GREAU, « Force majeure – Les caractères de la force majeure », Rép. dr. civ., juin 2017 (actualisation : avr. 2018), n° 107 ; G. CHANTEPIE, « Contrat : effets – Contenu du contrat », janv. 2018 (actualisation : sept. 2020), Rép. dr. civ., n°18 et 236 ; B. ANCEL, « Les contrats français et américains face au Covid-19 : un futur nimbé d'incertitudes ? », AJ contrat, 2020. P. 217.

¹¹¹² F. CHENEDE, « Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives », 2016, Dalloz, n° 28.34 ; A. BENABENT, « Un an d'application de la réforme des contrats. Quel impact sur la pratique notariale ? », sous la coordination de M. GRIMALDI et C. VERNIERES, 1^{ère} éd., 2017, Defrénois, n°181 ; B. FAGES, « Droit des obligations », L.G.D.J, 7^{ème} éd., 2017, n°319 ; A.-S. CHONE-GRIMALDI, « Article 1223 », in Douville T. (dir.), « La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article », 2016, Gualino, p. 219.

¹¹¹³ Y.-M. LAITHIER, « L'avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle – Rapport français », 1^{er} juill. 2010, RDC, n°3, p. 1091.

¹¹¹⁴ Y.-M. LAITHIER, « L'avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle – Rapport français », 1^{er} juill. 2010, RDC, n°3, p. 1091. ; V. aussi : S. FARNOCCHIA, « L'excuse contractuelle : étude de l'inexécution fortuite du contrat », Thèse, 1994, p.170 (lequel rapproche les clauses de force majeure des clauses limitatives ou élusives de responsabilité) ; V. « Clause de force majeure », J. MESTRE, J.-Ch. RODA, « Les principales clauses des contrats d'affaires », Lextenso, 2011, n°706.

¹¹¹⁵ Y.-M. LAITHIER, « L'avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle – Rapport français », 1^{er} juill. 2010, RDC, n°3, p. 1091.

¹¹¹⁶ Cass. com., 8 juill. 1981, n° 79-15.626.

¹¹¹⁷ CA, Colmar, ch. civ. 1, sec. A, 10 mars 1998, n° 95/05834 : Il est « loisible aux parties de prévoir dans leur convention les événements qui seront susceptibles de les délier de leurs obligations contractuelles, et de définir ainsi la situation qu'ils considèrent comme un cas de force majeure. Ainsi les parties peuvent s'affranchir de l'exigence d'irrésistibilité de la force majeure pour y substituer une notion d'empêchement relatif, à savoir l'empêchement malgré tous les efforts raisonnablement possibles. Mais à défaut de toute autre dérogation expresse aux critères caractérisant la force majeure en jurisprudence, il doit être conclu que la force majeure au sens du contrat doit également être imprévisible et extérieure au débiteur qui l'invoque. ».

¹¹¹⁸ CA, Versailles, 12^{ème} ch., 1^{ère} sec., 23 mars 2006, n°05/01729.

¹¹¹⁹ CA, Basse-Terre, ch. civile 2, 30 nov. 2009, n° 07/01677.

de force majeure sont d'ailleurs assez fréquentes dans les contrats de construction par la stipulation de « *clause de prorogation du délai de livraison* »¹¹²⁰. Dans le cadre de la pandémie liée à la Covid-19, on peut aussi citer une intéressante affaire portant sur ces clauses d'extension de force majeure. Celle-ci concernait une clause stipulée dans un accord-cadre visant à élargir les conditions d'application de la force majeure et fût soumise en référé à l'appréciation du président du Tribunal de commerce de Paris¹¹²¹. Dans ce litige, un fournisseur d'électricité a choisi de recourir à l'ARENH (formalisé par un accord-cadre défini par arrêté) dont l'objectif était de favoriser la concurrence dans le domaine de la revente d'électricité et imposait à EDF de céder une partie de son électricité à des fournisseurs alternatifs. Or, la baisse d'activité induite par la pandémie et les mesures gouvernementales prises subséquemment ont contraint les fournisseurs alternatifs à revendre à perte leurs stocks d'électricités (à défaut de pouvoir le stocker). L'accord-cadre conclu entre EDF et les fournisseurs d'électricité comprenait une clause de force majeure selon laquelle « *la force majeure désigne un événement extérieur, irrésistible et imprévisible rendant impossible l'exécution des obligations des parties dans des conditions économiques raisonnables* ». Cette clause vise donc à assouplir les conditions de la force majeure dans des « *conditions économiques raisonnables* ». Selon le président du tribunal du commerce, la stipulation d'une telle clause fût une circonstance importante car selon lui « *la crise du Covid-19 ne rend pas impossible l'exécution par TDE {le fournisseur alternatif} de ses obligations contractuelles (...) Nous estimons toutefois que cette analyse ne tient pas compte de la totalité de la définition de la force majeure par l'article 10 du contrat liant les parties qui inclut également l'exécution des obligations dans des conditions économiques raisonnables.* ». Si les conditions économiques raisonnables ne font pas l'objet d'une définition, il apparaît que selon le président du tribunal celle-ci revient à « *supposer un bouleversement des conditions économiques antérieures qui se traduit par la survenance de pertes significatives nées de l'exécution du contrat.* ». Cette « *clause de force majeure extensive* »¹¹²² semble donc avoir été déterminante pour retenir les conséquences liées à la Covid-19 comme événement de force majeure. Cette décision rendue en référé a été confirmée par la suite par la Cour d'appel de Paris le 28 juillet 2020¹¹²³. La clause d'extension de force majeure pourrait également entériner la distinction entre cas fortuit et cas de force majeure. Cette distinction, certes issue d'une partie minoritaire de la doctrine (en effet, l'ancien article 1148 englobait indifféremment ces deux formulations de « *force majeure* » ou de « *cas fortuit* »), a fait l'objet de développement notamment par PLANIOL¹¹²⁴ et MARIE¹¹²⁵. Au-delà du bien-fondé

¹¹²⁰ M. POUMAREDE, « *La clause de force majeure dans les contrats de construction* », RDI 2017, p. 456.

¹¹²¹ T. com. Paris, ord. réf., 20 mai 2020, n° 2020-016407.

¹¹²² M. LAMOUREUX, « *Covid-19, force majeure et marché de l'électricité* », JCP E, n° 38, 17 sept. 2020, 1350, n°5.

¹¹²³ CA, Paris, pôle 1, ch. 2, 28 juill. 2020, n° 20/06689.

¹¹²⁴ M. PLANIOL, « *Traité élémentaire de droit civil : conforme au programme officiel des Facultés de droit.* », vol. 3, t. 2, éd. 1928-1932, n°231 : selon cet éminent auteur le cas fortuit devrait désigner « *l'origine externe de l'obstacle qui a empêché l'exécution de l'obligation* » et le cas de force majeure devrait être réservé pour désigner « *la nature insurmontable de cet obstacle* », ainsi un même fait pourrait être qualifié de cas fortuit de par « *son origine* » et de cas de force majeure de par son « *résultat* ». Cette distinction entre cas de force majeure et cas fortuit issue du droit civil a par la suite eu un écho en droit administratif par la voix du Doyen HAURIOU. Ce dernier proposait de poser la distinction ainsi : le cas fortuit « *échappe aux prévisions humaines, mais se rattache au fonctionnement même de l'entreprise ou du service; par exemple, dans une usine, c'est l'explosion d'une chaudière, dans une mine, c'est l'inflammation du grisou* » alors que le cas de force majeure « *est encore un phénomène imprévu; mais, de plus, il est extérieur à l'entreprise ou au service; par exemple, c'est un tremblement de terre, une inondation, un cyclone, une guerre civile, une invasion étrangère* » (M. HAURIOU, « *La distinction de la force majeure et du cas fortuit* », note sous Conseil d'Etat, 10 mai 1912, Ambrosini, S. 1912.3.161: Revue générale du droit on line, 2013, numéro 13263 : www.revuegeneraledudroit.eu/?p=13263).

¹¹²⁵ L. MARIE, « *Du cas fortuit et de la force majeure dans les contrats de droit civil* », thèse, Caen, 1896. Selon Louis COURTEAUD, Monsieur MARIE estime que « *les textes sur la force majeure fournissent de simples indications aux tribunaux, et que le cas fortuit laisse encore place à une certaine indulgence* », il n'y aurait donc

de ces distinctions d'un point de vue doctrinal, ici il pourrait être intéressant d'adopter volontairement une conception dualiste¹¹²⁶ de la cause étrangère au sein d'une clause extensive de force majeure¹¹²⁷. Ainsi, les cas fortuits relèveraient d'une forme atténuée de cas de force majeure (c'est-à-dire amputée d'une ou plusieurs des trois conditions posées à l'article 1218 du Code civil : événement échappant au contrôle du débiteur, imprévisibilité et inévitable) mais emporteraient exactement les mêmes effets que la force majeure. En revanche, les cas relevant strictement de la force majeure resteront soumis aux conditions légales prévues à l'article 1218 du Code civil. L'avantage d'une telle distinction serait d'élargir plus précisément certains événements ne relevant pas normalement de la force majeure. Il peut être recommandé d'énumérer une liste limitative des événements relevant, d'une part, d'un cas fortuit, et, d'autre part, d'un cas de force majeure. Toutefois, comme expliqué s'agissant des clauses évasives de responsabilité, il conviendra de ne pas donner une portée trop générale à la clause d'extension de force majeure par exemple par l'utilisation des termes suivants : « *notamment* », « *de façon non limitative* », « *tels que* » ; car leur emploi pourrait priver de sa substance l'une des obligations essentielles du contrat. En effet, une telle clause peut être réputée non écrite sur le fondement de l'article 1170 du Code civil. C'est ainsi que la Cour d'appel de Pau a pu affirmer que « *S'il n'est prohibé par aucun texte spécifique à la vente d'immeuble à construire, l'élargissement conventionnel de la notion de force majeure ne peut être validé que dans la mesure où la rédaction de la clause limitative de responsabilité ne vide pas de sa substance même l'obligation de délivrance dans le délai convenu pesant sur le vendeur, ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque la liste de douze causes légitimes de suspension du délai de livraison est stipulée comme non limitative en sorte que, comme l'a relevé le premier juge, le délai de livraison stipulé à l'acte ne peut être que purement indicatif et que la clause litigieuse contredit et réduit à néant la portée de l'engagement pris par le vendeur.* »¹¹²⁸. Au surplus, il a été soutenu que les clauses de grève doivent être « *autonome* » par rapport aux conditions de droit commun de la force majeure et non « *ambiguë* » pour être efficaces juridiquement¹¹²⁹. Ce défaut d'ambiguïté se manifeste par l'absence de l'emploi des termes susmentionnés, tel le démontre l'exemple de clause de force

« *qu'une différence de degrés* » en le cas de force majeure et le cas fortuit (L. COURTEAUD, « *La notion de force majeure en matière de responsabilité contractuelle et délictuelle* », thèse, 1935, p. 62).

¹¹²⁶ Selon Madame BOUCARD, il existe une conception « *moniste* » de la cause étrangère, selon laquelle les formules cas de force majeure et cas fortuit sont reconnues (d'après la majorité de la doctrine) comme synonymes, et une conception « *dualiste* » de la cause étrangère visant à distinguer le cas de force majeure et le cas fortuit, ainsi « *La force majeure est une cause étrangère plus exigeante, plus stricte que le cas fortuit, car elle doit présenter des caractères dont il est dépourvu.* » (H. BOUCARD, « *Responsabilité contractuelle* », Rép. de dr. civ., juill. 2018, actualisation : juill. 2020, n° 323). Une telle distinction peut également faire échos à celle établie entre les cas fortuits ordinaires (« *tels que grêle, feu du ciel, gelée ou coulure* ») et extraordinaires (« *tels que les ravages de la guerre, ou une inondation, auxquels le pays n'est pas ordinairement sujet* ») (lesquels se rapprochent de la force majeure) par l'article 1773 du Code civil en matière de baux à ferme.

¹¹²⁷ Ce qui en effet reviendrait à mettre en application la distinction de Monsieur MARIE lequel voyait entre la force majeure et le cas fortuit une simple différence de « *degré* » (L. MARIE, « *Du cas fortuit et de la force majeure dans les contrats de droit civil* », thèse, Caen, 1896) ou encore la distinction proposée par le doyen HAURIUO suivant laquelle la force majeure serait « *absolue* » alors que le cas fortuit serait « *relatif* » : « *En définitive, la notion de la force majeure a quelque chose d'absolu, et il y a des événements qui seront toujours au-dessus des forces humaines; la notion du cas fortuit, au contraire, a quelque chose de relatif; il s'agit d'événements qui ne sont que provisoirement au-dessus des forces humaines; la notion du cas fortuit, au contraire, a quelque chose de relatif; il s'agit d'événements qui ne sont que provisoirement au-dessus des forces humaines, et qui, plus tard, avec des progrès de la prévision de la technique, pourront être conjurés.* » M. HAURIUO, « *La distinction de la force majeure et du cas fortuit* », note sous Conseil d'Etat, 10 mai 1912, Ambrosini, S. 1912.3.161; Revue générale du droit *on line*, 2013, numéro 13263 : www.revuegeneraledudroit.eu/?p=13263.

¹¹²⁸ CA, Pau, 1^{ère} ch., 16 févr. 2012, n° 10/01278.

¹¹²⁹ A. CRISTAU, « *Grève dans le secteur privé – effet de la grève sur les relations commerciales* », Rép. de dr. du trav., janv. 2008 (actualisation : août 2018), n°316.

majeure livré par la Commission des clauses abusives¹¹³⁰. Une telle clause n'est qu'une « *clause illustrative de la force majeure* »¹¹³¹ et la jurisprudence considère qu'elle est dépourvue de force juridique puisqu'elle n'a qu'une vocation indicative et non contraignante¹¹³². En outre, les clauses restrictives ou évasive de la force majeure (engagement que l'on qualifie d'« *obligation de garantie* »¹¹³³) ne seront pas abordées dans le cadre de nos développements, celles-ci contrairement aux clauses extensives de force majeure ne posant pas de problème au regard de l'article 1170 du Code civil.

Paragraphe II : la validité des clauses d'indemnité de résiliation

L'utilisation de la clause de dommage-intérêt a ici un objet bien spécifique, il s'agit d'imposer à une ou plusieurs partie(s) le paiement de dommages-intérêts en cas de mise en œuvre la faculté de résiliation du contrat et d'inexécution. Cela revient à stipuler bien souvent une clause d'indemnité de résiliation dont le but est d'évaluer conventionnellement le préjudice réparable et de dissuader les contractants de recourir à la résiliation¹¹³⁴. L'analyse devrait reposer sur le fait de savoir si en l'espèce il s'agit d'une « *peine* » ou d'un « *prix* », Mme CHABAS estime que « *Si la clause a pour finalité la libération du débiteur, la Cour considère que l'indemnité prévue n'est pas une peine mais un prix. En revanche, si la clause a un effet comminatoire, l'indemnité est une peine, révisable sur le fondement de l'article 1152 al. 2 du Code civil. Le critère principal de distinction entre le prix et la peine réside donc, pour la Cour de cassation dans la finalité de la clause* »¹¹³⁵. En général, la qualification de clause pénale sera retenue lorsqu'il est réalisé « *le calcul du forfait par référence à l'intégralité du prix augmenté des coûts de la résiliation* » ce qui « *manifesterait nécessairement que les parties ont entendu stipuler une clause pénale et non une clause de dédit* »¹¹³⁶. Or, ce sera bien souvent le cas de ce type de stipulation dont l'objectif est de dissuader un contractant de recourir à la résiliation du contrat. Dans la majorité des cas, en

¹¹³⁰ A. CRISTAU, « *Grève dans le secteur privé – effet de la grève sur les relations commerciales* », Rép. de dr. du trav., janv. 2008 (actualisation : août 2018), n°323 : « *la livraison aura lieu au plus tard à la date indiquée sur le bon de commande, mais il est réservé à partir de cette date une marge de deux mois en cas de modification du bon de commande sur demande du client ainsi qu'en cas de force majeure, conflit collectif du travail, incendie, inondation, fait de guerre, réquisition, [...] chez le constructeur, ses fournisseurs sous-traitants ainsi que chez les vendeurs* ».

¹¹³¹ M. POUMAREDE, « *La clause de force majeure dans les contrats de construction* », RDI 2017, p. 456.

¹¹³² CA, Paris, Ch. 7 A, 28 févr. 1990, S⁶ Vigitel c/ S⁶ Technic Radio, Gaz. Pal. 8 juill. 1990. 29 ; RTD civ. 1990. 669, obs. P. Jourdain.

¹¹³³ F. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2016, Dalloz, n° 28.34 ; A. BENABENT, « *Un an d'application de la réforme des contrats. Quel impact sur la pratique notariale ?* », sous la coordination de M. GRIMALDI et C. VERNIERES, 1^{ère} éd., 2017, Defrénois, n°181 ; B. FAGES, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 7^{ème} éd., 2017, n°319 ; A.-S. CHONE-GRIMALDI, « *Article 1223* », in Douville T. (dir.), « *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article* », 2016, Gualino, p. 219.

¹¹³⁴ Pour Madame CHABAS, la qualification de cette clause dépend du « *fait générateur* » du versement de la somme, « *Pour la clause pénale, le paiement de la peine a pour fait générateur l'inexécution illicite du contrat imputable au débiteur. Le paiement de "l'indemnité" de résiliation unilatérale a pour fait générateur l'inexécution licite du contrat. Ainsi, on peut affirmer très clairement que "l'indemnité" versée par le titulaire du droit de résiliation unilatérale est un prix, et non une peine.* » (C. CHABAS, « *L'inexécution licite du contrat* », Thèse, LGDJ, 2002, n°124.)

¹¹³⁵ C. CHABAS, « *L'inexécution licite du contrat* », Thèse, LGDJ, 2002, n°124.

¹¹³⁶ T. GENICON, « *Ce que les régimes comparés de la clause pénale et de la clause de dédit nous disent de la force obligatoire du contrat* », RDC, sept. 2015, n°3, p. 449 ; V. également M. LATINA, « *De la distinction entre clause pénale et clause de dédit* », LEDC, nov. 2019, n°10, p. 3 ; Cass. com., 10 mars 2015, n° 13-27993, Cass. com., 25 sept. 2019, n° 18-14427.

jurisprudence, une telle clause est qualifiée de clause pénale, comme l'illustrent les décisions rendues notamment en matière de bail¹¹³⁷ ou de crédit-bail¹¹³⁸. Plus rarement, il est parfois arrivé que la jurisprudence qualifie certaines indemnités de résiliation de simple évaluation conventionnelle des dommages-intérêts, par exemple lorsque la clause insérée dans un contrat de bail stipule que « *en cas de résiliation du contrat, le paiement d'une indemnité égale au montant des loyers restant à échoir au jour de la résiliation* »¹¹³⁹. Par principe, si la stipulation d'une clause d'indemnité ou de pénalité de résiliation, même excessive, freine considérablement la mise en œuvre de la résiliation, elle ne devrait pas *per se* priver de sa substance l'une des obligations essentielles du contrat¹¹⁴⁰. En effet, ce n'est que dans certaines hypothèses particulières où ce type de clause, combinée avec d'autres clauses, peut être réputée non écrite. Dans l'arrêt du 21 novembre 2011 rendu par la Cour d'appel de Bordeaux¹¹⁴¹ déjà cité *supra*, trois clauses étaient stipulées : une clause rendant les délais de livraison facultatifs, une clause écartant notamment l'action en résiliation et en indemnisation en cas de retard de livraison et une clause imposant le paiement de dommages-intérêts (40% du montant de la commande) en cas de résiliation pour retard de livraison. La Cour d'appel estime que « *Appliquer purement et simplement les seules conditions générales précitées concernant le délai de livraison et donc une clause limitative de responsabilité reviendrait ici à contredire l'obligation essentielle du vendeur de livrer la chose à la date convenue et donc la portée de l'engagement pris par lui. Aussi, cette clause doit être réputée non écrite en application de l'article 1131 du Code civil.* ». Les juges bordelais ajoutent que « *appliquer une telle clause reviendrait sans contrepartie à priver l'acquéreur de toute possibilité de résiliation et à le contraindre à payer des dommages et intérêts à son vendeur, alors que celui-ci a manqué à l'une de ses obligations essentielles : livrer la chose commandée à la date convenue.* ». Ainsi, dans cette situation particulière, la stipulation de la clause d'indemnité de résiliation contribue à priver de sa substance l'obligation essentielle du contrat qui était ici de livrer une commande à la date convenue. Cependant, la décision semble suggérer que si les clauses en question ont été réputées non écrites c'est surtout en raison de la mention de délais indicatifs, lesquels reviennent souvent *per se* à vider de sa substance l'obligation essentielle du contrat qui est de livrer la chose commandée en temps utile¹¹⁴².

SECTION III : la validité de la clause de facilitation privant de sa substance la portée d'une obligation essentielle

Parmi ces clauses de facilitation nous examinerons la validité de celles ressuscitant le contrôle par le « *manquement* » à une obligation essentielle (PARAGRAPHE I) et de celles de résiliation pour convenance (PARAGRAPHE II).

¹¹³⁷ Cass. com., 10 juin 2020, n° 18-19.729 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 6 mars 2020, n° 17/05557 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 10, 27 mai 2019, n° 18/17658 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 3, 7 nov. 2018, n° 16/20789.

¹¹³⁸ Cass. com., 5 juill. 1994, n° 92-19.106 ; Cass. com., 26 mars 1996, n° 94-12.260 ; Cass. com., 18 avr. 2002, n° 96-22.319 ; Cass. com., 24 mai 2005, n° 04-12.369 ; Cass. civ. 3^{ème}, 21 mai 2008, n° 07-12.848 ; CA, Reims, ch. civ., 1^{ère} sect., 22 sept. 2015, n° 13/03262.

¹¹³⁹ CA, Grenoble, ch. com., 21 nov. 2019, n° 17/00741.

¹¹⁴⁰ En ce sens, Madame CHABAS affirme « *Il ne faut pas pour autant que cette indemnité vienne à nier le droit du débiteur de résilier le contrat.* » (C. CHABAS, « *L'inexécution licite du contrat* », Thèse, LGDJ, 2002, n° 129).

¹¹⁴¹ CA Bordeaux, 21 nov., 2011, n° 10/02746.

¹¹⁴² V. également : Cass. civ., 1^{ère}, 16 juill. 1987, n° 84-17.731.

Paragraphe I : la validité des clauses ressuscitant le contrôle par le « manquement » à une obligation essentielle

Comme expliqué précédemment pour la clause limitative de responsabilité, la jurisprudence a connu une évolution assez erratique s'agissant du critère idoine pour contrôler la validité de cette dernière. Initialement, la jurisprudence utilisait entre 1996 et 2005 le critère du « *manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris* »¹¹⁴³. Cette formule impliquait d'exiger la démonstration que la clause porte ou a pour objet une obligation essentielle à l'égard de laquelle un simple « *manquement* » est constaté et que celle-ci était en contradiction avec la portée de l'obligation essentielle. Puis, entre 2005 et 2007, la Cour de cassation s'est tournée vers un critère restreignant la validité des clauses limitatives de responsabilité, celui du simple « *manquement à une obligation essentielle du contrat* »¹¹⁴⁴ de sorte qu'il suffisait que la clause ait pour objet une obligation essentielle pour qu'elle soit réputée non écrite. Finalement, la jurisprudence a fini par amorcer un « *retour aux sources* » de son arrêt emblématique arrêt Chronopost I¹¹⁴⁵ en 2010¹¹⁴⁶, dans cet arrêt la validation d'une clause limitative de responsabilité impliquait de démontrer qu'elle ne « *contredit pas la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur* » et qu'elle ne « *vidait pas de toute substance l'obligation essentielle* », soit des critères plus exigeants que celui du simple manquement à l'obligation essentielle. Ce caractère exigeant des critères utilisés est confirmé par l'article 1170 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 selon lequel « *Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ». Par conséquent, rien n'interdit aux parties de revenir à une solution plus restrictive pour la validité des clauses limitatives de responsabilité par voie conventionnelle. En effet, il est fréquent de stipuler au sein de telles clauses que celles-ci sont valables si elles ne privent pas de sa substance l'obligation essentielle du contrat et que l'inexécution commise n'est pas due à une faute lourde ou dolosive. Or, au nom de la liberté contractuelle, les parties sont libres de vouloir revenir à la solution initiée par l'arrêt Chronopost III pour restreindre la validité des clauses limitatives de responsabilité. Ainsi, en lieu et place de la clause stipulant que « *la présente clause ne sera valable que dans la mesure où elle ne prive pas de sa substance l'obligation essentielle du contrat* », il pourrait être stipulé que « *la présente clause ne sera valable que dans la mesure où elle ne résulte pas d'un manquement à l'obligation essentielle du contrat* ». Une telle clause manifesterait alors la volonté des parties de revenir à l'ancienne jurisprudence qui a restreint de manière importante la validité des clauses limitatives de responsabilité. Une telle clause ne serait naturellement pas dans l'intérêt de la partie qui serait la plus susceptible de se prévaloir du plafond de responsabilité. Toutefois, cette formulation de la clause pourrait servir l'intérêt de la partie à qui sera probablement opposé le plafond de responsabilité. Surtout qu'un tel changement de rédaction relève de l'argutie juridique lequel est susceptible d'être peu perceptible aux yeux du contractant qui n'est pas au fait de l'évolution de la jurisprudence portant sur les clauses limitatives de responsabilité. Cette clause viserait à renforcer le pouvoir de contrôle judiciaire prévu par l'article 1170 du Code

¹¹⁴³ Cass. com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632 (Chronopost I).

¹¹⁴⁴ Cass. mixt., 22 avr. 2005, n° 03-14.112 (Chronopost III) ; Cass. com., 30 mai 2006, n° 04-14.974 (Chronopost IV) ; Cass. com., 13 juin 2006, n° 05-12.619 (Chronopost V) ; Cass. com., 13 févr. 2007, n° 05-17.407 (Faurécia I).

¹¹⁴⁵ Cass. com., 18 déc. 2007, n° 04-16.069 (EDF).

¹¹⁴⁶ Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841 (Faurécia II).

civil et pourrait alors astucieusement être prévue pour profiter de l'inattention de son contractant.

Paragraphe II : la validité de la clause de résiliation pour convenance (sans inexécution)

La stipulation d'une clause de résiliation pour convenance personnelle permet à une ou à plusieurs parties de résilier leur contrat sans motif particulier, c'est-à-dire sans qu'une inexécution soit imputable à l'une des parties. Cette clause est à rapprocher des clauses de *break-up fees*, issues de la pratique anglo-saxonne, lesquelles « *offrent à l'une des parties (voire aux deux) la possibilité, après s'être engagée(s) dans les liens contractuels, de rompre unilatéralement le contrat, généralement sans motif, en contrepartie du versement d'une certaine somme d'argent au cocontractant.* »¹¹⁴⁷. Selon la doctrine, cette clause se distingue des clauses résolutoires classiques, en ce qu'elles peuvent porter sur un événement casuel ou un événement dépendant de la volonté des parties¹¹⁴⁸. En revanche, la clause résolutoire « *attache la résolution du contrat à la violation de ses obligations et présente ainsi les caractéristiques de la résolution pour inexécution.* »¹¹⁴⁹. Dans le même sens, Mme CHABAS estime que la clause de résiliation unilatérale ne sous-tend pas nécessairement une inexécution contractuelle, celle-ci permet simplement au « *débiteur de sortir du contrat pendant son exécution* » alors que la clause résolutoire expresse permet de « *sanctionner les fautes du cocontractant* »¹¹⁵⁰. Cette clause a donc pour particularité de pouvoir être utilisée comme un moyen de rupture discrétionnaire ou « *arbitraire* »¹¹⁵¹ du contrat. Si cette clause en matière de contrats à durée indéterminée n'est que la formalisation du principe de l'interdiction des engagements perpétuels, celle-ci peut poser problème en matière de contrat à durée déterminée. L'article 1212 du Code civil rappelle la force obligatoire du contrat à durée déterminée et dispose que « *chaque partie doit l'exécuter jusqu'à son terme.* ». Toutefois, il est vrai que cet article devrait avoir une vocation simplement supplétive¹¹⁵² et la clause de résiliation pour convenance y apporte une dérogation. Pour certains auteurs, la clause de résiliation dans les contrats à durée déterminée est licite en soi étant donné qu'elle constitue « *une sorte de mutuius dissensus anticipé : celui qui subira plus tard la résiliation y a donné, à l'avance son adhésion* »¹¹⁵³. En principe, la jurisprudence estime qu'une clause de résiliation unilatérale discrétionnaire sans obligation de motiver la rupture ou son bien-fondé est

¹¹⁴⁷ J. GRANOTIER, « *Le droit unilatéral de rompre le contrat : de la faculté de dédit à la clause de "break-up fees"* », D. 2014. Chron. 1960, n° 3.

¹¹⁴⁸ Ch. PAULIN, « *La clause résolutoire* », Thèse, LGDJ, 1996, n° 126, p. 138. Pour PAULIN, la clause de résolution fondée sur un événement casuel est par exemple la clause prévoyant la résiliation du contrat en cas de force majeure ou la résolution-sauvegarde en cas d'événement étranger à l'exécution des obligations du contrat (résolution en cas de résolution d'un contrat distinct interdépendant) alors que la résolution fondée sur un événement dépendant de la volonté des parties constitue une condition résolutoire qui doit être distinguée de la clause résolutoire qui a pour trait déterminant un caractère comminatoire.

¹¹⁴⁹ Ch. PAULIN, « *La clause résolutoire* », Thèse, LGDJ, 1996, n° 69.

¹¹⁵⁰ C. CHABAS, « *L'inexécution licite du contrat* », Thèse, LGDJ, 2002, n° 154.

¹¹⁵¹ Ch. PAULIN, « *La clause résolutoire* », Thèse, LGDJ, 1996, n° 138.

¹¹⁵² O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2016, LexisNexis, 2016, p. 452 ; M. LATINA, « *Contrat : généralités – Principes directeurs du droit des contrats* », Mai 2017, n° 130 ; J. MESTRE, « *Clause de dédit* », in « *Les principales clauses des contrats d'affaires* », 2^{ème} éd., 2018, Lextenso, n° 420.

¹¹⁵³ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, « *Droit civil - Les obligations* », t. 1, l'acte juridique, Sirey, 16^{ème} éd., n° 380, p. 281 ; V. également sur la licéité des facultés conventionnelles de résiliation unilatérale dans les contrats à durée déterminée : C. CHABAS, « *L'inexécution licite du contrat* », Thèse, LGDJ, 2002, n° 119 et s.

valable¹¹⁵⁴. La doctrine entrevoyait alors l'avènement d'un droit de résiliation *ad nutum* dans la mesure où l'objectif du maintien du contrat est « *créateur de richesses pour toutes les parties, il n'y a pas d'inconvénient à y mettre fin très tôt par la rétractation ou bien, au cours de la relation contractuelle, par la résiliation dès lors que la convention ne procure plus un profit substantiel qu'à l'une des parties* »¹¹⁵⁵. Néanmoins, il reste que la clause de résiliation *ad nutum* « *même si elle s'autorise de la commune volonté des parties, soit de nature à écarter tout contrôle judiciaire de l'abus* »¹¹⁵⁶. En matière de franchise le Professeur DISSAUX¹¹⁵⁷ relève la pratique de la clause de résiliation pour simple convenance doit « *être fermement combattue* » en matière de contrats à durée déterminée. Il s'agit de l'hypothèse où « *Le contrat est à durée déterminée certes, mais il prévoit une période, en général de 3 à 6 mois, pendant laquelle il se réserve le pouvoir de mettre un terme au contrat sans motif, sans indemnité.* ». Dans ce cas, « *À cet égard, la clause contredit même la portée des obligations essentielles souscrites par le franchiseur. Ce qui devrait suffire à la réputer non écrite.* ». Certains commentateurs de l'article 1211 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, affirment également que « *Ainsi arrive-t-il qu'une partie à un contrat à durée déterminée se ménage la possibilité de le résilier à tout moment sans motif, pour simple convenance. La clause devrait toutefois être réputée non écrite, privant littéralement de sa substance l'une des obligations essentielles de la partie qui se réserve un tel pouvoir (art. 1170).* »¹¹⁵⁸. Cette variété de clause de résiliation étant relative à l'inexécution du contrat devrait donc être soumise au contrôle prévu à l'article 1170 du Code civil. En revanche, cette clause ne doit pas être confondue avec la clause de dédit, qualification que certains auteurs proposent d'imputer à la clause de *break-up fees* laquelle est similaire à la clause de résiliation pour convenance¹¹⁵⁹. En effet, cette clause « *confère à son bénéficiaire un droit ou le pouvoir d'empêcher la formation définitive du contrat et le passage de la phase de formation à celle de son exécution ou bien il forme le contrat ou bien il y renonce en payant au vendeur la somme stipulée.* »¹¹⁶⁰. Ainsi, « *Une telle clause est dans l'intérêt du débiteur qui a seul le choix entre l'exécution et le retrait du contrat.* »¹¹⁶¹. Le dédit se rapproche du droit de rétractation d'origine légale (*a contrario*, on parle de « *dédit* » lorsque ce droit a une origine conventionnelle) lequel « *s'exerce en principe avant toute exécution du contrat* »¹¹⁶². Le dédit porte donc sur la formation du contrat et permet de rétracter son consentement¹¹⁶³, ce que semble confirmer l'article 1122 du Code civil selon lequel le délai de rétractation « *est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement.* ». Certains auteurs rapprochent également le dédit d'une forme de période d'essai conventionnelle durant laquelle chaque partie peut mettre fin unilatéralement au contrat¹¹⁶⁴. De plus, le dédit ou droit

¹¹⁵⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 2001, n° 99-18.442.

¹¹⁵⁵ L. GRYNBAUM, « *Vers un droit de résiliation ad nutum ?* », RDC 2006, 1^{er} avr. 2006, n°2, p. 589.

¹¹⁵⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 2001, n° 99-18.442 : RTD Civ. 2001, p. 584, obs. J. MESTRE et B. FAGES. ; il en va également de même lorsque la clause « *sanctionne l'inexécution d'une obligation sans plus de précision (...). Le caractère abusif de la clause se manifeste alors en ce qu'elle permet de résoudre le contrat sans que l'indiscipline du débiteur soit avérée* » (Ch. PAULIN, « *La clause résolutoire* », Thèse, LGDJ, 1996, n° 138).

¹¹⁵⁷ N. DISSAUX, « *L'essai en matière de franchise* », RTD com. 2015. 403.

¹¹⁵⁸ Art. 1211 C. civ., comm., A. « *les constantes* ».

¹¹⁵⁹ J. GRANOTIER, « *Le droit unilatéral de rompre le contrat : de la faculté de dédit à la clause de "break-up fees"* », D. 2014. Chron. 1960, n° 3 ; N. KILGUS, « *Les clauses de break-ip fees dans les accords de négociation* », AJ contrat 2018, p. 273.

¹¹⁶⁰ C. HUMANN, « *La spécificité de la clause de dédit* », RDI 1997. 169, n°7.

¹¹⁶¹ S. SCHILLER, « *Caractère rétractable des promesses unilatérales de vente - Après le coup de tonnerre dans le droit des obligations, un arc-en-ciel dans la construction contractuelle* », JCP E., n° 48, 1^{er} déc. 2011, 1849, n°11.

¹¹⁶² M. LATINA, « *Contrat : généralités – Principes directeurs du droit des contrats* », mai 2017, n°131.

¹¹⁶³ V. notamment en ce sens : Ch. PAULIN, « *La clause résolutoire* », Thèse, LGDJ, 1996, n° 126 ; L. BOYER, « *La clause de dédit* », Mélanges P. RAYNAUD, Dalloz 1985, p. 51, n°8.

¹¹⁶⁴ Ch. PAULIN, « *La clause résolutoire* », Thèse, LGDJ, 1996, n° 126.

de rétractation anéanti le contrat de manière rétroactive, pour le passé, alors que la résiliation a des effets uniquement pour l'avenir¹¹⁶⁵. Ainsi, la clause de dédit suspend la formation définitive du contrat pour une durée déterminée de sorte que le consentement puisse être retiré, alors que la clause de résiliation pour convenance personnelle est relative à l'exécution¹¹⁶⁶ du contrat, cette clause est *ab initio* présumée valablement formée et conclu au sens de l'article 1128 du Code civil (ce dernier exige le consentement des parties, leur capacité à contracter et un contenu licite et certain). Par conséquent, la clause de dédit, contrairement à la clause de résiliation pour convenance, ne devrait pas être soumise à l'article 1170 du Code civil, lequel s'applique aux clauses d'un contrat valablement formé et prêt à être exécuté.

CHAPITRE II : la prohibition des clauses d'aménagement créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties

Le contrôle instauré au regard du déséquilibre significatif créé par une clause d'aménagement est une des innovations les plus spectaculaires¹¹⁶⁷, voire même polémiques¹¹⁶⁸, de la réforme du 10 février 2016. Il nous semble donc essentiel de déterminer la teneur des critères d'appréciation de ce nouveau standard juridique en droit commun (SECTION I) avant de pouvoir examiner la validité des clauses d'aménagement au regard de ce dernier (SECTION II).

SECTION I : détermination des critères d'appréciation du déséquilibre significatif en droit commun

S'agissant de l'article 1171 du Code civil, selon le rapport remis au président de la République accompagnant l'ordonnance du 10 février 2016, les critères d'appréciation de ce déséquilibre significatif seraient principalement inspirés du régime des clauses abusives prévu au sein du Code de la consommation. Il reste que le rapport mentionne à la fois le déséquilibre significatif au sein du Code de la consommation et celui au sein du Code de commerce, dispositif dont la cohérence est renforcée par l'article 1171 du Code civil. Il en résulte que si le déséquilibre significatif du Code de la consommation semble une source d'inspiration privilégiée par le rapport, le Code de commerce reste de la même façon un modèle pertinent. Fort de ces similarités apparentes entre ces trois déséquilibres significatifs, il apparaît pertinent d'exposer certains critères d'appréciation des déséquilibres significatifs en droit de

¹¹⁶⁵ M. LATINA, « *Contrat : généralités – Principes directeurs du droit des contrats* », Mai 2017, n°131.

¹¹⁶⁶ Les facultés de dédit se distinguent des autres facultés en ce qu'elles « *supposent que le contrat n'a pas commencé à être exécuté* », la faculté de dédit permet au « *débiteur de réfléchir, avant de se lancer dans l'exécution* » alors que la clause de résiliation unilatérale permet au débiteur de « *sortir du contrat pendant son exécution* » (C. CHABAS, « *L'inexécution licite du contrat* », Thèse, LGDJ, 2002, n°153 et 154)

¹¹⁶⁷ J. JULIEN, « *Contrôle des clauses abusives : la Cour de cassation précise le champ de l'article 1171 du Code civil par rapport aux dispositifs du Code de commerce et du Code de la consommation* », RDC 2022, n° 2 ; p. 103.

¹¹⁶⁸ M. MEKKI, « *Fiche pratique sur les clauses abusives : quel modus operandi pour les professionnels du droit ?* », Gaz. Pal. 10 mai 2016, n°17, p. 11.

la consommation et en droit de la concurrence à titre de référence, avant de pouvoir déterminer ceux relatifs au déséquilibre significatif de droit commun. C'est donc après avoir étudié les similarités avec le régime juridique de ces autres déséquilibres significatifs que nous parviendrons à déterminer la notion de « *contrat d'adhésion* » (PARAGRAPHE I) et l'appréciation et l'étendue du déséquilibre significatif de l'article 1171 du Code civil (PARAGRAPHE II).

Paragraphe I : la détermination de la notion de « *contrat d'adhésion* » en droit commun (art. 1171 C. civ.)

Dans cette quête de détermination de la notion de « *contrat d'adhésion* », comme nous le verrons, la référence au droit de la consommation nous sera d'aucune aide (I.) alors que celle à la directive n°93/13/CEE (II.) et à l'article L 442-1, 2° du Code de commerce s'avéreront pertinentes dans le cadre de cette entreprise (III.).

I. La référence superflue au droit français de la consommation (article L. 212-1 du Code de la consommation)

Force est de constater que les critères d'appréciation du déséquilibre significatif au sens du Code de la consommation français en principe ignorent le fait que le contrat en cause ait fait l'objet de négociations. En effet, selon l'article L. 212-1 du Code de la consommation : « *Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations **négociées librement ou non** ou des références à des conditions générales préétablies.* ». Cette disposition a été adoptée par le législateur français dans un contexte de transposition de la directive n° 93/13/CEE. Ce dernier pose ainsi des critères d'appréciation plus souples que ceux prévus par la directive du 5 avril 1993 laquelle cantonnait la clause abusive à la « *clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle* ». Plus précisément, selon la directive, une clause n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est celle qui « *a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion.* ». La directive prévoyait même un mécanisme de présomption simple de l'absence de négociation si d'aventure le professionnel souhaitait démontrer qu'une clause avait fait l'objet de négociations (art. 3.2, directive n° 93/13/CEE). L'ancienne Cour de justice des communautés européenne (CJCE) ajoutait en ce sens que « *le système de protection mis en œuvre par la directive repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel, en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci.* »¹¹⁶⁹. Or, le législateur français a décidé de ne pas transposer ce critère restrictif lié à l'existence ou non de négociations, le fait qu'il s'agisse d'un contrat d'adhésion ou de gré à gré ne doit donc pas en théorie être pris en compte selon la doctrine majoritaire¹¹⁷⁰.

¹¹⁶⁹ CJCE, 27 juin 2000, Oceano Grupo Editorial et Salvat Editores C-240/98.

¹¹⁷⁰ V. par exemple : N. MATHEY, « *Le déséquilibre significatif : approches civilistes et consuméristes* », CCC, n°5, mai 2013, n°3 (note 7) ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « *Le déséquilibre significatif dans le Code civil* », JCP E, 2016, n° 14, 391 ; G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « *Déséquilibre significatif* », Rép. dr.

En effet, il apparaissait qu'un « consommateur qui négocie n'a de toute façon aucun pouvoir effectif de négociation et doit demeurer protégé »¹¹⁷¹. Cette position était d'ailleurs déjà affirmée dans certaines décisions sous l'empire de l'ancienne loi du 10 janvier 1978¹¹⁷². Cette largesse du législateur était d'ailleurs en ligne avec l'un des considérants de la directive n°93/13/CEE prévoyant « qu'il importe de laisser la possibilité aux États membres, dans le respect du traité, d'assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur au moyen de dispositions nationales plus strictes que celles de la présente directive ». Selon la directive, chaque État membre était donc libre de prévoir un niveau de protection plus élevé pour le consommateur. Certains auteurs appelaient même de leurs vœux l'intégration en droit consumériste du critère relatif à la « négociabilité » des clauses, prévu initialement par la directive, par l'entremise de la condition de soumission¹¹⁷³. Toutefois, même si le critère relatif à l'existence d'une « négociation individuelle » n'a pas fait l'objet d'une transposition en droit français¹¹⁷⁴, il reste que bien évidemment la Cour de justice de l'Union européenne fait régulièrement référence à ce critère¹¹⁷⁵ ce qui est rarement le cas de certaines juridictions françaises¹¹⁷⁶. Certaines cours d'appel¹¹⁷⁷ n'ont fait qu'évoquer dans leur motivation le critère relatif à la négociation des clauses arguées comme étant abusives sans développer plus en détail celui-ci. La Cour de cassation dans sa décision de rejet du pourvoi formé par un requérant a écarté un de ses moyens concernant l'application du critère de la négociation¹¹⁷⁸. En l'espèce, l'affaire concernait une clause attributive de juridiction insérée dans un contrat de consommation international et la Cour d'appel saisie de l'affaire avait déclaré valide ladite clause stipulée dans un contrat de cession de créance. Selon le pourvoi formé devant la Cour Régulatrice, cette clause devait pouvoir être, éventuellement d'office, déclarée abusive puisqu'elle n'avait pas fait l'objet d'une négociation individuelle et qu'elle « confère compétence exclusive au tribunal du siège du professionnel ». En effet, « en statuant ainsi,

civi., mai 2019 (actualisation : sept. 2020), n°38 ; M. POUMAREDE, « Droit de la responsabilité et des contrats » (sous la dir. de Ph. LE TOURNEAU), Dalloz action 2018/2019, 11^{ème} éd., chap. 3221, n°3221.53.

¹¹⁷¹ M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », JCP E, 2016, n° 14, 391. V. aussi : S. GAUDEMET, « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil », CCC, n°5, mai 2016, dossier 5, n°5.

¹¹⁷² « la loi du 10 janvier 1978 relative à la protection des consommateurs ne s'applique pas aux contrats souscrits par des commerçants ou professionnels, lesquels sont en mesure de déceler et de négocier les clauses qu'ils jugent abusives » (Cass. civ. 1^{ère}, 28 avr. 1987, n° 85-13.674).

¹¹⁷³ S. CHAUDOUET, « Le déséquilibre significatif », thèse, 2018, n°168, p. 141 : « Ainsi l'intégration de la condition de soumission dans ce dispositif serait-elle l'occasion de renouer avec le critère de la directive européenne - une clause rédigée préalablement par le professionnel sur le contenu de laquelle le consommateur n'a pu avoir aucune influence - et par là même avec la raison d'être de la lutte contre les clauses abusives ».

¹¹⁷⁴ Il convient également de noter que la France n'a pas transposée la limitation des clauses abusives à la stricte notion de consommateur conformément à la directive 93/13/CEE (où le consommateur est défini comme « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ») mais a souhaité élargir celle-ci aux non professionnels pouvant être à la différence des consommateurs des personnes morales. (v. en ce sens : art. L 212-2 Code de la consommation ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, n° 02-13.285). En effet, selon l'article liminaire du Code de la consommation le non professionnel désigne « toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles ».

¹¹⁷⁵ CJUE, 16 juill. 2020, n° C-224/19 ; CJUE, 9^{ème} ch., 2 juill. 2020, n° C-853/19 ; CJUE, 9 juill. 2020, 1^{ère} ch., n° C-81/19 ; CJUE, 7 nov. 2019, C-419/18 ; CJUE, 15 janv. 2015, n° C-537/13, *Birutė Šiba c/ Arūnas Devėnas* ; CJUE, 14 avr. 2016, C-381/14 ; CJUE, 14 mars 2013, C-415/11 *Mohamed Aziz c/ Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa* ; CJUE, 15 mars 2012, *Pereničová et Perenič*, C-453/10 ; CJUE, 6 déc. 2011, n° C-472/10 ; CJUE, 6 oct. 2009, C-40/08 ; CJUE, 4 juin 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, Rec. p. I-4713 ; CJUE, 26 oct. 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, Rec. p. I-1042 ; CJCE, 1^{er} avr. 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02, Rec. p. I-3403 ; CJCE, 27 juin 2000, *Oceano Grupo Editorial et Salvat Editores* C-240/98 à C-244/98, Rec p I-4941.

¹¹⁷⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 14 mars 2018, n° 17-10.320 ; CA, Rennes, ch. 2, 16 oct. 2020, n° 18/00194 ; CA, Metz, 1^{ère} ch., 7 nov. 2017, n° 16/01628.

¹¹⁷⁷ CA, Rennes, ch. 2, 16 oct. 2020, n° 18/00194 ; CA, Metz, 1^{ère} ch., 7 nov. 2017, n° 16/01628.

¹¹⁷⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 14 mars 2018, n° 17-10.320.

*sans rechercher si les circonstances de la conclusion du contrat de cession de créance rappelées par M. S. dans ses conclusions (p. 30-33) ne l'avaient pas privé de tout pouvoir de négociation vis-à-vis de la banque, rendant ainsi la clause attributive de juridiction abusive, la cour d'appel a refusé d'exercer son office et violé l'article L. 132-1 du code de la consommation, dans sa rédaction applicable à la cause, interprété au regard des articles 3 et 6 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 sur les clauses abusives, et l'article 12 du code de procédure civile ». Le requérant défendait donc une interprétation de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation à la lumière de la directive n°93/13/CEE qui selon lui devait inférer une obligation aux juges du fond de vérifier si les clauses arguées comme abusives avaient fait l'objet de négociations entre le professionnel et le consommateur. Or, la Cour de cassation a écarté ce moyen en rejetant le pourvoi en cassation formé, ce qui implicitement confirme que les juges du fond n'ont pas au regard du droit français l'obligation de vérifier si le contrat en cause a été négocié entre les parties. Une interprétation de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation conforme à la directive ne peut donc aboutir à imposer une telle obligation au juge français. Il est vrai toutefois que, même si ses recommandations n'ont pas de portée contraignante, la Commission des clauses abusives (CCA) a pu recommander d'éliminer certaines clauses susceptibles d'être abusives en tenant compte du critère du caractère librement négocié de ces dernières. Ce qui confirme que la vérification de ce critère est facultative et que la transposition effectuée par le législateur français (codifiée aujourd'hui à l'article L. 212-1 du Code de la consommation), laquelle élude le fait que des clauses soient « *négociées librement ou non* », n'impose pas aux juges du fond de mentionner ce critère dans le cadre de leur motivation. De même, sous l'empire de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à la loi du 1^{er} février 1995, la Cour de cassation a affirmé que « *le seul fait qu'un contrat relève de la catégorie des contrats d'adhésion ne suffit pas à démontrer que telle clause particulière a été imposée par un abus de puissance économique* »¹¹⁷⁹. Cette dernière a d'ailleurs eu l'occasion de réitérer sa position ultérieurement¹¹⁸⁰. Mais « *l'adhésion au contrat d'assurance de groupe, bien que conséquence d'une stipulation pour autrui, n'en crée pas moins, entre l'adhérent et l'assureur, qui l'agrée, un lien contractuel direct, de nature synallagmatique, dont les stipulations relèvent* » des dispositions de l'ancien article L. 132-1 du code de la consommation (l'actuel article L 212-1 du Code de la consommation)¹¹⁸¹. Par conséquent, le droit français de la consommation ne retient pas comme critère d'application le fait qu'un contrat ait fait l'objet de négociations entre les parties et ne permet donc pas d'éclairer les termes employés à l'article 1171 du Code civil de « *contrat d'adhésion* » et de « *clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties* ».*

II. La référence pertinente à la directive n°93/13/CEE (indépendamment du droit national)

A titre liminaire, il convient de faire une présentation générale de la directive n° 93/13/CEE s'agissant du critère de la négociation des clauses lequel limite son champ d'application. Le texte de la directive 93/13/CEE définit les clauses abusives comme celles relevant de la

¹¹⁷⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 mars 2002, n° 99-15.711.

¹¹⁸⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} févr. 2005, n° 03-18.795 : « *sans démontrer en quoi une telle clause avait été imposée par un abus de puissance économique, lequel ne résulte pas de la seule circonstance qu'il s'agissait d'un contrat d'adhésion* ».

¹¹⁸¹ Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2008, n° 05-21.822.

définition suivante : « *Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat* » (art. 3, directive n°93/13/CEE). La directive précise qu'« *Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion.* ». Le champ d'application de la directive se limite donc aux seules clauses n'ayant pas fait l'objet de négociation individuelle et que « *Le fait que certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée aient fait l'objet d'une négociation individuelle n'exclut pas l'application du présent article au reste d'un contrat si l'appréciation globale permet de conclure qu'il s'agit malgré tout d'un contrat d'adhésion. Si le professionnel prétend qu'une clause standardisée a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe.* ». Il ressort donc que l'éviction du régime juridique des clauses abusives nécessite de pouvoir requalifier un contrat qualifié à tort de contrat d'adhésion en contrat de gré à gré et le fait qu'une clause ait fait l'objet de négociation ne permet pas d'induire cette requalification. En revanche, la seule clause ayant fait l'objet de négociation individuelle pourra ne pas être soumise à la directive mais la charge de la preuve incombera aux professionnels qui devront démontrer le caractère négocié de ladite clause. Force est donc de constater que la qualification de contrat d'adhésion est déterminante pour l'application de la directive. Le consommateur se prévalant d'être victime d'une clause abusive n'aura qu'à démontrer qu'il a signé un contrat d'adhésion pour que la réglementation consumériste s'applique. Ce critère formel est donc prédominant en droit consumériste. D'ailleurs, la référence de la directive 93/13 aux « *clauses contractuelles rédigées en vue d'une utilisation généralisée dans des contrats conclus avec des consommateurs* » (considérant 23 de la directive 93/13) pour évoquer les clauses abusives n'est pas sans rappeler selon la célèbre formule de SALEILLES « *Les contrats d'adhésion, dans lesquels il y a prédominance exclusive d'une volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée* »¹¹⁸². Le fait que des clauses aient été rédigées préalablement constitue un indice important pour vérifier l'absence de négociation individuelle. En apparence, la formulation de la directive ne semble pas accorder d'importance à l'auteur matériel ou intellectuel des clauses, celles-ci ne n'étant pas considérées comme faisant « *l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu* » (art. 3.2 directive 93/13/CEE) et devant être rédigées « *en vue d'une utilisation généralisée dans des contrats conclus avec des consommateurs* » (art. 7.2 et considérant 23 de la directive 93/13/CEE). De sorte que l'auteur de ces clauses pourrait être le professionnel lui-même ou tout tiers (à l'instar d'une organisation professionnelle ou d'un professionnel du droit). Toutefois, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) ne semble pas aller en ce sens, selon elle, « *le système de protection mis en œuvre par la directive repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel, en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci.* »¹¹⁸³. La

¹¹⁸² R. SALEILLES, « *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand* », éd. F. Pichon, 1901, P. 229-230

¹¹⁸³ CJUE, 16 juill. 2020, n° C-224/19 ; CJUE, 9^{ème} ch., 2 juill. 2020, n° C-853/19 ; CJUE, 9 juill. 2020, 1^{ère} ch., n° C-81/19 ; CJUE, 7 nov. 2019, C-419/18 ; CJUE, 15 janv. 2015, n° C-537/13, *Birutė Šiba c/ Arūnas Devėnas* ; CJUE, 14 avr. 2016, C-381/14 ; CJUE, 14 mars 2013, C-415/11 *Mohamed Aziz c/ Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa* ; CJUE, 15 mars 2012, *Pereničová et Perenič*, C-453/10 ; CJUE, 6 déc. 2011, n° C-472/10 ; CJUE, 6 oct. 2009, C-40/08 ; CJUE, 4 juin 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, Rec. p. I-4713 ; CJUE,

CJUE résout ainsi l'ellipse mentionnée à l'article 3.2 de la directive concernant l'auteur des clauses, lequel prévoit qu'une clause ne fait pas l'objet de négociation lorsqu'elle a été « *rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu* ». L'auteur de ces clauses rédigées « *préalablement* » est donc le professionnel lui-même eu égard à la jurisprudence de la CJUE. En droit positif, la directive de 1993 n'admet pas que les clauses déterminées préalablement par des tiers (par exemple les organismes ou professionnels du droit) relèvent de clauses n'ayant pas fait l'objet de négociation individuelle. En droit prospectif, plusieurs propositions législatives européennes ont voulu englober également les clauses rédigées préalablement par un tiers. En ce sens, on peut citer la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente lequel ne fait pas de distinction selon que les clauses aient été rédigées par le professionnel directement ou par un tiers¹¹⁸⁴. On peut également citer la proposition de directive du 8 octobre 2008¹¹⁸⁵ prévoyant en son article 30 que « *Le présent chapitre s'applique aux clauses contractuelles rédigées par avance par le professionnel ou un tiers et que le consommateur a acceptées sans avoir la possibilité d'influer sur leur teneur, en particulier lorsque ces clauses font partie d'un contrat d'adhésion.* ». Si, depuis plusieurs directives importantes ont été adoptées concernant la protection des consommateurs comme la directive n°2011/83 ou n°2019/2161, « *La directive 93/13 n'a toujours pas été revue dans sa substance* »¹¹⁸⁶. Il apparaît qu'exclure l'application de la directive 93/13 pour la seule raison que les clauses arguées comme abusives n'ont pas été rédigées directement par le professionnel mais par l'entremise de tiers ne permettrait pas d'atteindre l'objectif fixé par la directive qui est de protéger efficacement les consommateurs¹¹⁸⁷. En effet, il serait ainsi aisé pour un professionnel de contourner l'application de cette réglementation. Toutefois, une telle revue de la directive 93/13 n'aurait que peu d'incidence en droit français, lequel n'a pas transposé l'exigence de négociation individuelle.

Aussi, il apparaît pertinent de savoir si l'exigence de négociation individuelle entre le consommateur et le professionnel doit concerner des clauses « *négociables* » ou des clauses « *négociés* ». La CJUE affirme de manière récurrente que « *le système de protection mis en œuvre par la directive repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel, en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de*

26 oct. 2006, Mostaza Claro, C-168/05, Rec. p. I-1042 ; CJCE, 1^{er} avr. 2004, Freiburger Kommunalbauten, C-237/02, Rec. p. I-3403 ; CJCE, 27 juin 2000, Oceano Grupo Editorial et Salvat Editores C-240/98 à C-244/98, Rec p 1-4941.

¹¹⁸⁴ Proposition de règlement relatif à un droit européen de la vente du 11 octobre 2011, n° 2011/0284, art. 7-5 : « *Dans un contrat entre un professionnel et un consommateur, les clauses contractuelles rédigées par un tiers sont considérées comme ayant été proposées par le professionnel, à moins d'avoir été insérées dans le contrat par le consommateur.* ». D'ailleurs, ladite proposition de règlement énonce qu'« *Une clause contractuelle n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle si elle est **proposée** par une partie (...)* » (Proposition de règlement n° 2011/0284, art. 7.1) et non si elle « *a été **rédigée** préalablement* » (directive n°93/13/CEE, art. 3.2). Le terme « *proposé* » en lieu et place du terme « *rédigé* » soulignant davantage l'indifférence à l'égard de l'auteur matériel ou intellectuel des clauses.

¹¹⁸⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits du consommateur, n°2008/0196, 8 oct. 2008.

¹¹⁸⁶ D. FENOUILLET in D. FENOUILLET, dir., « *Droit de la consommation, Droit interne et européen* », Dalloz action 2021/2022, n°031.42, p. 62.

¹¹⁸⁷ « *les deux programmes communautaires pour une politique de protection et d'information des consommateurs ont souligné l'importance de la protection des consommateurs dans le domaine des clauses contractuelles abusives ; que cette protection doit être assurée par des dispositions législatives et réglementaires, soit harmonisées au niveau communautaire, soit prises directement à ce niveau* » (directive 93/13/CEE, considérant 8).

celles-ci. »¹¹⁸⁸. Le fait pour le consommateur de « *pouvoir exercer une influence sur le contenu* » de ces clauses semble établir que la seule absence de « *négociabilité* » des clauses suffit à rendre potentiellement abusive ces dernières. Cette « *négociabilité* » des clauses dépend des modalités de formalisation des négociations par voie conventionnelle. C'est bien souvent un critère formel, la qualification de contrat d'adhésion qui permettra de retenir que des clauses n'étaient pas négociables. Selon la directive 93/13 « *Le fait que certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée aient fait l'objet d'une négociation individuelle n'exclut pas l'application du présent article au reste d'un contrat si l'appréciation globale permet de conclure qu'il s'agit malgré tout d'un contrat d'adhésion. Si le professionnel prétend qu'une clause standardisée a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe.* ». La qualification de contrat d'adhésion suppose que la quasi-totalité des clauses d'un contrat n'aient pas fait l'objet de négociations. Plusieurs éléments d'une clause ou une clause isolée ne permet pas d'écarter une telle qualification, une appréciation « *globale* » du contrat doit permettre de conclure s'il s'agit d'un contrat d'adhésion. Aussi, dans le texte de la directive 93/13, on peut se demander si une clause non négociée et rédigée préalablement par le professionnel puisse faire postérieurement l'objet de négociations individuelles avec le consommateur de sorte à ce que celle-ci soit reconnue comme librement négociée entre les parties. L'usage du passé composé pour évoquer les négociations individuelles pourrait permettre d'englober cette hypothèse, certes sans certitudes. Le texte exigeant uniquement que la clause ait fait effectivement l'objet de négociations entre les parties, sans préciser si ces dernières ont eu lieu *ab initio* ou ultérieurement. Une proposition de règlement relatif à un droit européen de la vente du 11 octobre 2011 faisait en ce sens la proposition suivante : « *Celle des parties qui prétend qu'une clause contractuelle fournie à titre de clause type a, depuis, fait l'objet d'une négociation individuelle supporte la charge de cette preuve.* »¹¹⁸⁹. Par ailleurs, la directive énonce que ne peuvent constituer des clauses abusives « *Les clauses contractuelles qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives (...) ne sont pas soumises aux dispositions de la présente directive.* » (directive n°93/13/CEE, art. 1-2). Le considérant 13 précise que cette référence aux dispositions législatives ou réglementaires impératives « *couvre également les règles qui, selon la loi, s'appliquent entre les parties contractantes lorsqu'aucun autre arrangement n'a été convenu* ». Or, la Commission européenne dans son rapport relatif à la directive n°93/13/CEE indique que « *l'expression "impératives" ne reflète pas la distinction habituellement faite en droit civil entre les dispositions contraignantes et les dispositions supplétives. (...) les dispositions reflétant des dispositions législatives ou réglementaires sont censées ne pas contenir de clauses abusives et peuvent donc être exclues du champ d'application de la directive, à condition que les Etats membres veillent à ce que les clauses abusives n'y figurent pas* »¹¹⁹⁰. Ces clauses reflétant des disposition légales ou réglementaires sont exclues du champ de la directive n°93/13/CEE car il est vrai que cela reviendrait « *à dire que la loi est illicite* »¹¹⁹¹ mais aussi parce que la clause serait alors prédéterminée par « *le législateur ou le pouvoir*

¹¹⁸⁸ CJUE, 16 juill. 2020, n° C-224/19 ; CJUE, 9^{ème} ch., 2 juill. 2020, n° C-853/19 ; CJUE, 9 juill. 2020, 1^{ère} ch., n° C-81/19 ; CJUE, 7 nov. 2019, C-419/18 ; CJUE, 15 janv. 2015, n° C-537/13, *Birutė Šiba c/Arūnas Devėnas* ; CJUE, 14 avr. 2016, C-381/14 ; CJUE, 14 mars 2013, C-415/11 *Mohamed Aziz c/ Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa* ; CJUE, 15 mars 2012, *Pereničová et Perenič*, C-453/10 ; CJUE, 6 déc. 2011, n° C-472/10 ; CJUE, 6 oct. 2009, C-40/08 ; CJUE, 4 juin 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, Rec. p. I-4713 ; CJUE, 26 oct. 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, Rec. p. I-1042 ; CJCE, 1^{er} avr. 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02, Rec. p. I-3403 ; CJCE, 27 juin 2000, *Oceano Grupo Editorial et Salvat Editores* C-240/98 à C-244/98, Rec p 1-4941.

¹¹⁸⁹ Proposition de règlement relatif à un droit européen de la vente du 11 octobre 2011, n° 2011/0284, art. 7-3.

¹¹⁹⁰ Rapport de la Commission sur l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclu avec les consommateurs, 27 avr. 2000, p. 15 ; v. aussi CJUE, 19 mars 2020, n° C-81/19, point 34.

¹¹⁹¹ X. LAGARDE, « *Qu'est-ce qu'une clause abusive ?* », JCP E, n° 17, 27 avr. 2006, 1663, n°5.

réglementaire »¹¹⁹². Il semblerait également que le professionnel qui laisse la possibilité au consommateur de choisir entre plusieurs clauses parmi celles proposées par le professionnel ne devrait pas satisfaire à l'exigence de négociation individuelle¹¹⁹³. La CJUE a pu donner quelques éléments permettant de caractériser l'existence de négociations entre les parties. Elle affirme qu'il convient de vérifier « *si le professionnel, en traitant de façon loyale et équitable avec le consommateur, pouvait raisonnablement s'attendre à ce que ce dernier accepte une telle clause à la suite d'une négociation individuelle.* »¹¹⁹⁴. Le professionnel doit donc apprécier lorsqu'il propose des clauses à un consommateur s'il pouvait « *raisonnablement s'attendre* » à ce que le consommateur accepte celles-ci. Cette formulation sibylline pourrait signifier que le professionnel ne devrait pas proposer des clauses excessivement et manifestement déséquilibrées ou désavantageuses au consommateur, dans une telle situation celui-ci ne pourrait donc s'attendre « *raisonnablement* » à ce que le consommateur ait accepté ces clauses dans le cas où celui-ci aurait pu les négocier librement. Il reste que le critère posé par la CJUE est fuyant et ne devrait concerner que des situations où la clause proposée au consommateur est particulièrement déséquilibrée de sorte que le professionnel ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le consommateur accepte une telle clause à la suite de négociations individuelles. En effet, « *il reste difficile d'imaginer des circonstances dans lesquelles il y aurait un déséquilibre significatif, c'est-à-dire une clause très désavantageuse pour le consommateur comparativement à la règle supplétive nationale, mais avec bonne foi, c'est-à-dire que le professionnel pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le consommateur accepte la clause dans le cadre d'une négociation individuelle* »¹¹⁹⁵. Ensuite, la directive prévoit des indications supplémentaires : « *dans l'appréciation de la bonne foi, il faut prêter une attention particulière à la force des positions respectives de négociation des parties, à la question de savoir si le consommateur a été encouragé par quelque moyen à donner son accord à la clause et si les biens ou services ont été vendus ou fournis sur commande spéciale du consommateur* » (directive n° 93/13/CEE, considérant 15). Un consommateur pourrait ainsi être incité à accepter une clause proposée par un professionnel en lui demandant de simplement accepter ou refuser en bloc des conditions générales d'utilisation (par exemple, via une case à cocher). La Commission européenne dans son rapport a pu également soulever des pratiques « *juridiquement inefficaces* » et « *hautement préjudiciables pour le consommateur* » à l'instar d' « *inclure des clauses dans les contrats par lesquelles le consommateur déclare avoir négocié et accepté expressément les clauses contractuelles générales* » et cela va « *parfois jusqu'à l'utilisation de contrats qui semblent être faits sur mesure pour le consommateur car ils sont entièrement produits par l'ordinateur au cas par cas et n'existent pas en version pré-imprimée!* »¹¹⁹⁶. Toute tentative de contournement de la réglementation applicable en vertu de la directive

¹¹⁹² S. CHAUDOUET, « *Le déséquilibre significatif* », thèse, 2018, n°666, p. 520.

¹¹⁹³ Proposition de règlement relatif à un droit européen de la vente du 11 octobre 2011, n° 2011/0284, art. 7-2 : « *Lorsque l'une des parties propose à l'autre un choix entre plusieurs clauses contractuelles, une clause ne sera pas considérée comme ayant fait l'objet d'une négociation individuelle du seul fait que l'autre partie a choisi l'une des clauses proposées.* » ; « *Pour prouver la négociation, il faut conserver les correspondances échangées, les éventuels accords préliminaires et les versions antérieures. Il ne suffit pas que le contractant ait eu le choix entre plusieurs solutions ou qu'il ait eu une invitation formelle à « faire des propositions » ou rejeter certaines clauses.* » (S. SCHILLER, « *L'acte rédigé par un notaire ou un avocat peut-il être qualifié de contrat d'adhésion ?* », JCP N., n° 39, 29 sept. 2017, 1271, n°5) ; v. également dans le même sens : S. CHAUDOUET, « *Le déséquilibre significatif* », thèse, 2018, n°793, p. 606-607 ; et s'agissant du droit allemand : Ch. DELANGLE, « *Le nouveau dispositif du Code civil consacré au contrat d'adhésion* », JCP E 2017, 1452, n° 6.

¹¹⁹⁴ CJUE, 14 mars 2013, C-415/11 Mohamed Aziz c/ Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa ; CJUE, 16 juill. 2020, n° C-224/19 ; CJUE, 3 oct. 2019, C-621/17 ; CJUE, ord., 22 févr. 2018, C-119/17.

¹¹⁹⁵ C. AUBERT DE VINCELLES, JCl. Europe, Fasc. 2010, « *Protection des intérêts économiques des consommateurs* », n°78.

¹¹⁹⁶ Rapport de la Commission sur l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 27 avr. 2000, p. 14-15.

93/13/CEE semblent vaines¹¹⁹⁷. La CJUE a eu l'occasion de préciser également que « *les clauses contractuelles qui ne font pas l'objet d'une négociation individuelle, notamment celles qui sont rédigées en vue d'une utilisation généralisée, ne contiennent pas, en tant que telles, des informations personnalisées relatives aux clients des avocats dont la révélation pourrait porter atteinte au secret de la profession d'avocat.* »¹¹⁹⁸. Certes, cette décision concernait une convention d'honoraire signée entre un avocat et son client mais peut être extrapolée à d'autres situations similaires. La CJUE met en opposition les clauses ayant pour finalité une « *utilisation généralisée* » et les clauses contenant des « *informations personnalisées* ». Celles-ci pourraient se manifester par tout ce qui mettrait en exergue l'*intuitu personae* entre les parties (encadrement contractuel adapté au projet du cocontractant, proposition d'une prestation sur mesure, importance de la personne du cocontractant etc.) ou encore par tout élément pouvant individualiser le contrat conclu avec le contractant (précision sur ses besoins, ses objectifs ou sur des modalités de paiement particulières). La Commission des clauses abusives (CCA) a également pu évoquer ce critère de la « *personnalisation* » des informations renseignées sur le contrat et recommande s'agissant de plusieurs typologies de contrats (adhésion à un club de sport, assurance de véhicules automobiles de tourisme, porteurs de cartes de paiement) de remettre un écrit « *personnalisé* » pour chaque contrat proposé¹¹⁹⁹. Ce critère peut être rapproché de l'obligation d'information en droit commun s'agissant d'une relation contractuelle entre un professionnel et un profane (en l'espèce, il ne s'agissait pas d'un consommateur) qui dans ce cas doit selon la Cour de cassation être matérialisée par une « *information circonstanciée et personnalisée* »¹²⁰⁰. Autrement dit, cette information devait être « *une adaptation du conseil à la situation réelle, concrète, de son destinataire. (...) l'information circonstanciée et personnalisée ne se comprend que comme une information traitée au regard de la situation particulière de son destinataire, ce qui implique un coût imputé au prestataire qui en est débiteur.* »¹²⁰¹. Comme le suggère la directive n°2019/6121 modernisant les règles de protection des consommateurs, un contrat conclu en ligne avec un consommateur pourrait être personnalisé au moyen de techniques de profilage et/ou prises de décisions automatisées¹²⁰²

¹¹⁹⁷ Rapport de la Commission sur l'application de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, 27 avr. 2000, p. 14 : « *il est illusoire de penser que les contrats de consommation de masse puissent véritablement contenir des clauses individuellement négociées autres que celles relatives aux caractéristiques du produit (couleur, modèle, etc.), au prix ou à la date de livraison du bien ou de prestation du service, toutes des clauses qui soulèveront rarement des questions relatives à son caractère abusif potentiel.* »

¹¹⁹⁸ CJUE, 15 janv. 2015, n° C-537/13, *Birutė Šiba c/Arūnas Devėnas*.

¹¹⁹⁹ CCA, Recommandation n°85-04 (6 déc. 1985), Contrats d'assurance dénommés « *multirisques habitation* » : « *1° Remise à l'assureur, au moment de la souscription, d'un document écrit unique et personnalisé, signé par les deux parties constatant le contrat et décrivant les garanties* » ; CCA, Recommandation n°87-03 (16 déc. 1987), Clubs de sport à caractère lucratif : « *1° Que soit remis au consommateur, au moment de l'adhésion au club, un document écrit unique et personnalisé, signé par les deux parties, constatant le contrat et décrivant les obligations de chacune des parties, sauf si le contrat ne porte que sur une prestation dont l'exécution est immédiate* » ; CCA, Recommandation n°89-01 (14 juill. 1989), Assurance des véhicules automobiles de tourisme : « *1. remise au preneur d'assurance, au moment de la souscription, d'un document écrit et personnalisé, signé par les deux parties, constatant le contrat, attestant la remise conjointe des conditions générales et particulières et décrivant les garanties, accompagné d'une copie du questionnaire rempli par le preneur, permettant à l'assureur d'apprécier les risques garantis* » ; CCA, Recommandation n°94-02 (27 sept. 1994), Contrats porteurs des cartes de paiement assorties ou non d'un crédit : « *2° Que soit remis au consommateur, au moment de son adhésion au contrat proposé, un document personnalisé, signé par les deux parties constatant le contrat et décrivant leurs obligations respectives* ».

¹²⁰⁰ Cass. civ., 1^{ère}, 2 juil. 2014, n° 13-10.076.

¹²⁰¹ Cass. civ., 1^{ère}, 2 juil. 2014, n° 13-10.076, CCC, n° 9, sept. 2014, comm. 71, note G. LOISEAU.

¹²⁰² Directive (UE) 2019/2161 du Parlement Européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), cons. 45 : « *Les professionnels peuvent*

sans préjudice au respect des dispositions de la directive n° 2011/83/UE (s'agissant notamment de l'obligation d'information du consommateur) et du règlement n° 2016/679 dit « *RGPD* » (s'agissant notamment du droit des personnes à ne pas être l'objet d'une prise de décision individuelle automatisée, y compris le profilage). Cette technique consisterait alors à réaliser « *une analyse et à un profilage du comportement du consommateur permettant aux professionnels d'évaluer le pouvoir d'achat de ce dernier* »¹²⁰³. A côté de ce critère de la « *personnalisation* », la CCA a également pu recommander que l'écrit remis au cocontractant soit « *unique* »¹²⁰⁴. Ce caractère « *unique* » peut se recouper à certains égards avec le caractère « *personnalisé* » du contrat remis, dans la mesure où plus le pollicitant met en œuvre des efforts pour personnaliser son offre, plus celle-ci ne peut être transposée à l'égard d'un autre contractant. Mais ce caractère « *unique* » ou non peut aussi être démontré en comparant le contrat litigieux avec les autres contrats proposés aux autres contractants pour les mêmes produits ou services. En ce sens, la CJUE a reconnu que le consommateur peut réclamer au professionnel la communication de contrats similaires à celui qu'il a signé pour démontrer si le contrat a fait l'objet de négociations ou non¹²⁰⁵. La comparaison du contrat signé avec d'autres contrats similaires peut donc permettre d'apporter la preuve de l'absence ou non de négociation. A titre d'illustration, la Cour de cassation a pu confirmer le raisonnement des juges de la Cour d'appel de Versailles qui en mentionnant notamment l'article 3.2 de la directive 93/13 ont affirmé que « *Conforte le caractère standardisé de la clause rédigée en français le fait qu'elle soit identique, dans ses modalités, à celle figurant en langue espagnole dans les conditions générales de ladite offre.* »¹²⁰⁶.

III. La référence pertinente à l'article L. 442-1, 2° du Code de commerce

Parmi les pratiques restrictives de concurrence consacrées en droit de la concurrence (rupture brutale d'une relation commerciale établie, obtention d'un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné, revente à perte etc.), lesquelles visent à sanctionner un comportement en lui-même¹²⁰⁷, figure à l'article L 442-1 du Code de commerce le fait « *De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.* ». Cet article a été

personnaliser le prix de leurs offres pour des consommateurs ou des catégories de consommateurs spécifiques au moyen d'une prise de décision automatisée qui procède à une analyse et à un profilage du comportement du consommateur permettant aux professionnels d'évaluer le pouvoir d'achat de ce dernier. ».

¹²⁰³ Directive (UE) 2019/2161, cons. 45.

¹²⁰⁴ CCA, Recommandation n°85-04 (6 déc. 1985), Contrats d'assurance dénommés « *multirisques habitation* » : « *1° Remise à l'assureur, au moment de la souscription, d'un document écrit **unique** et personnalisé, signé par les deux parties constatant le contrat et décrivant les garanties* » ; CCA, Recommandation n°87-03 (16 déc. 1987), Clubs de sport à caractère lucratif : « *1° Que soit remis au consommateur, au moment de l'adhésion au club, un document écrit **unique** et personnalisé, signé par les deux parties, constatant le contrat et décrivant les obligations de chacune des parties, sauf si le contrat ne porte que sur une prestation dont l'exécution est immédiate* ».

¹²⁰⁵ CJUE, 9^{ème} ch., 2 juill. 2020, n° C-853/19 : « ***un professionnel est tenu, dans le cas où ce dernier refuse, en dépit d'une demande qui lui a été faite en ce sens, de lui communiquer les contrats similaires qu'il a conclus avec d'autres consommateurs, de mettre en œuvre les règles procédurales nationales dont il dispose afin d'apprécier si les clauses d'un tel contrat ont fait l'objet d'une négociation individuelle.*** ».

¹²⁰⁶ CA, Versailles, 14^{ème} ch., 15 févr. 2018, n° 17/03779, confirmé par Cass civ. 1^{ère}, 30 sept. 2020, n° 18-19.241.

¹²⁰⁷ Classiquement, il existe en droit de la concurrence une distinction entre, d'une part, les pratiques restrictives de concurrence et les pratiques anticoncurrentielles (abus de position dominante, abus de dépendance économique, etc.) ; les premières peuvent être sanctionnées *per se*, en elle-même, alors que les secondes impliquent la démonstration d'une restriction de la concurrence, d'une atteinte au jeu de la concurrence sur un marché.

introduit par la Loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 laquelle a été jugée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 janvier 2011¹²⁰⁸. On ne peut que constater les similitudes entre ce déséquilibre significatif et celui déjà abordé prévu en droit de la consommation (L. 212-1 du Code de la consommation). Le Conseil constitutionnel pour valider la conformité de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce à la Constitution avait d'ailleurs indiqué l'analogie qu'il était possible d'établir avec le droit consommériste de sorte que le risque d'arbitraire et d'atteinte au principe de légalité des délits et des peines ne serait donc établi. Selon le Conseil, « *le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du code de la consommation reprenant les termes de l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 susvisée ; qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire* »¹²⁰⁹. La source d'inspiration issue du droit consommériste paraît donc difficilement contestable et le fait de s'y référer participe même à la constitutionnalité de l'article L. 442-1, 2° du Code de commerce. Le Professeur CATALA admettait que « *Le mot-clef étant le même, il ne peut signifier le contraire à un code de distance* »¹²¹⁰. Toutefois, si ces deux notions de déséquilibre significatif consacrées en droit consommériste et en droit de la concurrence présentent des similitudes, la jurisprudence « *n'exclut pas qu'il puisse exister entre elles des différences de régime tenant aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines, en particulier quant à la catégorie des personnes qu'il a entendu protéger et à la nature des contrats concernés* »¹²¹¹. Similarité certes mais pas identité. Il revient alors de déterminer la spécificité de l'appréciation du critère relatif aux clauses « *non négociables* » à l'article L. 442-1, 2° du Code de commerce réalisée par la jurisprudence pour démontrer le fait « *De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations* ». Nous verrons que l'existence de négociations entre les parties est appréciée avant et pendant le déroulement des négociations entre les parties : d'une part, avant leur déroulement, le pouvoir de négociation peut être déséquilibré en raison de la structure d'ensemble du marché (critère structurel)(A.) et des modalités d'élaboration des clauses (critère formel)(B.) et d'autre part, pendant les négociations, les négociations doivent avoir eu effectivement lieu et aucun acte ne devra être de nature à rendre impossible leur bon déroulement (critère substantiel)(C.).

A) L'absence de pouvoir de négociation en raison de la structure d'ensemble du marché (critère structurel)

Ce critère posé par la jurisprudence constitue un indice important permettant de démontrer l'absence de négociations entre les parties. La Cour de cassation initialement affirmait « *qu'étant saisie de la licéité de clauses de la convention de partenariat proposée à tous les fournisseurs en 2009 et les sociétés Carrefour n'ayant pas allégué que certains d'entre eux, à raison de leur puissance économique, du nombre important de références qu'ils proposaient ou de leur caractère incontournable, seraient parvenus à obtenir la suppression des clauses litigieuses dans le cadre de négociations, la cour d'appel a pu se référer à la structure du secteur de la distribution alimentaire en France pour caractériser l'existence d'une soumission ou d'une tentative de soumission au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de*

¹²⁰⁸ Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85.

¹²⁰⁹ Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85.

¹²¹⁰ P. CATALA, « *Des contrats déséquilibrés* », étude F.-C. Jeantet, LexisNexis, 2010, p. 86.

¹²¹¹ Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547.

commerce »¹²¹². Il ressortait de cette décision que la puissance économique d'une partie en raison de la structure d'ensemble du secteur de la distribution alimentaire en France pouvait permettre de caractériser une « *soumission* » ou une « *tentative de soumission* », donc l'absence de négociations entre les parties. Bien sûr, cette décision n'instaure pas une présomption de preuve en cas de puissance économique d'une des parties¹²¹³, même si certains ont pu affirmer que celle-ci laissait « *percevoir un déplacement du fardeau sur la partie ayant la plus grande puissance de négociation. Alors qu'il aurait été a priori logique de faire peser la charge de la preuve sur la partie qui revendique l'application du texte, la Cour de cassation semble se contenter d'une présomption déduite de la structure du secteur.* »¹²¹⁴. En effet, une telle position reviendrait à appliquer quasi-systématiquement l'article L. 441-2 2° du Code de commerce aux grands acteurs économiques de la grande distribution ce qui ferait de ces derniers des suspects du seul fait de leur position économique favorable sur le marché. Un des arguments invoqués par les requérants à la Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) dirigée contre cet article était de soutenir que la possibilité d'établir ce déséquilibre significatif en tenant compte de circonstances relatives à la structure économique du marché constitue une atteinte à la présomption d'innocence. Le Conseil constitutionnel a écarté cet argument ainsi que la QPC dans son intégralité et confirmé la constitutionnalité de ce dispositif légal¹²¹⁵. Seulement, la jurisprudence postérieure à cette décision du 4 octobre 2016¹²¹⁶ est venue confirmer qu'il ne devait pas être déduit un déplacement, voire même un inversement de la charge de la preuve dans le cadre de la démonstration de la soumission ou tentative de soumission. Un arrêt du 26 avril 2017¹²¹⁷ rendu par la Chambre commerciale relève s'agissant d'un mécanisme d'établissement d'avoirs au titre de méventes que « *la société Darty était un intermédiaire incontournable pour les fournisseurs compte tenu de sa position de leader de la distribution sur les marchés en cause et qu'elle disposait de ce fait d'une puissance de négociation incontestable* ». Ce constat ne dispense toutefois pas la Cour de cassation de relever d'autres indices à l'instar de la rédaction identique des clauses litigieuses ou de l'absence de pièces versées aux débats révélant une « *véritable discussion* » entre les parties. La Cour de cassation en conclut ainsi que la Cour d'appel « *a fait ressortir le caractère intangible de ce mécanisme et l'absence de marge de négociation des fournisseurs en cause* » ce qui a permis d'établir la soumission. Il apparaît ici que, sans l'affirmer de manière expresse, la Cour Régulatrice fonde son raisonnement sur un faisceau d'indices et que la seule circonstance résultant de la position de force d'un contractant sur un marché donné ne permet pas de présumer l'existence d'une soumission ou d'une tentative de soumission. Ensuite, la Cour d'appel de Paris est venue affirmer sans équivoque que « *Si, de manière générale, la structure d'ensemble du marché de la grande distribution peut constituer un indice de rapports de forces déséquilibrés, se prêtant difficilement à des négociations véritables entre distributeurs et fournisseurs, cette seule considération ne peut suffire à démontrer l'élément de soumission ou de tentative de soumission. Cet indice doit être complété par d'autres indices.* »¹²¹⁸. Il est donc clair que la structure d'un marché révélant un rapport de force déséquilibré entre les parties constitue un simple indice, lequel doit être complété par d'autres indices. Un jugement rendu concernant le géant du e-commerce Amazon abonde également en ce sens, celui-ci rappelle que la jurisprudence pour établir la soumission ou tentative de soumission se fonde « *sur un*

¹²¹² Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013.

¹²¹³ V. par exemple : Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823, JCP E, n° 25, 18 juin 2020, 1236, note E. GUEGAN.

¹²¹⁴ Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013 : CCC, n° 12, déc. 2016, comm. 253, note N. MATHEY.

¹²¹⁵ Cons. Const. 30 nov. 2018, n° 2018-749.

¹²¹⁶ Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013.

¹²¹⁷ Cass. com. 26 avr. 2017, n° 15-27.865.

¹²¹⁸ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 16 mai 2018, n° 17/11187.

faisceau d'indices : rôle incontournable de l'une des deux parties, puissance de négociation de la société qui occupe une position de leader sur le secteur économique concerné par sa taille et sa notoriété, intermédiaire incontournable sur le marché pertinent, absence de marge réelle de négociation des cocontractants, clause dénoncée se retrouvant dans tous les contrats, clause générale et imprécise dans tous les contrats (...) »¹²¹⁹. C'est finalement l'arrêt rendu par la Cour de cassation, le 20 novembre 2019¹²²⁰, qui confirme cette jurisprudence, selon ce dernier « **si la structure d'ensemble du marché de la grande distribution peut constituer un indice de l'existence d'un rapport de force déséquilibré, se prêtant difficilement à des négociations véritables entre distributeurs et fournisseurs, ce seul élément ne peut suffire et doit être complété par d'autres indices établissant l'absence de négociation effective** ». Il ne s'agit pas véritablement d'un revirement de jurisprudence¹²²¹, puisque les juges n'ont pas, par le passé, réellement établi un inversement de la charge de la preuve, de sorte que cet arrêt constitue davantage une clarification de la position de la jurisprudence. Par conséquent, si le critère structurel tiré de la structure d'ensemble du marché constitue un indice pour démontrer la soumission ou tentative de soumission, celui-ci ne peut suffire à lui seul et doit être complété par d'autres indices complémentaires.

B) L'absence de pouvoir de négociation en raison des modalités de formalisation des clauses négociées (critère formel)

A titre liminaire, il est largement admis par les juges que l'absence ou la quasi-absence de tout pouvoir de négociation contribue à caractériser l'absence de négociation entre les parties. Plusieurs décisions font référence à cette asymétrie dans le pouvoir de négocier. Bien souvent, les termes retenus par les juges pour y faire référence sont « *l'absence de marge réelle de négociation* »¹²²², « *l'absence de marge de négociation* »¹²²³, la « *marge de négociation extrêmement réduite* »¹²²⁴, « *L'existence ou non d'un pouvoir de négociation* »¹²²⁵, ou encore l'« *absence de pouvoir de négociation* »¹²²⁶. La preuve de cette absence de pouvoir de négociation, préalablement au commencement effectif des négociations entre les parties, repose sur un faisceau d'indices auquel se reporte la jurisprudence. La plupart du temps pour démontrer l'absence de pouvoir de négociation la jurisprudence s'appuie sur une pluralité d'indices sans qu'il soit nécessaire de cumuler l'ensemble de ces derniers, il s'agit seulement d'éléments relatifs aux modalités de formalisation des clauses établissant que ces dernières n'ont pas pu faire l'objet de négociations. Ainsi, l'absence de pouvoir de négociation peut fréquemment s'inférer du caractère « *pré-rédigé* »¹²²⁷, « *intangible* »¹²²⁸, « *systématique* »¹²²⁹, ou « *identique* »¹²³⁰ des

¹²¹⁹ T. com. Paris, 2 sept. 2019, n° 2017050625.

¹²²⁰ Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823.

¹²²¹ Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823 : JCP, n° 1-2, 13 janv. 2020, note N. DISSAUX.

¹²²² Cass. com. 26 avr. 2017, n° 15-27.865 ; T. com. Paris, 2 sept. 2019, n° 2017050625.

¹²²³ Cass. com. 26 avr. 2017, n° 15-27.865.

¹²²⁴ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 1^{er} juill. 2020, n° 18/16622.

¹²²⁵ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 1^{er} juill. 2020, n° 18/16850.

¹²²⁶ CA, Paris, pôle 2, ch. 2, 15 oct. 2020, n° 17/10743.

¹²²⁷ Cass. com. 26 avr. 2017, n° 15-27.865 : « *Attendu, en second lieu, qu'ayant relevé, d'abord, que la société Darty était un intermédiaire incontournable pour les fournisseurs (...) et qu'elle disposait de ce fait d'une puissance de négociation incontestable, ensuite, que la clause dénoncée était insérée dans tous les contrats déferés (...)* » ; Cass. com. 3 mars 2015, n° 13-27.525 : « *qu'il retient également que cette annexe pré-rédigée ne comporte pas d'espace libre pour en modifier le contenu, à la différence des autres annexes, et ne fait pas l'objet de négociations véritables, eu égard à l'uniformité du taux de service qui ne distingue pas selon la nature de l'activité et la relation existante (...) qu'en cet état, la cour d'appel, (...), a caractérisé le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* » ; Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547 : « *qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, faisant ressortir que les clauses litigieuses pré-rédigées par le Galec*

clauses litigieuses. De façon similaire, l'absence de pouvoir de négociation est aussi établie par la qualification de « *contrat d'adhésion* »¹²³¹, de « *contrat-type* »¹²³² ou « *modèle-type* »¹²³³

constituaient une composante intangible de tous les contrats examinés et n'avaient pu faire l'objet d'aucune négociation effective » ; Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823 : « la cour d'appel a retenu qu'il n'était pas établi que les clauses litigieuses **pré-rédigées** par la société ITM alimentaire international constituaient une composante intangible des cinq contrats examinés et n'avaient pu faire l'objet d'aucune négociation effective, ce dont elle a déduit que la preuve de la soumission ou tentative de soumission (...) n'était pas rapportée » ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 21 juin 2017, n° 15/18784 : « Les différences signalées dans certains contrats produits par les sociétés du groupe Expedia, pour démontrer l'absence de contrainte pesant sur les hôtels, sont de pure forme, et tiennent au seul fait que deux versions des contrats coexistent dans les contrats soumis à l'appréciation de la cour, selon que le contrat **pré rédigé** est celui de Vacation Sport ou de WWTE Travel Ltd. Ces différences de détail ne sauraient en elles-mêmes témoigner de l'existence de véritables négociations. Les sociétés du groupe Expedia, acteur important de la réservation hôtelière en ligne, étaient donc en mesure de « soumettre ou tenter de soumettre » les hôteliers à des obligations déséquilibrées. ».

¹²²⁸ Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823 : « qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, (...) la cour d'appel a retenu qu'il n'était pas établi que les clauses litigieuses pré-rédigées par la société ITM alimentaire international constituaient une **composante intangible** des cinq contrats examinés et n'avaient pu faire l'objet d'aucune négociation effective, (...) » ; Cass. com. 26 avr. 2017, n° 15-27.865 : « la cour d'appel, qui a fait ressortir le **caractère intangible** de ce mécanisme et l'absence de marge de négociation des fournisseurs en cause, a pu retenir, (...) que la soumission de ces derniers était ainsi établie » ; Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547 : « qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, faisant ressortir que les clauses litigieuses pré-rédigées par le Galec constituaient une **composante intangible** de tous les contrats examinés et n'avaient pu faire l'objet d'aucune négociation effective, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a caractérisé la soumission requise (...) » ; Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907 : « les délais impartis pour le règlement des marchandises du fournisseur étant négociables tandis que ceux impartis pour le paiement des prestations du distributeur restent **intangibles**, ce dont elle a déduit un déséquilibre significatif au détriment du fournisseur » ; Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387 : « qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dont elle a déduit l'**intangibilité** des conditions d'achat du GALEC, leur systématisation excluant toute négociation véritable, (...), la cour d'appel a pu retenir l'existence d'un déséquilibre significatif, au sens de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce, dans les droits et obligations des parties, au détriment des fournisseurs ».

¹²²⁹ Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387 : « qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dont elle a déduit l'intangibilité des conditions d'achat du GALEC, **leur systématisation** excluant toute négociation véritable, (...), la cour d'appel a pu retenir l'existence d'un déséquilibre significatif, au sens de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce, dans les droits et obligations des parties, au détriment des fournisseurs » (...) Attendu, d'autre part, qu'ayant constaté que l'article 4.3 a de l'annexe III du contrat-cadre imposait aux fournisseurs un délai de 30 jours pour le règlement des prestations de services de coopération commerciale tandis que le paiement des marchandises par le GALEC avait lieu à 30, 45, 50 ou 60 jours et relevé le **caractère systématique** de la clause de délai de trente jours, l'absence de toute négociation et l'écart ainsi créé dans les délais de paiement accordés aux parties, la cour d'appel, (...), a pu retenir, (...), que la distorsion en matière de délais de paiement entre le GALEC et ses fournisseurs qui résultait de la clause de délai de 30 jours imposée à ces derniers créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au détriment des fournisseurs ».

¹²³⁰ Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823 : « l'arrêt retient que, s'il a pu être déduit, dans certains cas, un indice de soumission ou de tentative de soumission de déséquilibre significatif, de l'adoption, par un certain nombre de fournisseurs, de **clauses identiques** qui leur étaient manifestement défavorables (...) » ; Cass. com. 26 avr. 2017, n° 15-27.865 : « l'arrêt constate que la clause de mévente des produits a été insérée dans tous les contrats invoqués par le ministre, selon une **rédaction identique** (...) qu'en l'état de ces seules constatations et appréciations, (...) la cour d'appel (...) a pu retenir, (...), que la soumission de ces derniers était ainsi établie ».

¹²³¹ Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907 : « les contrats étaient exécutés sans qu'il soit donné suite aux réserves ou propositions d'avenants, de sorte qu'ils constituaient de véritables **contrats d'adhésion** ne donnant lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses, la cour d'appel, qui a souverainement apprécié les éléments de la cause, a légalement justifié sa décision » ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 17 juin 2020, n° 18/23452 : « Les deux éléments constitutifs de cette pratique restrictive de concurrence sont, en premier lieu, la soumission ou la tentative de soumission et, en second lieu, l'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif. L'insertion de clauses dans une convention type ou un **contrat d'adhésion** qui ne donne lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses peut constituer ce premier élément » ; CA, Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 4 déc. 2018, n° 16/01869 : « En l'espèce, la soumission est constituée par l'absence de négociation. Il est contraint de souscrire un **contrat d'adhésion**. Les contrats liant HELWIG et DACHSER (et auparavant Graveleau) sont bien des **contrats d'adhésion** qui lui sont imposés. Il est soutenu que le sous-traitant ne peut que parapher les

, il apparaît donc que « *Le rapprochement avec l'un des critères requis pour la sanction du déséquilibre significatif en droit commun est évident* »¹²³⁴ car « *C'est le concept de contrat d'adhésion qui est inscrit ici en filigrane* »¹²³⁵. Et celui-ci est formé avant et pendant les négociations contractuelles ; comme le souligne le Professeur BERLIOZ, le contrat d'adhésion est celui « *dont le contenu contractuel a été fixé, totalement ou partiellement, de façon abstraite et générale avant la période contractuelle* »¹²³⁶. Ainsi, comme d'autres auteurs l'affirment, ce contrat porte une attention particulière « *sur le problème de la formation du*

*contrats-types en bas de page et les signer sans possibilité de les modifier. De même, ces contrats renvoient pour un certain nombre d'obligations du sous-traitant à « la charte sous-traitance », laquelle n'est évidemment pas négociée par le sous-traitant et ne lui a même pas été communiquée. Egalement, les modalités de fixation des prix ne renvoient qu'à une annexe rédigée par DACHSER et qui ne permet aucunement au sous-traitant d'avoir la garantie que le prix facturé lui sera effectivement payé. Il existe en l'espèce un rapport de force très largement favorable à DACHSER. A titre d'exemple, souhait d'une augmentation du prix de 6%, DACHSER impose 1%, HELWIG facture 3%, DACHSER paye 1%. L'état de dépendance économique serait indifférent en l'espèce, car seule la soumission, entendue comme la conclusion d'un **contrat d'adhésion** est une condition de mise en œuvre de l'article 442-6 du code de commerce sur lequel elle se fonde, (et non sur 440-2). » ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 13 juin 2018, n° 15/14893 : « Les deux éléments constitutifs de cette pratique restrictive de concurrence sont, en premier lieu, la soumission ou la tentative de soumission et, en second lieu, l'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif. L'insertion de clauses dans une convention type ou un **contrat d'adhésion** qui ne donne lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses peut constituer ce premier élément. » ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 21 juin 2017, n° 15/18784 : « Les deux éléments constitutifs de cette pratique restrictive de concurrence sont donc, en premier lieu, la soumission ou la tentative de soumission et, en second lieu, l'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif. L'insertion de clauses dans une convention type ou un **contrat d'adhésion** qui ne donne lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses peut constituer ce premier élément. » ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 19 avr. 2017, n° 15/24221 : « Les deux éléments constitutifs de cette pratique restrictive de concurrence sont donc en premier lieu la soumission ou la tentative de soumission et en second lieu l'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif. L'insertion de clauses dans une convention type ou un **contrat d'adhésion** qui ne donne lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses peut constituer ce premier élément. »*

¹²³² Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013 : « Et attendu, en second lieu, que l'article L. 442-6, I, 2° précité prohibant tant le fait de soumettre que celui de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, ce texte peut s'appliquer à un **contrat-type** proposé à des fournisseurs » ; CA, Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 4 déc. 2018, n° 16/01869 : « En l'espèce, la soumission est constituée par l'absence de négociation. Il est contraint de souscrire un contrat d'adhésion. Les contrats liant HELWIG et DACHSER (et auparavant Graveleau) sont bien des contrats d'adhésion qui lui sont imposés. Il est soutenu que le sous-traitant ne peut que parapher les **contrats-types** en bas de page et les signer sans possibilité de les modifier. (...) » ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 13 juin 2018, n° 15/14893 : « Les deux éléments constitutifs de cette pratique restrictive de concurrence sont, en premier lieu, la soumission ou la tentative de soumission et, en second lieu, l'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif. L'insertion de clauses dans une **convention type** ou un **contrat d'adhésion** qui ne donne lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses peut constituer ce premier élément. » ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 21 juin 2017, n° 15/18784 : « Les deux éléments constitutifs de cette pratique restrictive de concurrence sont donc, en premier lieu, la soumission ou la tentative de soumission et, en second lieu, l'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif. L'insertion de clauses dans une **convention type** ou un **contrat d'adhésion** qui ne donne lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses peut constituer ce premier élément. » ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 19 avr. 2017, n° 15/24221 : « Les deux éléments constitutifs de cette pratique restrictive de concurrence sont donc en premier lieu la soumission ou la tentative de soumission et en second lieu l'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif. L'insertion de clauses dans une **convention type** ou un **contrat d'adhésion** qui ne donne lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses peut constituer ce premier élément. ».

¹²³³ Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387 : « l'arrêt relève que ces conditions générales sont établies à partir d'un **modèle-type**, figurant dans chacun des contrats, dont le GALEC invoque la négociation sans en justifier, faisant ainsi ressortir que celui-ci a imposé ses conditions d'achat à ses fournisseurs, sans possibilité de négociation ».

¹²³⁴ G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », Rép. dr. civi., mai 2019 (actualisation : sept. 2020), n°133.

¹²³⁵ E. MOUJAL BASSILANA, JCI. Concurrence – Consommation, Fasc. 730 : le déséquilibre significatif. – Article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, 7 juill 2015, n°58.

¹²³⁶ G. BERLIOZ, « Le contrat d'adhésion », thèse, LGDJ, 1973, n° 41, p. 27.

lien contractuel »¹²³⁷. Toutefois, une décision intéressante rendue par la Cour d'appel de Paris précise que la seule « *existence d'un contrat d'adhésion ne suffit pas à caractériser la preuve de l'absence de pouvoir réel de négociation de celui qui se prétend victime d'une soumission ou d'une tentative de soumission à un déséquilibre significatif mais il doit le prouver, par exemple en démontrant l'exclusion de toute possibilité de négociation.* »¹²³⁸. En l'espèce, la société Davyco faisait valoir que la société Système U lui imposait des conventions de référencement s'apparentant à des contrats d'adhésion sans qu'aucune négociation n'ait eu lieu entre les parties. S'il est vrai que ces conventions revêtaient la qualification de contrats d'adhésion, la Cour d'appel relève que les clauses litigieuses « *démontrent l'existence de discussions entre les parties en ce qu'elles doivent être adaptées au marché en cause et différentes selon chaque situation économique.* » et que « *Les conventions étant renouvelées annuellement, Davyco avait également la possibilité de se saisir de ces dispositions pour renégocier des clauses, l'ancienneté et le volume d'activité réalisés permettant de peser dans la négociation. Elle ne démontre avoir effectué aucune démarche en ce sens.* ». La Cour d'appel n'a pas retenu de soumission ou tentative de soumission. Il ressort de cette décision que la seule démonstration de contrats d'adhésion signés entre les parties prouve l'absence de négociation *ab initio* mais pas « *l'exclusion de toute possibilité de négociation* ». En effet, la démonstration du critère formel matérialisé souvent par la preuve d'un contrat d'adhésion ou contrat type ne peut suffire dans la mesure où le critère substantiel n'est pas démontré, c'est-à-dire que malgré cette absence de négociation en amont, les parties ont tout de même eu la possibilité de négocier en aval et ainsi de régulariser cette absence de négociation initiale. Autrement dit, le critère formel est *per se* insuffisant, l'essentiel étant que le critère substantiel soit satisfait ; l'article L. 441-2 2° du Code de commerce pose donc la prééminence au critère substantiel par rapport au critère formel. Dans le même sens, d'autres cours d'appel estiment que les contrats d'adhésion « *ne permettent pas a priori de négociations entre les parties* »¹²³⁹, ce qui *a contrario*, signifie qu'*a posteriori* l'existence de négociation entre les parties peut exister nonobstant la conclusion d'un contrat d'adhésion. Aussi, la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) reconnaît que « *Proposer des clauses pré rédigées n'est toutefois pas interdit dès lors que celles-ci peuvent être modifiées à l'issue d'une réelle négociation entre les parties.* »¹²⁴⁰. En plus du critère formel, le critère substantiel doit donc être démontré. En ce sens, Mme MARTIN affirme que « *modèle des relations consuméristes, le contrat d'adhésion fait donc, au contraire, figure d'« anti-modèle » des relations entre professionnels* »¹²⁴¹.

C) L'absence de réalisation de négociations effectives (critère substantiel)

Comme expliqué, le critère substantiel est essentiel pour démontrer une « *soumission* » ou une « *tentative de soumission* ». A la différence des critères structurels et formels se situant en amont de la période effective de négociation, l'objet du critère substantiel est de démontrer que lors des négociations, aucune négociation effective n'a pu être réalisée entre les parties. Alors que les critères structurels et formels relèvent davantage d'éléments contextuels ou préparatoires défavorables à ce que des négociations aient lieu, le critère substantiel concerne de manière effective et pratique l'existence ou non de négociation entre parties malgré

¹²³⁷ F. COLOMBAN, « *L'excès de pouvoir contractuel* », thèse, 1935, p.2.

¹²³⁸ CA, Paris, pôle 5, ch. 5, 9 juill. 2020, n° 17/18660.

¹²³⁹ CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 19 avr. 2019, n° 16/14293 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 11 oct. 2017, n° 15/03313.

¹²⁴⁰ CEPC, avis, 5 mars 2009, n° 09-05.

¹²⁴¹ A.-C. MARTIN, « *Le contrat d'adhésion en droit de la consommation et de la concurrence* », RDC 2019, 4 juin 2019, n° 2, p. 128.

l'existence de ces éléments structurels et formels. Ainsi, dans le cadre de la caractérisation de ce critère substantiel, il conviendra de démontrer que les parties n'ont pu effectivement négocier certaines clauses. Tout d'abord, cette absence de négociation entre les parties sera démontrée par la preuve de l'inexistence effective de négociations entre les parties en tenant compte des correspondances échangées. Surtout, l'absence de négociations sera démontrée par la réalisation d'actes contredisant l'existence de toute négociation effective ; il peut s'agir d'actes positifs ou de commission mais aussi d'actes négatifs ou d'omission. Les actes de commission contredisant l'existence de négociations effectives consistent à faire « *l'usage de menaces ou de mesures de rétorsion visant à forcer l'acceptation impliquant cette absence de négociation effective* »¹²⁴². Ces actes peuvent aussi se matérialiser par le fait d'ordonner à une partie, se trouvant dans un rapport de force défavorable et sans son acceptation, de renoncer à une contrepartie financière notamment concernant la rémunération pour la distribution de chaînes en clair de la TNT¹²⁴³. De même, ces actes peuvent consister pour un distributeur à appliquer unilatéralement une réduction (en l'occurrence, des codes promotionnels) sur des produits « *non consentie ni négociée par son fournisseur* »¹²⁴⁴. A côté de ces actes de commission, peuvent être également établis des actes d'omission, lesquels manifestent le refus d'une partie de négocier effectivement certaines clauses du contrat. Selon la jurisprudence, il doit ainsi être démontré par la partie souhaitant démontrer l'absence de

¹²⁴² CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 18 nov. 2020, n°19/04765 : « *Concernant la soumission ou tentative de soumission, qui est le premier élément constitutif de la pratique de déséquilibre significatif, cette condition implique de démontrer l'absence de négociation effective de la clause litigieuse, pour un motif tenant au rapport de force déséquilibré au détriment de la société Molotov, ou l'usage de menaces ou de mesures de rétorsion visant spécifiquement à forcer l'acceptation de cette clause, dans la mesure où celle-ci se trouverait être défavorable à la société Molotov. (...)* » ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 18 nov. 2020, n° 19/12813 : « *Concernant la soumission ou de la tentative de soumission, cette condition implique de démontrer l'absence de négociation effective des clauses incriminées ou l'usage de menaces ou de mesures de rétorsion visant à forcer l'acceptation.* » ; CA, Paris, pôle 5, ch. 5, 13 févr. 2020, n°16/15098. : « *L'article L. 442-6 2° du code de commerce, dans sa rédaction applicable au litige, dispose qu'engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. L'élément de soumission ou de tentative de soumission de la pratique de déséquilibre significatif implique la démonstration de l'absence de négociation effective ou l'usage de menaces ou de mesures de rétorsion visant à forcer l'acceptation impliquant cette absence de négociation effective.* » ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 19 déc. 2018, n° 17/03922 : « *L'élément de soumission ou de tentative de soumission de la pratique de déséquilibre significatif implique la démonstration de l'absence de négociation effective, l'usage de menaces ou de mesures de rétorsion visant à forcer l'acceptation impliquant cette absence de négociation effective.* »

¹²⁴³ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 18 nov. 2020, n°19/04765 : « *Concernant la soumission ou tentative de soumission, qui est le premier élément constitutif de la pratique de déséquilibre significatif, cette condition implique de démontrer l'absence de négociation effective de la clause litigieuse, pour un motif tenant au rapport de force déséquilibré au détriment de la société Molotov, ou l'usage de menaces ou de mesures de rétorsion visant spécifiquement à forcer l'acceptation de cette clause, dans la mesure où celle-ci se trouverait être défavorable à la société Molotov. (...) Au contraire, il est établi que la société Molotov a finalement exigé de la société Métropole télévision, dans sa lettre du 14 mars 2018, non seulement qu'elle renonce à sa prétention que les chaînes en clair de la TNT soient obligatoirement incluses dans une offre payante du distributeur, mais encore qu'elle renonce au principe même par lequel le Groupe M6 - à bon droit - entend être rémunéré pour la distribution des chaînes en clair de la TNT, dès lors qu'elles sont diffusées par internet. Or, ce seul point était bien de nature à lui seul à faire échouer toute négociation, dès lors que jamais la société Métropole télévision n'avait accepté, ne serait-ce qu'à titre temporaire ou expérimental, le principe de gratuité prétendu tel que défendu par la société Molotov.* »

¹²⁴⁴ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 16 mai 2018, n° 17/11187 : « *La circonstance que la correction n'ait pas été rétroactive démontre que la société Système U a appliqué unilatéralement une réduction non consentie ni négociée par son fournisseur. En conséquence, le fait d'imposer sans l'accord de la société Bonduelle Conserve International des codes promotionnels sur deux produits ainsi que des notes de débit caractérise une absence totale de négociation entre les parties sur ce point et donc une soumission à une obligation, en l'espèce une réduction de prix de 5%, de son partenaire commercial par la société Système U.* »

négociations que cette dernière « a tenté, vainement, d'obtenir la suppression ou la modification des obligations litigieuses dans le cadre de négociations ou qu'aucune suite n'a été donnée aux réserves ou avenants proposés par elle ou qu'elle s'est trouvée dans l'obligation de contracter sans alternative possible. »¹²⁴⁵. En revanche, si la partie s'estimant victime de tels actes a demandé des modifications de certaines clauses et les a obtenues de son cocontractant, la soumission ou tentative de soumission n'est alors pas établie¹²⁴⁶. Toutefois, le fait d'avoir pu effectuer « quelques modifications qui ont été portées à la main sur ces contrats ne sont pas d'une grande ampleur » et que deux propositions favorables à la partie

¹²⁴⁵ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 1^{er} juill. 2020, n° 18/16850 : « Mais, Blay Foldex ne démontre pas avoir tenté, vainement, d'obtenir la suppression ou la modification des clauses litigieuses dans le cadre de négociations ou qu'aucune suite n'a été donnée aux réserves ou avenants proposés par elle ou qu'elle s'est trouvée dans l'obligation de contracter sans alternative possible alors qu'il résulte des pièces qu'elle produit (pièces 28, 30 à 33) que des négociations sont intervenues et que des modifications ont été introduites à sa demande. » ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 1^{er} juill. 2020, n° 18/16622. : « La Cour retient que les contrats de commissionnement litigieux sont le résultat de la négociation intervenue entre les parties et que le déséquilibre significatif allégué (conclusions p. 39-41) n'est étayé par aucun élément de preuve quant aux circonstances factuelles dans lesquelles ils ont été conclus, permettant d'écarter l'existence de négociations effectives établissant qu'elle a tenté, vainement, d'obtenir la suppression ou la modification des obligations litigieuses dans le cadre de telles négociations ou qu'aucune suite n'a été donnée aux réserves ou avenants proposés par elle ou qu'elle s'est trouvée dans l'obligation de contracter sans alternative possible. (...) » ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 24 juin 2020, n° 18/03322. : « L'élément de soumission ou de tentative de soumission de la pratique de déséquilibre significatif implique la démonstration de l'absence de négociation effective des clauses incriminées. Or, en l'espèce, il n'est justifié d'aucun élément permettant d'écarter l'existence de négociations effectives établissant que M Diffusion a tenté, vainement, d'obtenir la suppression ou la modification des obligations litigieuses dans le cadre de négociations ou qu'aucune suite n'a été donnée aux réserves ou avenants proposés par elle ou qu'elle s'est trouvée dans l'obligation de contracter sans alternative possible. » ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 30 oct. 2019, n° 17/10872 : « L'élément de soumission ou de tentative de soumission de la pratique de déséquilibre significatif implique la démonstration de l'absence de négociation effective des clauses incriminées. (...) Nello Gori ne démontre nullement qu'elle a tenté, vainement, d'obtenir la suppression ou la modification des clauses litigieuses dans le cadre de négociations ou qu'aucune suite n'a été donnée aux réserves ou avenants proposés par elle ou qu'elle s'est trouvée dans l'obligation de contracter sans alternative possible. » ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 28 févr. 2018, n° 16/16802 : « L'élément de soumission ou de tentative de soumission de la pratique de déséquilibre significatif implique la démonstration de l'absence de négociation effective des clauses incriminées, qui peut résulter de la circonstance que la prétendue victime a tenté, vainement, d'obtenir la suppression ou la modification des clauses litigieuses dans le cadre de négociations ou qu'aucune suite n'a été donnée aux réserves ou avenants proposés par elle. Elle peut également résulter d'une obligation de contracter, ne laissant aucune alternative à la personne soumise. » ; V. aussi dans le même sens mais formulé autrement : Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907 : « que les contrats étaient exécutés sans qu'il soit donné suite aux réserves ou propositions d'avenants, de sorte qu'ils constituaient de véritables contrats d'adhésion ne donnant lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses, la cour d'appel, qui a souverainement apprécié les éléments de la cause, a légalement justifié sa décision » ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 1^{er} juill. 2020, n° 18/22344. : « Pour autant, l'élément de soumission ou de tentative de soumission de la pratique de déséquilibre significatif implique au vu de ce qui précède la démonstration de l'absence de négociation effective de la clause incriminée. (...) Or, Alsamaison n'étaye son affirmation quant à l'élément de soumission d'aucune offre de preuve de ce qu'elle s'est trouvée dans l'obligation de contracter sans alternative possible ou qu'elle a tenté, vainement, d'obtenir la suppression ou la modification de cette clause dans le cadre de négociations, notamment après le 14 septembre 2015, ainsi qu'il a été vu au point précédent. ».

¹²⁴⁶ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 31 juill. 2019, n° 16/11545 : « En l'espèce, la société JD Services ne démontre pas que la société Brico Dépôt a soumis ou tenté de la soumettre dans le cadre des négociations commerciales entre elles. En effet, elle ne justifie pas avoir demandé à la société Brico Dépôt la modification de certaines clauses des conventions les liant et que cette dernière a refusé, alors qu'il ressort des éléments du dossier que la société JD Services a demandé et obtenu la modification de certaines clauses contractuelles en 2009 et 2010. Dans ces conditions, la preuve de la soumission ou de la tentative de soumission de la société JD Services par la société Brico Dépôt dans le cadre de leurs négociations annuelles n'est pas établie, de sorte qu'au regard de ce seul motif, il y a lieu de rejeter la demande de la société JD Services de ce chef. Le jugement doit être confirmé sur ce point. ».

victime de l'acte de soumission ont été rejetées, illustre une « *dissymétrie des forces en présence* »¹²⁴⁷.

IV. Conséquences pour la détermination du « *contrat d'adhésion* » et des « *clause(s) non négociable(s)* » en droit commun (art. 1171 C. civ.)

Initialement, le projet de réforme de 2015 du droit des contrats et du régime général et de la preuve des obligations, en son article 1169¹²⁴⁸, ne limitait pas le champ d'application du déséquilibre significatif aux contrats d'adhésion ; celui-ci pouvait concerner aussi bien les contrats d'adhésion que les contrats de gré à gré. Selon le projet de réforme « *Une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée.* ». Ce texte avait été abondamment discuté en doctrine¹²⁴⁹, certains s'alarmant d'un « *risque d'atteinte à la sécurité des transactions et à la force obligatoire des contrats* »¹²⁵⁰ ou même d'un « *nouveau Waterloo* »¹²⁵¹. En particulier, le Professeur CHENEDE affirmait que « *Si le texte était adopté en l'état, tous les contrats, qu'ils soient négociés ou d'adhésion, seraient soumis à ce nouvel instrument de police contractuelle. Ce serait assurément aller trop loin. (...) Au nom de la justice, c'est l'insécurité du contrat, et donc des échanges, que l'on organise.* »¹²⁵². Ce dernier proposait alors que le déséquilibre significatif ne s'applique soit qu'aux « *clauses non négociées* », soit aux seuls contrats d'adhésion, cette seconde proposition emportant sa préférence¹²⁵³. Finalement, l'ordonnance du 10 février 2016 est venue limiter le déséquilibre significatif au seul « *contrat d'adhésion* ». Ainsi, la nouvelle mouture codifiée à l'article 1171 du Code civil par ladite ordonnance dispose que « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.* ». Un article 1110 vient également définir le contrat d'adhésion comme celui « *dont les conditions générales, soustraites à la*

¹²⁴⁷ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 19 avr. 2017, n° 15/24221 : « *Enfin, les quelques modifications qui ont été portées à la main sur ces contrats ne sont pas d'une grande ampleur, ainsi qu'il sera vu plus bas, clause par clause. Par ailleurs, la portée de ces mentions est douteuse, puisqu'on ne sait si elles ont été finalement acceptées par le distributeur. Par ailleurs si la société Bricorama tente de déduire l'existence de véritables négociations avec la société Sofoc d'un message électronique daté du 28 janvier 2011, il ressort au contraire de ce message que sur quatre points discutés entre les parties, deux en faveur de la société Sofoc, deux en faveur de Bricorama, la société Bricorama a rejeté les deux propositions favorables à Sofoc (annulation des pénalités de retard et augmentations de tarifs) et accepté celles lui octroyant des avantages supplémentaires (octroi d'une remise de 0, 25 % et intégration d'une participation de 1 % pour des catalogues). Ce message illustre donc de plus fort la dissymétrie des forces en présence, toujours en sa faveur.* ».

¹²⁴⁸ Cet article reprend à l'identique l'article 77 de l'avant-projet de la Chancellerie du 23 octobre 2013.

¹²⁴⁹ F. BICHERON, « *N'abusons pas de la clause abusive* », Gaz. Pal. 30 avril 2015, n°120, p. 24 ; G. CHANTEPIE, « *La réforme en pratique – les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats* », AJCA 2015, p. 121 ; L. GRATTON, « *Les clauses abusives en droit commun des contrats* », D. 2016, p. 22 ; Th. REVET, « *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés* », D. 2015, p. 1217 ; F. CHENEDE, « *Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme* », D. 2015, p. 1226 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « *Un déséquilibre significatif à deux vitesses* », JCP 2015, doctr. 603. ; E. GICQUIAUD, « *Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif* », RTD com. 2014.1 ; R. BOFFA, « *Juste cause (et injuste clause)* », D. 2015, p. 335 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Les clauses abusives : on n'attendait Grouchy...* », in Réforme du droit des contrats : le débat, Dr. et patr. 10/2014 56 ; N. DISSAUX, « *Clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte* », in Réforme du droit des contrats : le débat, Dr. et patr., oct. 2014, n°240 ; Ph. DUPICHOT, « *Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats* », in Projet de réforme du droit des contrats : regards croisés, Dr. et patr., mai 2015, n°247.

¹²⁵⁰ R. BOFFA, « *Juste cause (et injuste clause)* », D. 2015, p. 335.

¹²⁵¹ Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Les clauses abusives : on n'attendait Grouchy...* », in Réforme du droit des contrats : le débat, Dr. et patr. 10/2014 56.

¹²⁵² F. CHENEDE, « *Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme* », D. 2015, p. 1226, n°8.

¹²⁵³ F. CHENEDE, « *Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme* », D. 2015, p. 1226, n°8.

négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties. ». Par opposition, le contrat de gré à gré est celui « *dont les stipulations sont librement négociées entre les parties.* ». Ces premières versions des articles 1171 et 1110 du Code civil ont fait l'objet de nombreux commentaires en doctrine¹²⁵⁴. Finalement, la loi du 20 avril 2018 entérine la rédaction de l'article 1171 du Code civil en les termes suivants : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.* ». Cet article a fait l'objet de modifications substantielles par rapport à sa rédaction sous l'empire de l'ordonnance du 10 février 2016. Les références aux « *conditions générales* » et au fait que celles-ci soient « *soustraites à la négociation* » ont été tronquées. Désormais, selon l'article 1110 du Code civil, le contrat d'adhésion est celui qui « *comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties.* ». Celui-ci est à mettre en opposition avec le contrat de gré à gré qui est « *celui dont les stipulations sont négociables entre les parties* ». Il est à noter que le terme « *librement* » a été retiré du texte par l'Assemblée nationale étant donné que « *la liberté contractuelle est déjà consacrée par les articles 1101 et 1102.* »¹²⁵⁵. S'agissant de l'application dans le temps de ces différentes versions du déséquilibre significatif en droit commun, les premières versions des articles 1110 et 1171 du Code civil, issues de l'ordonnance du 10 février 2016, sont entrées en vigueur à compter du 1^{er} octobre 2016 (la date de conclusion du contrat devant être postérieure à celle-ci) et les secondes versions des articles 1110 et 1171 du Code civil sont entrées en vigueur à compter du 1^{er} octobre 2018.

La démonstration d'un contrat d'adhésion comportant « un ensemble de clauses non négociables ». En premier lieu, cet article requiert la démonstration d'un contrat d'adhésion, lequel comporte « *un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties.* ». Le dictionnaire Larousse définit un « *ensemble* » notamment comme « *une collection d'éléments qui vont les uns avec les autres* ». La pluralité d'interprétations possibles de cet notion d'« *ensemble* » promet assurément un aléa judiciaire si tant est que les plaideurs s'engouffrent dans ce débat juridique. Cette « *redéfinition restrictive des clauses abusives* »¹²⁵⁶ limite le champ d'application du dispositif de l'article 1171 du Code civil à un groupe de clauses et non à « *quelques clause isolée* » selon les travaux préparatoires législatifs¹²⁵⁷. Force est de constater que cet « *ensemble de clauses* » n'est pas une formulation aisée à cerner au sens juridique du terme ; des auteurs ont donc proposé des éclaircissements sur ce point. Le Professeur ANDREU considère d'une part que « *l'idée d'ensemble suggère que les clauses non négociables doivent être au moins au nombre de deux et présenter une*

¹²⁵⁴ M. MEKKI avec la collaboration de J.-M. DARROIS et J.-M. GAUVAIN, « *Contrats et obligations - Se conformer au nouveau droit des contrats Regards croisés sur les clauses potentiellement excessives* », JCP E, n° 25, 23 juin 2016, 1373 ; F. CHENEDE, « *Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil* », JCP, n° 27, 4 juill. 2016, 776 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « *Le déséquilibre significatif dans le Code civil* », JCP, n° 14, 4 avr. 2016, 391 ; S. GAUDEMET, « *Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil* », CCC, n° 5, Mai 2016, dossier 5 ; P. SIRINELLI, « *L'équilibre dans le contenu du contrat* », Dalloz IP/IT 2016, p. 240 ; M. CHAGNY, « *Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif* », AJCA 2016, p. 115 ; A. HONTEBEYRIE, « *1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance* », D. 2016, p. 2180 ; X. LAGARDE, « *Questions autour de l'article 1171 du code civil* », D. 2016, p. 2174 ; D. FENOUILLET, « *Le juge et les clauses abusives* », RDC 2016, n°2, p. 358 ; G. CATRALANO-CLOAREC, « *Le déséquilibre significatif : l'intangibilité du contrat n'est plus, place à la justice contractuelle !* », LEDC mars 2016, n° 3, p. 6.

¹²⁵⁵ Rapport parlementaire, S. HOULIE, 7 févr. 2018, n° 639.

¹²⁵⁶ D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 5^{ème} éd., 2021, éd. Bruylant, collection paradigme, n°497-3, p. 401-402.

¹²⁵⁷ Rapport parlementaire, S. HOULIE, 7 févr. 2018, n° 639 : « *Mais surtout, les sénateurs ont consacré la principale innovation que nous avons apportée, c'est-à-dire l'exigence d'un « ensemble de clauses » non négociables, et non de quelques clauses isolées. En cela, le Sénat restreint sa définition du contrat d'adhésion.* ».

*certaine unité : l'« ensemble » constitue « un tout harmonieux » (...) les clauses concernées doivent avoir un lien structurant », et d'autre part, que « cet ensemble de clauses non négociables émanant de l'une des parties doit être prépondérant dans l'acte par rapport aux clauses négociables »*¹²⁵⁸. Cet auteur estime que cet « ensemble de clauses » concerne nécessairement au moins deux clauses, lesquelles recèlent un lien de connexité « structurant » entre elles, ou un « bloc »¹²⁵⁹ de clauses. Il pourrait ainsi s'agir de clauses ayant vocation à s'appliquer ensemble ou à être articulées mécaniquement entre elles (par exemple, la clause résolutoire et la clause de durée du contrat ou la clause de détermination des obligations des parties). D'autres auteurs privilégiant une approche qualitative plutôt que quantitative (cette dernière étant proche mais pas identique par rapport aux « conditions générales » issues de l'ancienne rédaction de l'ordonnance), considèrent que « l'ensemble de clauses pourrait ainsi être restreint à certains aspects plus précis du contrat : clauses à vocation processuelle, clauses relatives à l'inexécution du contrat, etc. »¹²⁶⁰. Cet ensemble de clauses serait davantage fondé sur la thématique ou finalité commune la concernant. D'autres encore¹²⁶¹ invoquent un argument intéressant issu d'une interprétation *a contrario* de l'article 1110 du Code civil. Le contrat de gré à gré étant un contrat dont les « stipulations sont négociables entre les parties », cela impliquerait que l'ensemble des clauses doivent être négociables pour emporter une telle qualification de contrat de gré à gré et, inversement, si au moins deux d'entre elles ne sont pas négociables, c'est la qualification de contrat d'adhésion qui devrait l'emporter. Il en résulte qu'il est vraisemblable qu'au moins deux clauses puissent être concernées (l'article 1110 du Code civil évoquant un « ensemble de clauses », au pluriel). En revanche, le fait de savoir si ces dernières constituent un « ensemble » semble plus subjectif et difficile à déterminer. Une analogie avec la directive européenne 93/13 pourrait être pertinente, celle-ci dispose en son article 3.2 que « *Le fait que certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée aient fait l'objet d'une négociation individuelle n'exclut pas l'application du présent article au reste d'un contrat si l'appréciation globale permet de conclure qu'il s'agit malgré tout d'un contrat d'adhésion.* ». Ainsi, cet « ensemble de clauses » pourrait impliquer de réaliser à la manière du droit européen de la protection des consommateurs une appréciation « globale » d'un contrat donné pour en conclure s'il s'agit d'un contrat d'adhésion. L'approche quantitative, consistant à exiger qu'au moins deux clauses soient concernées serait ainsi complétée par une approche qualitative, laquelle consisterait à évaluer si d'un point de vue global l'essentiel¹²⁶² des clauses d'un contrat font qu'il s'apparenterait à un contrat d'adhésion. L'article 1189 du Code civil selon lequel « *Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier.* » constitue une incitation à recourir à une telle approche globale. De plus, pour retenir la qualification de contrat d'adhésion, « *il n'est, à l'évidence, pas requis que l'intégralité du contenu du contrat ait été déterminée à l'avance par l'une des parties et soustrait factuellement par la même partie à toute discussion par l'autre.* »¹²⁶³. En effet, le début de l'article 1171 du Code civil dispose que « *Dans un contrat*

¹²⁵⁸ L. ANDREU, « *Le nouveau contrat d'adhésion* », AJ contrat 2018, p. 262, n°6.

¹²⁵⁹ F. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2018, Dalloz, n° 123.364, p. 89.

¹²⁶⁰ G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « *Déséquilibre significatif* », Rép. dr. civ., mai 2019 (actualisation : nov. 2020), n°174 ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n° 147-2.

¹²⁶¹ Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, « *Droit des obligations* », 15^{ème} éd., 2019, Lexisnexis, n°378, p. 341.

¹²⁶² V. aussi sur ce point : C. GRIMALDI, « *La preuve et le contrat d'adhésion* », RDC 2019, 4 juin 2019, n°2, p. 135, n°8.

¹²⁶³ Th. REVET, « *Les critères du contrat d'adhésion* », D. 2016, p. 1771, n°13. En effet, le Professeur REVET estime qu'il est fait confirmation de cette assertion par l'article 1171 alinéa 2 du Code civil selon lequel

d'adhésion, toute clause non négociable », ce qui veut bien dire que certaines clauses du contrat d'adhésion peuvent avoir été négociables sans pour autant remettre en cause cette qualification. Plus précisément, le législateur indique que « *le contrat de gré à gré est en réalité celui dont au moins l'essentiel des stipulations (...) est négociable.* »¹²⁶⁴. *A contrario*, pour le contrat d'adhésion, il reviendra de déterminer si l'essentiel de ses stipulations (et non ses « *stipulations essentielles* ») sont non négociables. Contrairement au projet d'ordonnance (art. 1108 alin. 2), l'ordonnance du 10 février 2016 et la loi du 20 avril 2018 ne font pas référence au caractère non négociable des « *stipulations essentielles* »¹²⁶⁵ car bien souvent « *Le contrôle du déséquilibre significatif ne doit en réalité porter que sur les clauses accessoires du contrat* »¹²⁶⁶. Ce constat est d'ailleurs partagé par le législateur qui lors de ses travaux préparatoires a reconnu que ce contrôle devrait porter sur des clauses accessoires¹²⁶⁷. Ainsi, il ne sera pas nécessaire de tenir compte des stipulations concourant à « *l'obligation essentielle* » du contrat et il nous semble même qu'elles puissent être exclues de cette analyse. En effet, l'article 1171 du Code civil, alinéa 2 dispose expressément que l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte « *ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ». Il nous semble donc que les clauses « *principales* » ou « *essentielles* » du contrat, comme par exemple la clause de prix ou définissant la prestation principale, ne doivent pas être prises en compte dans le cadre de la qualification du contrat d'adhésion. Une telle limitation du contrôle du déséquilibre significatif aux seules stipulations « *accessoires* » au regard de l'article 1171, alinéa 2 du Code civil peut être soutenue sur le modèle de l'article 4.2 de la directive 93/13 et de la jurisprudence de la CJUE¹²⁶⁸. Néanmoins, si l'appréciation du déséquilibre significatif ne peut porter sur les clauses dites « *essentielles* » du contrat

« *L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ».

¹²⁶⁴ Rapport parlementaire, F. PILLET, 24 janv. 2018, n° 247.

¹²⁶⁵ V. à l'inverse, l'article 1379 du Code civil du Québec retenant ce critère et selon lequel « *Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées.* ».

¹²⁶⁶ S. LE GAC-PECH, « *À la recherche du déséquilibre généré par une clause : entre atteinte à l'obligation essentielle du contrat et déséquilibre significatif* », JCP E, n° 36, 8 Septembre 2016, 1467 ; V. aussi dans le même sens : F. CHENEDE, « *Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil* », JCP, n° 27, 4 juill. 2016, 776 ; M. MEKKI avec la collaboration de J.-M. DARROIS et J.-M. GAUVAIN, « *Contrats et obligations - Se conformer au nouveau droit des contrats Regards croisés sur les clauses potentiellement excessives* », JCP E, n° 25, 23 juin 2016, 1373 ; J.-D. BARBIER, « *Application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux : le contrat d'adhésion* », *Gaz. Pal.* 2016, n° 25, p. 55 ; A. REYGROBELLET, « *Le déséquilibre significatif* », BJS 2016, n° 9, dossier spécial, p. 534, n° 4 ; G. DEREUX, « *De la nature juridique des contrats d'adhésion* », thèse, 1910, p. 527 : « *Nous sommes ainsi conduit à considérer dans les contrats par adhésion deux sorte de clauses : les clauses essentielles, qui sont généralement verbales ou manuscrites, et les clauses accessoires, qui sont généralement imprimées. La plupart du temps, les deux parties acceptent sciemment et librement les clauses essentielles. Quant aux autres, l'adhérent connaît ou comprend mal leur teneur, et la portée qu'elles peuvent avoir si on les prend à la lettre (...)* ».

¹²⁶⁷ Rapport parlementaire, F. PILLET, 11 oct. 2017, n° 22 « *Substituer à la notion de conditions générales celle de stipulations essentielles, comme cela a été évoqué lors des auditions de votre rapporteur, ne semble pas davantage satisfaisant, hors même ses contours indéterminés, qui nourrirait une abondante jurisprudence. En effet, des clauses abusives peuvent se trouver dans des stipulations qui ne sont pas jugées comme essentielles à la formation du contrat. Si la nature de la prestation, le prix, la référence à un indice, la durée ou encore les limitations ou exonérations de responsabilité sont sans doute des stipulations essentielles, qu'en est-il d'une clause, dans des contrats susceptibles d'être résiliés, prévoyant une durée de préavis excessivement longue pour résilier ou subordonnant la résiliation au versement d'une forte indemnité ? Dès lors que des clauses peuvent être abusives sans figurer dans des conditions générales ou relever des stipulations essentielles du contrat, la jurisprudence pourrait interpréter extensivement de telles notions imprécises pour pouvoir leur faire application de l'article 1171.* ».

¹²⁶⁸ CJUE, 26 févr. 2015, C-143/13, point 54 ; V. aussi : CJUE, 3 juin 2010, C-484/08, Cons. 34 ; CJUE, 30 avr. 2014, C-26/13, point 49 et 50 ; CJUE, 20 sept. 2017, C-186/16, point 35 et 36 ; CJUE, 16 juill. 2020, C-224/19 et C-259/19, points 62 et 63.

d'adhésion (C. civ. art. 1171, alin. 2), ce qui implique de ne pas en tenir compte pour examiner « *toute clause non négociable* » (art. 1171, C. civ.), il n'est pas précisément exclu qu'il soit tenu compte des stipulations « *essentiels* » pour retenir la qualification de contrat d'adhésion dans le cadre de la détermination de l' « *ensemble de clauses non négociables* » (art. 1110, C. civ.). En somme, s'il n'est pas nécessaire que la totalité des clauses d'un contrat aient été non négociables pour recevoir la qualification de contrat d'adhésion, il faut qu'au moins l'essentiel de ses clauses l'aient été. Ces clauses non négociables peuvent concerner à la fois des clauses « *accessoires* » et les clauses « *essentiels* » au contrat en cause (et non seulement les clauses « *essentiels* »).

Puis, cet ensemble de clauses doit être « *non négociables* ». Comme le soulignent justement certains auteurs, le législateur fait ici référence aux clauses « *non négociables* » et non aux clauses « *non négociées* »¹²⁶⁹. A l'inverse, la version antérieure du législateur mentionnait les « *conditions générales, soustraites à la négociation* »¹²⁷⁰ ce qui se rapprochait davantage des clauses « *non négociées* » ainsi que du critère substantiel dégagé via le déséquilibre significatif en droit commercial. Cette distinction que nous avons déjà abordée s'agissant du déséquilibre significatif en droit commercial (entre le critère formel et substantiel) place ce qui est « *négociable* » avant les négociations et ce qui est « *négocié* » pendant et après les négociations. Celle-ci justifie le contrôle judiciaire que « *parce qu'une partie n'a pas été en mesure, lors de la formation du contrat, de participer à son élaboration et spécialement celle de la clause litigieuse. Mais le recours du juge n'a plus lieu d'être si elle avait pu le faire et qu'elle ne l'a pas fait* »¹²⁷¹. Dans cette perspective, il apparaît que l'exigence de clause « *non négociables* » permet d'éviter qu'un contractant qui n'a pas saisi la possibilité qui s'offrait à lui de négocier le contrat de pouvoir postérieurement contester certaines clauses qu'il a acceptées librement en bénéficiant d'un dispositif légal de protection particulier. Aussi, le choix d'opter pour le terme de clauses « *non négociables* » identifie la place occupée par l'article 1171 du Code civil par rapport à ses homologues situés au sein du Code de la consommation et du Code de commerce. En effet, il a été précédemment expliqué que le déséquilibre significatif consumériste repose sur un critère formel au sens de la directive de 93/13/CE (et non du droit français), lequel est axé principalement sur le contrat d'adhésion. Ainsi, l'absence de négociation est établie lorsque la clause « *a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion* ». En revanche, le critère formel ne se suffit pas pour le déséquilibre significatif commercial, il doit également être cumulé par un critère substantiel, permettant malgré la conclusion d'un contrat d'adhésion de régulariser ce dernier par la réalisation de négociations *a posteriori*. L'article 1171 du Code civil en ce qu'il a trait aux clauses « *non négociables* » se focalise sur un critère formel à l'instar de la directive 93/13/CE. C'est donc les modalités de formalisation des clauses qui principalement permettra de démontrer qu'elles ne sont pas négociables et relèvent donc de la qualification du contrat d'adhésion. De même, ajoutons que le critère structurel, évoqué précédemment s'agissant du déséquilibre significatif commercial, ne semble pas exclu des clauses « *non négociables* ». A l'inverse du déséquilibre significatif commercial, ce critère formel semble exclusif du critère substantiel ; ni l'article 1110, ni l'article 1171 du Code civil ne prévoit la possibilité de régulariser en quelque sorte de manière *a posteriori* la qualification de contrat d'adhésion. L'un des articles de la proposition de règlement relatif à un droit européen de la vente du 11 octobre 2011 illustre une rédaction qui permettrait de tenir compte des négociations

¹²⁶⁹ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 349.

¹²⁷⁰ Art. 1110 C. civ. (dans sa version applicable entre le 1^{er} octobre 2016 et le 1^{er} octobre 2018).

¹²⁷¹ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 349.

intervenues ultérieurement « *Celle des parties qui prétend qu'une clause contractuelle fournie à titre de clause type a, depuis, fait l'objet d'une négociation individuelle supporte la charge de cette preuve.* »¹²⁷². Partant, des négociations effectivement intervenues postérieurement à la conclusion d'un contrat d'adhésion ne devraient pas retirer à l'adhérent le bénéfice de la protection de l'article 1171 du Code civil. De plus, la jurisprudence pourrait d'ailleurs tout à fait, en s'inspirant du droit commercial, tenir compte de la structure du marché, du rôle incontournable ou de la puissance de négociation d'une des parties eu égard notamment à sa taille, sa notoriété et ses revenus économiques. En ce sens, le Professeur HOUTCIEFF affirmait qu' « *il est probable que les juges s'appuieront sur le poids économique des contractants et le caractère inhabituel ou dérogatoire des clauses pour opter en faveur de la qualification de contrat d'adhésion.* »¹²⁷³. **Il en résulte que si la protection garantie par le mécanisme du « déséquilibre significatif » se justifie en droit consommériste par la qualité des contractants (la qualité de consommateur ou non-professionnel révèle une asymétrie dans la possession de compétences et savoirs professionnels), en droit commercial par le comportement des contractants (la soumission ou tentative de soumission d'un contractant induit l'absence réelle de choix et de consentement de l'autre contractant), elle se justifie en droit commun par la nature du contrat conclu entre les parties (la conclusion d'un contrat d'adhésion manifestant une absence réelle de choix et de consentement possible de l'adhérent).**

La nécessité pour emporter la qualification de contrat d'adhésion d'une détermination à l'avance des clauses par l'une des parties. Ensuite, pour emporter qualification de contrat d'adhésion, les clauses doivent être « *déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Pour certains auteurs, le fait que ces clauses aient été déterminées à l'avance est superfétatoire étant donné que « *toute clause non négociable est nécessairement déterminée à l'avance par l'une des parties* »¹²⁷⁴. Mais d'autres reconnaissent tout de même la pertinence de ce critère de détermination à l'avance, la qualification de contrat d'adhésion pouvant être exclue « *dans le cas où l'acte est établi, non à l'avance, mais sur-le-champ - hypothèse qui, sans être d'école, reste marginale en pratique.* »¹²⁷⁵. De même, le pouvoir de détermination unilatérale est consubstantiel aux contrats d'adhésion, lesquels manifestent une « *prédominance exclusive d'une volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée* »¹²⁷⁶. En effet, dans de tels contrats « *L'élaboration unilatérale d'un acte contractuel est, immanquablement, la source de déséquilibres entre les droits et les obligations respectives des parties* »¹²⁷⁷. Le législateur se réfère à la « *détermination* » unilatérale d'un ensemble de clauses, contrairement à la directive 93/13/CE considérant qu'une clause n'a pas fait « *l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement* » (art. 3.2 directive 93/13/CE). De même, la CJUE affirme que « *le système de protection mis en œuvre par la directive repose sur l'idée que le consommateur se*

¹²⁷² Proposition de règlement relatif à un droit européen de la vente du 11 octobre 2011, n° 2011/0284, art. 7-3.

¹²⁷³ D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 5^{ème} éd., 2021, éd. Bruylant, collection paradigme, n°129-3, p. 119-120.

¹²⁷⁴ C. GRIMALDI, « *La preuve et le contrat d'adhésion* », RDC 2019, 4 juin 2019, n°2, p. 135, n°6 ; V ; aussi : O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 89.

¹²⁷⁵ L. ANDREU, « *Le nouveau contrat d'adhésion* », AJ contrat 2018, p. 262, n°4.

¹²⁷⁶ R. SALEILLES, « *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand* », éd. F. Pichon, 1901, P. 229-230 ; V. aussi la définition de DOMERGUE selon lequel « *Les contrats d'adhésion sont des actes juridiques où l'une des parties, sans se préoccuper de savoir avec qui elle contractera, fixe d'avance les conditions auxquelles elle traitera avec toute personne quelconque, qui, si elle désire contracter, devra les accepter sans discussion en adhérant en bloc, étant dans l'impossibilité de donner un consentement détaillé sur chaque clause* » (M. DOMERGUE, « *Étude d'ensemble sur le contrat d'adhésion* », thèse, 1935, p.8.).

¹²⁷⁷ Th. REVET, « *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés* », D. 2015, p. 1217, n°4.

trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel, en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci. »¹²⁷⁸. La directive fait référence à la « rédaction » préalable des clauses par un professionnel alors que l'article 1171 du Code civil évoque la « détermination » de clauses. Or, comme le souligne justement le Professeur MEKKI « *La détermination n'est pas la rédaction.* »¹²⁷⁹ et ce choix du législateur emporte plusieurs conséquences. En premier lieu, l'emploi du terme « déterminer » devrait rendre indifférent le fait qu'un tiers soit ou non intervenu dans le cadre de la rédaction des clauses du contrat. Ainsi, « *lorsque le stipulant choisit tel ou tel formulaire ou modèle de contrat et le propose à l'adhésion de son cocontractant, c'est bien lui qui détermine le contenu du contrat* »¹²⁸⁰ et peu importe que « *l'une des parties n'ait pas elle-même été à l'origine intellectuelle ou matérielle de ces conditions.* »¹²⁸¹. L'article 1190 du Code civil, posant la règle d'interprétation *in favorem* en faveur de l'adhérent, semble autoriser une telle interprétation ; selon ce dernier le contrat d'adhésion s'interprète « *contre celui qui l'a proposé* ». L'emploi du terme « proposer » permet d'englober l'hypothèse où les clauses d'un contrat d'adhésion seraient rédigées par un tiers. De la même façon, il n'y a guère de doute que le principe formulé à l'article 1102 du Code civil selon lequel « *Chacun est libre de (...) déterminer le contenu et la forme du contrat* » s'applique à tout contractant et qu'il importe peu de savoir si un tiers est intervenu pour rédiger le contrat conclu. Enfin, force est de constater que le législateur a souhaité donner cette interprétation au verbe transitif « *déterminées* », le rapporteur du Sénat « *précisant que devaient être incluses parmi les clauses déterminées à l'avance par l'une des parties les cas où le contrat a été rédigé par un tiers à la demande de la partie.* »¹²⁸². Au surplus, la « détermination » des clauses du contrat par l'une des parties devrait exclure les clauses-types imposées par la loi ou le règlement¹²⁸³. Un raisonnement par analogie peut être mené à la lumière des dispositions de la directive 93/13/CE, dont l'article 1-2 dispose que « *Les clauses contractuelles qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives (...) ne sont pas soumises aux dispositions de la présente directive.* » ce qui englobe également « *les règles qui, selon la loi, s'appliquent entre les parties contractantes*

¹²⁷⁸ CJUE, 16 juill. 2020, n° C-224/19 ; CJUE, 9^{ème} ch., 2 juill. 2020, n° C-853/19 ; CJUE, 9 juill. 2020, 1^{ère} ch., n° C-81/19 ; CJUE, 7 nov. 2019, C-419/18 ; CJUE, 15 janv. 2015, n° C-537/13, *Birutė Šiba c/ Arūnas Devėnas* ; CJUE, 14 avr. 2016, C-381/14 ; CJUE, 14 mars 2013, C-415/11 *Mohamed Aziz c/ Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa* ; CJUE, 15 mars 2012, *Pereničová et Perenič*, C-453/10 ; CJUE, 6 déc. 2011, n° C-472/10 ; CJUE, 6 oct. 2009, C-40/08 ; CJUE, 4 juin 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, Rec. p. I-4713 ; CJUE, 26 oct. 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, Rec. p. I-1042 ; CJCE, 1^{er} avr. 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02, Rec. p. I-3403 ; CJCE, 27 juin 2000, *Oceano Grupo Editorial et Salvat Editores* C-240/98 à C-244/98, Rec p I-4941.

¹²⁷⁹ M. MEKKI, « *La notion de contrat d'adhésion : on est loin de la « haute définition » !* », RDC 2019, n°2, p. 112, n°17 ; Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, « *Droit des obligations* », 15^{ème} éd., 2019, Lexisnexis, n°382, p. 344.

¹²⁸⁰ F.-X. LICARI, « *Contrat. – inexécution du contrat. – déséquilibre significatif du contrat* », JCl. Civil Code, art. 1162 à 1171, Fasc. 50, 23 janv. 2017 (mis à jour : 1^{er} sept. 2020), n° 12.

¹²⁸¹ M. MEKKI, « *Contrats et obligations – Réforme du droit des obligations. – Validité du contrat* », JCl. N, fasc. 60, 20 nov. 2017, n°31. V. aussi en ce sens : Th. REVET, « *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés* », D. 2015, p. 1217 : « (...) aujourd'hui, le contenu de nombreux types de contrats n'est pas, s'il a jamais été, l'œuvre des parties contractantes, mais l'œuvre d'une seule de ces parties, qu'elle l'ait rédigé directement ou par l'intermédiaire d'un service juridique interne ou externe, d'une organisation professionnelle, etc. On songe, bien évidemment, à l'hypothèse du contrat d'adhésion, qui croise, souvent, les contrats-types et autres conditions générales. ».

¹²⁸² Rapport parlementaire, S. HOULIE, 7 févr. 2018, n° 639, fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur le projet de loi, modifié par le Sénat en deuxième lecture.

¹²⁸³ V. par exemple en ce sens : Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, « *Droit des obligations* », 15^{ème} éd., 2019, Lexisnexis, n°382, p. 345.

lorsqu'aucun autre arrangement n'a été convenu » (considérant 13, directive 93/13). Ainsi, il ne fait nul doute que le contrôle de clauses reflétant des dispositions légales impératives reviendrait « à dire que la loi est illicite »¹²⁸⁴ alors que le juge doit trancher les litiges « conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. » (art. 12 Code de procédure civile). Aussi, les clauses imposées « lorsqu'aucun arrangement n'a été convenu », à titre supplétif, (aussi dénommées « réitératives »¹²⁸⁵) devraient impliquer qu'elles puissent être considérées par principe comme étant équilibrées et non abusives. En effet, il n'y aurait guère de sens à ce que les juges examinent le caractère abusif de règles constituant un « modèle idéal, juste et équilibré »¹²⁸⁶. Bien au contraire, il apparaît que ces règles supplétives servent de « modèle de référence propre à révéler le « déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties » »¹²⁸⁷. Il en irait différemment s'il s'agissait d'une règle qui n'est pas légalement prévue à l'instar de l'article 1171 du Code civil mais d'une règle d'origine réglementaire. Dans ce cas, les clauses réglementaires devraient alors faire l'objet d'un recours spécifique devant le juge administratif, seul compétent pour exercer un contrôle de légalité d'actes administratifs¹²⁸⁸. Surtout, au-delà de l'analogie avec le droit de la consommation, la « détermination » des clauses du contrat par l'une des parties devrait exclure les clauses-types imposées par la loi ou le règlement car celles-ci ne sont pas « déterminées » et encore moins rédigées à l'avance par une partie. C'est précisément ce que soulignent les Professeurs DESHAYES, GENICON et LAITHIER : « le critère de la prédétermination unilatérale par l'une des parties permettra d'écarter ce contrôle à l'égard des clauses-types réglementaires puisque ces clauses certes non négociables ne sont pas, à proprement parler, « déterminées à l'avance par l'une des parties » (mais élaborées à l'avance par le pouvoir réglementaire) »¹²⁸⁹. Il y a donc tout lieu de penser que l'article 1171 du Code civil ne devrait pas permettre au juge ni de qualifier un contrat comme étant d'adhésion, ni d'examiner les clauses qu'il contient au regard du déséquilibre significatif, dès lors qu'il s'agit de clauses-types d'origine légale ou réglementaire.

La caractérisation de « toute clause non négociable ». En second lieu, dès lors que la qualification de contrat d'adhésion prévu par l'article 1171 du Code civil, lequel renvoie à la définition posée à l'article 1110 du Code civil, a été démontrée, l'article 1171 du Code civil ajoute qu'un déséquilibre significatif ne doit pas être créé par « toute clause non négociable ». Ce raisonnement juridique implique de distinguer l'étape de la qualification du contrat d'adhésion de celle de l'examen des « clause(s) non négociable(s) ». En effet, comme expliqué précédemment, la qualification de contrat d'adhésion n'exclut pas que certaines clauses de ce contrat puissent avoir été négociées à la manière d'un contrat de gré à gré sans pour autant remettre en cause cette qualification de contrat d'adhésion. L'ajout du syntagme « toute clause non négociable » permet ainsi de restreindre le périmètre du contrôle judiciaire en excluant la possibilité pour l'une des parties d'invoquer l'article 1171 du Code civil pour des clauses certes stipulées dans le cadre d'un contrat d'adhésion mais ayant été « négociables » entre les parties. Cette restriction du champ d'application de l'article 1171 du Code civil découle de la loi du 20 avril 2018 laquelle a procédé à une « redéfinition restrictive des clauses abusives », « elle rend plus difficile l'invocation de cette disposition : à supposer que l'existence d'un contrat d'adhésion ait été établie, il ne suffira plus de démontrer un

¹²⁸⁴ X. LAGARDE, « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? », JCP E, n° 17, 27 avr. 2006, 1663, n°5.

¹²⁸⁵ S. CHAUDOUET, « Le déséquilibre significatif », thèse, 2018, n°297 : en effet, ces clauses sont qualifiées de « réitératives » dans la mesure où elles « réitérent le modèle d'équilibre proposé par la règle supplétive et ne devraient, de ce fait, n'encourir aucune critique au titre du déséquilibre significatif ».

¹²⁸⁶ C. PERES-DOURDOU, « La règle supplétive », thèse, LGDJ, 2004, p. 536, n°553.

¹²⁸⁷ C. PERES-DOURDOU, « La règle supplétive », thèse, LGDJ, 2004, p. 536, n°553.

¹²⁸⁸ S. CHAUDOUET, « Le déséquilibre significatif », thèse, 2018, n°374.

¹²⁸⁹ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 349.

déséquilibre significatif, il faudra aussi prouver que la clause considérée n'était pas négociable »¹²⁹⁰. Dans le même sens, certains auteurs préviennent qu'il ne faut pas confondre la démonstration du « contrat d'adhésion » de celle de l'existence de « toute clause non négociable ». En effet, « le risque est évidemment, par un raisonnement circulaire, d'ouvrir le contrôle du juge sur le seul constat de tels clauses » indépendamment de la « caractérisation préalable d'un tel contrat »¹²⁹¹. Aussi, comme pour le contrat d'adhésion, la démonstration du caractère « négociable » ne devra pas être confondue avec le caractère « négocié ». Ici, il sera simplement nécessaire de démontrer que certaines clauses déterminées du contrat d'adhésion n'étaient pas « négociables », c'est-à-dire en amont, au stade de la formalisation du contrat (critère formel). Ensuite, il est largement reconnu que « Le contrôle du déséquilibre significatif ne doit en réalité porter que sur les clauses accessoires du contrat »¹²⁹². Constat que partage le législateur qui lors de ses travaux préparatoires reconnaît que ce contrôle devrait porter sur des clauses accessoires¹²⁹³. Ainsi, il ne sera pas nécessaire de tenir compte des stipulations concourant à « l'obligation essentielle » du contrat et il nous semble même qu'elles devraient être exclues de cette analyse. En effet, l'article 1171 du Code civil, alinéa 2 dispose expressément que l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte « ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ». Il nous semble donc que les clauses « principales » ou « essentielles » du contrat, comme par exemple la clause de prix ou définissant la prestation principale, ne doivent pas être prises en compte pour apprécier le déséquilibre significatif. Une telle limitation du contrôle du déséquilibre significatif aux seules stipulations « accessoires »¹²⁹⁴ au regard de l'article 1171, alinéa 2 du Code civil peut être soutenue sur le modèle de l'article

¹²⁹⁰ D. HOUTCIEFF, « Droit des contrats », 5^{ème} éd., 2021, éd. Bruylant, collection paradigme, n°497-3, p. 401-402.

¹²⁹¹ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 348-349.

¹²⁹² S. LE GAC-PECH, « À la recherche du déséquilibre généré par une clause : entre atteinte à l'obligation essentielle du contrat et déséquilibre significatif », JCP E, n° 36, 8 sept. 2016, 1467 ; V. aussi dans le même sens : F. CHENEDE, « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », JCP, n° 27, 4 juill. 2016, 776 ; M. MEKKI avec la collaboration de J.-M. DARROIS et J.-M. GAUVAIN, « Contrats et obligations - Se conformer au nouveau droit des contrats Regards croisés sur les clauses potentiellement excessives », JCP E, n° 25, 23 juin 2016, 1373 ; J.-D. BARBIER, « Application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux : le contrat d'adhésion », Gaz. Pal. 2016, n° 25, p. 55 ; A. REYGROBELLET, « Le déséquilibre significatif », BJS 2016, n° 9, dossier spécial, p. 534, n° 4 ; G. DEREUX, « De la nature juridique des contrats d'adhésion », thèse, 1910, p. 527 : « Nous sommes ainsi conduit à considérer dans les contrats par adhésion deux sorte de clauses : les clauses essentielles, qui sont généralement verbales ou manuscrites, et les clauses accessoires, qui sont généralement imprimées. La plupart du temps, les deux parties acceptent sciemment et librement les clauses essentielles. Quant aux autres, l'adhérent connaît ou comprend mal leur teneur, et la portée qu'elles peuvent avoir si on les prend à la lettre (...) ».

¹²⁹³ Rapport parlementaire, F. PILLET, 11 oct. 2017, n° 22 « Substituer à la notion de conditions générales celle de stipulations essentielles, comme cela a été évoqué lors des auditions de votre rapporteur, ne semble pas davantage satisfaisant, hors même ses contours indéterminés, qui nourrirait une abondante jurisprudence. En effet, des clauses abusives peuvent se trouver dans des stipulations qui ne sont pas jugées comme essentielles à la formation du contrat. Si la nature de la prestation, le prix, la référence à un indice, la durée ou encore les limitations ou exonérations de responsabilité sont sans doute des stipulations essentielles, qu'en est-il d'une clause, dans des contrats susceptibles d'être résiliés, prévoyant une durée de préavis excessivement longue pour résilier ou subordonnant la résiliation au versement d'une forte indemnité ? Dès lors que des clauses peuvent être abusives sans figurer dans des conditions générales ou relever des stipulations essentielles du contrat, la jurisprudence pourrait interpréter extensivement de telles notions imprécises pour pouvoir leur faire application de l'article 1171. ».

¹²⁹⁴ Plusieurs auteurs soutiennent que le champ d'application de l'article 1171 du Code civil est limité aux clauses « accessoires », les clauses « principales » ou « essentielles » relevant de l'article 1170 du Code civil (F. CHENEDE, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », RDC 2015, 655 ; F. CHENEDE, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », D. 2015, p. 1226 ; L. GRATTON, « Les clauses abusives en droit commun des contrats », D. 2016, p. 22).

4.2 de la directive 93/13 et de la jurisprudence de la CJUE¹²⁹⁵. L'appréciation du déséquilibre significatif ne peut porter sur les clauses dites « *essentiels* » du contrat d'adhésion (C. civ. art. 1171, alin. 2), ce qui implique de ne pas en tenir compte pour examiner « *toute clause non négociable* » (art. 1171, C. civ.). A la différence de la qualification du contrat d'adhésion (art. 1110, C. civ.), il apparaît qu'ici les clauses « *essentiels* » du contrat ne devrait pas être prises en compte.

La règle applicable à la charge de la preuve. Puis, s'agissant de la charge de la preuve, en l'absence de précision particulière, on devrait appliquer l'adage *actori incumbit probatio*, puisque le principe est « *celui de la liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat, une clause doit a priori être considérée comme négociable et comme devant être respectée.* »¹²⁹⁶. Une analogie peut être établie avec la jurisprudence rendue au sujet de l'article L. 442-1 du Code de commerce. Un arrêt du 26 avril 2017¹²⁹⁷ rendu par la Chambre commerciale relève, s'agissant d'un mécanisme d'établissement d'avoirs au titre de méventes, que « *la société Darty était un intermédiaire incontournable pour les fournisseurs compte tenu de sa position de leader de la distribution sur les marchés en cause et qu'elle disposait de ce fait d'une puissance de négociation incontestable* » et ainsi que la Cour d'appel « *a fait ressortir le caractère intangible de ce mécanisme et l'absence de marge de négociation des fournisseurs en cause* ». Cette décision rendue par la Cour de cassation était venue clarifier une précédente décision¹²⁹⁸ et maintient que la charge de la preuve incombe au demandeur lorsque celui-ci tente de démontrer un acte ou une tentative de « *soumission* ». De la même façon, il peut être affirmé que la preuve de « *clause(s) non négociable(s)* » au sens de l'article 1171 du Code civil incombe par principe au demandeur. Cet article contraste alors nettement avec l'article 3.2 de la directive 93/13 selon lequel « *Si le professionnel prétend qu'une clause standardisée a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe.* ». Cet article, contrairement à l'article 1171 du Code civil, pose une présomption en faveur du consommateur ; dès lors qu'un contrat d'adhésion a été conclu entre un professionnel et un consommateur, l'ensemble des clauses que ce dernier contient sont présumées ne pas avoir fait l'objet de négociations. Cette présomption est simple, le professionnel peut donc démontrer que les clauses ont fait l'objet de négociations. Aucune présomption de ce genre n'est prévue par l'article 1171 du Code civil, ce qui conforte l'application par principe de la règle *actori incumbit probatio*.

L'appréciation retenue par les juges du fond s'agissant du caractère négociable ou négocié des clauses. Enfin, quelques décisions rendues par les juges du fond ont appliqué la qualification de contrat d'adhésion prévue par l'article 1171 du Code civil. Une première décision rendue par la Cour d'appel de Besançon le 11 septembre 2019¹²⁹⁹ évoque cette qualification alors même que l'ordonnance du 10 février 2016 n'était pas encore applicable au contrat conclu en l'espèce le 24 mai 2016 pour une durée de 18 mois. Selon la Cour d'appel « *Le caractère fixe, indivisible et irrévocable de la durée d'exécution du contrat ne peut caractériser le déséquilibre visé par les dispositions aujourd'hui codifiées à l'article 1171 du code civil (...) lorsque, comme en l'espèce, il n'apparaît pas que la durée de 48 mois, même fixe, indivisible et irrévocable, ait été soustraite à la négociation des parties.* ». La Cour

¹²⁹⁵ CJUE, 26 févr. 2015, C-143/13, point 54 ; V. aussi : CJUE, 3 juin 2010, C-484/08, cons. 34 ; CJUE, 30 avr. 2014, C-26/13, point 49 et 50 ; CJUE, 20 sept. 2017, C-186/16, point 35 et 36 ; CJUE, 16 juill. 2020, C-224/19 et C-259/19, points 62 et 63.

¹²⁹⁶ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 349.

¹²⁹⁷ Cass. com. 26 avr. 2017, n° 15-27.865.

¹²⁹⁸ Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013 : CCC, n° 12, déc. 2016, comm. 253, note N. MATHEY.

¹²⁹⁹ CA, Besançon, 1^{ère} ch. civ., 11 sept. 2019, n° 18/00983.

ajoute que le fait que le nombre de mensualités et le montant des loyers aient été indiqué de façon « *manuscrite* » et « *dans des cases non pré-imprimées* » fait présumer l'existence de négociations libres entre les parties. Ainsi, la Cour d'appel en conclut que ces stipulations « *n'apparaissant pas avoir été soustraites à toute négociation, l'abus invoqué à ce titre n'est pas établi et la clause ne peut être réputée non écrite de ce chef.* ». Dans une deuxième décision, il a été précisé qu'un contrat d'adhésion était conclu car « *les conditions générales de vente et les conditions générales de location de la société Linkeo, qui figurent au verso du bon de commande, ont été pré-rédigées par le fournisseur et soumises en bloc à la société F., sans négociation préalable de leurs stipulations.* »¹³⁰⁰. Dans une troisième décision, le Tribunal de commerce de Paris¹³⁰¹ a pu également approcher la qualification de contrat d'adhésion concernant un contrat de location d'une caisse enregistreuse et d'imprimantes soumis au droit applicable prévu par l'ordonnance du 10 février 2016. Le Tribunal se contente d'affirmer que « *les conditions générales du contrat sont imposées par le loueur et ne font pas l'objet de négociations* ». Dans une troisième et dernière décision, la Cour d'appel de Chambéry¹³⁰² considère qu'« *il résulte des éléments produits que la signature des contrats litigieux fait suite à une proposition tarifaire émise par la société Cafés F. que la société Courcheneige était donc parfaitement en mesure de négocier ou de refuser, ce qu'elle a d'ailleurs fait pour la seconde offre émise en octobre 2017* ». C'est parce que le contractant avait déjà refusé une précédente offre tarifaire que la Cour a estimé que celui-ci était en mesure de négocier, donc d'accepter ou refuser la seconde proposition tarifaire. Il résulte donc de ces trois décisions rendues sur le fondement du droit transitoire issu de l'ordonnance du 10 février 2016 confirment, comme soutenu précédemment, que la « *soustraction à la négociation* » des obligations en cause suppose que les clauses du contrat ne soient pas « *négociées* » (v. interprétation des art. 1171 et 1110 C. civ. issus de l'ordonnance du 10 février 2016) et non qu'elles ne soient pas « *négociables* » (v. interprétation des art. 1171 et 1110 C. civ. issus de la loi du 20 avril 2018). En particulier, la dernière décision citée, semble mettre en exergue une autre différence entre le droit transitoire (ordonnance du 10 février 2016) et le droit en vigueur (loi du 20 avril 2018) ; selon cette dernière, la qualification de contrat d'adhésion « *suppose que le contrat souscrit ne présente aucun caractère négociable pour la partie qui prétend en être victime* »¹³⁰³. Contrairement au droit en vigueur où le contrat d'adhésion est celui qui comprend un « *ensemble de clauses non négociables* », dans le droit transitoire, le contrat d'adhésion « *est celui dont les conditions générales* » sont soustraites à la négociation. Autrement dit, dans le droit en vigueur l'essentiel des clauses du contrat doivent ne pas être négociables pour constituer un contrat d'adhésion alors que dans le droit transitoire, et c'est la précision que semble apporter cette décision, la totalité des clauses doivent ne pas être négociées.

Paragraphe II : l'appréciation et l'étendue du « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » en droit commun (art. 1171 C. civ.)

Dans le cadre de cette démarche, après avoir démontré que l'article L. 442-1, 2° du Code de commerce constitue une référence utile (I.) et l'article L. 212-1 du Code de la consommation une référence pertinente (II.), nous pourrions déterminer l'appréciation et l'étendue du «

¹³⁰⁰ CA, Grenoble, ch. com., 31 mars 2022, n° 20/04209.

¹³⁰¹ T. com. Paris, 7^{ème} ch., 4 déc. 2019, n° 2019030753.

¹³⁰² CA, Chambéry, ch. civ., 1^{ère} sect., 30 juin 2020, n° 18/01858.

¹³⁰³ CA, Chambéry, ch. civ., 1^{ère} sect., 30 juin 2020, n° 18/01858.

déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » de l'article 1171 du Code civil (III.).

I. La référence utile à l'article L. 442-1, 2° du Code de commerce

A titre liminaire, rappelons que la preuve de l'acte ou de la tentative de soumission doit être démontrée et aucun renvoi au fait qu'une « *disposition vide le contrat de ce qui fait son essence même* »¹³⁰⁴, c'est-à-dire à la démonstration de la privation de la substance de l'obligation essentielle visée à l'article 1170 du Code civil ne peut établir cette preuve. De même, le fait que les clauses litigieuses n'aient pas été effectivement appliquées¹³⁰⁵ ou que leurs effets précis ou concrets ne soient pas mesurés¹³⁰⁶ est indifférent dans le cadre de la qualification du déséquilibre significatif. Enfin, seules les clauses ayant pour objet une « *obligation* », et non une simple déclaration¹³⁰⁷ ou faculté¹³⁰⁸, peuvent être soumises à l'appréciation du déséquilibre significatif. Successivement, nous examinerons les critères et la méthode d'appréciation (A.) ainsi que l'étendue (B.) du déséquilibre significatif de l'article L. 442-1, 2° du Code de commerce.

A) Critères et méthode d'appréciation du déséquilibre

Comme pour la preuve de la soumission ou de la tentative de soumission, la jurisprudence retient plusieurs critères pour déterminer si des obligations créent « *un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* » selon la méthode du faisceau d'indices. Selon la formule reprise par une grande partie de la jurisprudence, « *L'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif peut notamment se déduire d'une absence totale de réciprocité ou de contrepartie à une obligation, ou encore d'une disproportion importante entre les obligations respectives des parties* »¹³⁰⁹. Selon une formule plus explicite, les juges estiment que « *Le déséquilibre significatif est le plus souvent caractérisé par une absence de réciprocité des prérogatives contractuelles ou par une disproportion entre les droits et obligations des parties. Le déséquilibre significatif, doit être examiné au regard de*

¹³⁰⁴ Cass. com. éco. et fin., 14 févr. 2018, n° 17-11.924.

¹³⁰⁵ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 11 sept. 2013, n° 11/17941 : « *qu'il importe peu que ces obligations soient ou non exécutées, puis que la loi vise l'obtention ou la « tentative d'obtention » d'un avantage quelconque et qu'il importe peu aussi que les effets concrets du déséquilibre ne soient pas mesurés* » ; CA, Paris, pôle 5, ch. 5, 4 juill. 2013, n° 12/07651 : « *dans la mesure où le texte précise que la tentative engage tout autant la responsabilité de son auteur que la mise en œuvre de la soumission d'un partenaire à un déséquilibre significatif, il importe peu qu'il ne soit pas démontré que la clause ait été appliquée* »

¹³⁰⁶ Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10.907 : « *la cour d'appel (...) qui n'était pas tenue de rechercher les effets précis du déséquilibre significatif auquel la société Provera avait soumis ou tenté de soumettre ses partenaires, a satisfait aux exigences de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce* » ; CA, Paris, 11 sept. 2013, n° 2009/02296 : « *(...) qu'il importe peu que ces obligations soient ou non exécutées, puisque la loi vise l'obtention ou la « tentative d'obtention » d'un avantage quelconque et qu'il importe peu aussi que les effets concrets du déséquilibre ne soient pas mesurés* ».

¹³⁰⁷ T. com. Paris, 20 mai 2014, n° 2013070793.

¹³⁰⁸ CA, Paris, 25 nov. 2015, n° 12/14513.

¹³⁰⁹ CA, Paris, pôle 5, ch. 5, 3 sept. 2020, n° 17/18674 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 25 nov. 2020, n° 19/00558 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 18 nov. 2020, n° 19/12813 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 17 juin 2020, n° 18/23452 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 6 nov. 2019, n° 18/03352 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 12 juin 2019, n° 18/20323 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 11 janv. 2019, n° 17/00234 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 16 mai 2018, n° 17/11187 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 20 déc. 2017, n° 13/04879 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 21 juin 2017, n° 15/18784 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 19 avr. 2017, n° 15/24221.

*l'analyse des clauses imposées dans la convention en tenant compte des **contreparties accordées**, et de **l'équilibre économique de l'opération**.* »¹³¹⁰. Les juges ajoutent parfois qu'« *il incombe néanmoins à la partie qui invoque l'existence d'un déséquilibre significatif de rapporter la preuve qu'elle a été soumise (...) à des obligations injustifiées et non réciproques.* »¹³¹¹. La CEPC estime également qu'il s'agit de démontrer que le déséquilibre significatif crée une « *obligation défavorable, sans réciprocité ni contrepartie véritable ou justification objective* »¹³¹². En particulier, il apparaît que l'absence de réciprocité est un critère important pour apprécier le déséquilibre significatif, comme en cas d'absence de réciprocité d'une sanction contractuelle¹³¹³ ou du caractère potestatif d'une clause¹³¹⁴. Il ressort toutefois que la « *simple symétrie formelle de rédaction ne suffit pas établir le "caractère équilibré" des droits et obligations ainsi instauré par le contrat entre les parties et que celui-ci doit s'apprécier de façon concrète, en fonction de la situation effective dans laquelle sont placées les parties en cas de mise en œuvre de la clause* »¹³¹⁵. La démonstration de l'existence de prérogatives ou d'obligations réciproques ne suffit donc pas en elle-même à écarter l'existence d'un déséquilibre significatif ; l'indice relatif à la réciprocité des obligations doit donc être complété avec d'autres indices. En outre, il est également considéré que le caractère « *habituel* »¹³¹⁶ d'une obligation dans certains types de contrats ou de secteurs

¹³¹⁰ CA, Paris, pôle 5, ch. 5, 19 nov. 2020, n° 17/09510 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 5, 9 juill. 2020, n° 17/18660 ; V. aussi : CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 1^{er} oct. 2014, n° 13/16336 : « *Considérant que comme l'invoque le ministre de l'économie le déséquilibre significatif, peut être établi par l'absence de réciprocité ou la disproportion entre les obligations des parties ; que, compte tenu du rapport de force en présence, des clauses prévoyant des obligations ou des avantages injustifiés, sans contrepartie ou sans motif légitime, à la charge ou au bénéfice d'une partie peuvent être considérées en elles mêmes, indépendamment de leurs effets, comme étant illicites* » ; CA, Paris, pôle 5, ch. 5, 4 juill. 2013, n° 12/07651 : « *Ainsi rédigée, la clause de retour des invendus met à la charge des fournisseurs une obligation, sans qu'aucune contrepartie ne leur soit accordée. Elle instaure, par là, un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.* ».

¹³¹¹ CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 19 avr. 2019, n° 16/14293 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 11 oct. 2017, n° 15/03313.

¹³¹² CEPC, 30 sept. 2014, avis n° 14-06.

¹³¹³ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 18 déc. 2013, n° 12/00150 : « *Considérant toutefois que dans la relation distributeur fournisseur, la réciprocité de la sanction de de l'inexécution des obligations des parties est absente* ».

¹³¹⁴ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 11 sept. 2013, n° 11/17941 : « *Considérant enfin que le critère de déclenchement, comme le remarque un fournisseur, la société AB INVBEV France, est inconnu ce que révèlent les tableaux produits par Auchan sur les pénalités pour les fournisseurs du service « fromage libre service » ; qu'il n'est pas non plus discuté ; qu'en réalité, il dépend de la seule volonté de la société EURAUCHAN, de sorte que comme le souligne le Ministre, l'appelante a la maîtrise de l'exécution du contrat et de la discussion, a posteriori, de son application ; qu'il peut être ajouté qu'elle possède une arme pour la négociation du prochain contrat unique* » ; V. aussi : T. com. Paris, 1^{ère} ch., 2 sept. 2019, n° 2017050625 : « *Attendu que le déséquilibre significatif peut résulter de l'absence de réciprocité, de la disproportion entre les obligations des parties, du caractère potestatif d'une clause, c'est-à-dire que son critère de déclenchement dépend de la seule volonté de l'autre cocontractant et donc du fait qu'il a la maîtrise de l'exécution du contrat et de la discussion a posteriori de son application, de l'absence d'intérêt de la clause pour le vendeur tiers et d'obligations injustifiées à la charge de ces derniers* ».

¹³¹⁵ T. com. Paris, 20 mai 2014, n° 2013070793.

¹³¹⁶ CA, Grenoble, 1^{ère} ch. civ., 17 nov. 2020, n° 18/02810 : « *Il ne justifie pas davantage leur reproche contre la société AJC de n'avoir pas veillé au respect de l'équilibre des obligations des parties, dès lors que : (...) la clause de garantie d'actif et de passif est une clause habituelle dans ce type de transaction et ne révèle donc pas, en soi, un déséquilibre significatif au détriment du vendeur* » ; CA, Paris, pôle 5, ch. 5, 12 sept. 2013, n° 11/22934 : « *S'agissant des obligations d'exclusivité et de non-concurrence post-contractuelle, l'insertion de telles clauses dans les contrats de courtage concernant le démarchage à domicile est classique et habituel. La société Omnitrade ne peut prétendre que l'absence de réciprocité de ces clauses créerait un déséquilibre significatif, alors que si tel était le cas cela signifierait que la société Direct Energie devrait confier l'intégralité de la commercialisation de ses offres à l'appelante, ce qui n'aurait aucun sens.* » ; CA, Paris, pôle 5, ch. 5, 12 déc. 2013, n° 11/18274 : « *Que l'article 9 a trait aux conditions financières du contrat et comporte le principe d'une réparation sous forme d'un avoir en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de la prestation conçue au sous traitant ; qu'une telle disposition qui ne saurait être réduite à la simple prise en compte d'une réclamation du client mais repose sur un manquement effectif du sous traitant à ses obligations est habituelle dans un contrat de sous traitance et ne traduit aucun déséquilibre* » ; T. com. Paris, 15^{ème} ch., 12 févr. 2018, n° 2016009368 : « *C'est également en vain que le franchisé invoque un déséquilibre significatif à son*

professionnels justifie l'absence de caractérisation d'un déséquilibre significatif. En somme, il ressort que les principaux critères d'appréciation du déséquilibre significatif¹³¹⁷ créé sont l'absence de réciprocité des obligations ou prérogatives contractuelles (1.), l'absence de contreparties ou de justification à une obligation contractuelle (2.), la disproportion importante entre des obligations contractuelles ou le défaut d'équilibre économique de l'opération (3.), le caractère habituel d'une clause dans un type de contrat ou un secteur professionnel déterminé (4.). Aussi, la dénégation d'un droit ou d'une obligation de l'un des contractants peut également constituer un critère pertinent¹³¹⁸ (5.).

La jurisprudence estime que « *Les clauses sont appréciées dans leur contexte, au regard de l'économie de la relation contractuelle* » et, de manière *in concreto*, ce qui implique, après avoir analysé une clause donnée, de procéder à une analyse globale des clauses du contrat¹³¹⁹. En effet, « *le juge peut, si cela est invoqué, tenir compte du contrat dans sa globalité pour apprécier si certaines stipulations contractuelles sont utilement contrebalancées par d'autres pour rétablir l'équilibre dans les droits et obligations des parties au contrat* »¹³²⁰. Dans le même sens, la Cour de cassation exige qu'il soit démontré que la clause alléguée comme créant un déséquilibre significatif soit « *nécessaire à l'équilibre de la convention ou que ce déséquilibre est compensé par d'autres dispositions du contrat* »¹³²¹. Sur le terrain probatoire, « *La preuve d'un rééquilibrage du contrat par une autre clause incombe à l'entreprise mise en cause, sans que l'on puisse considérer qu'il y a alors inversion de la charge de la preuve.* »¹³²². En conséquence, il ressort de cette jurisprudence que l'appréciation du déséquilibre significatif doit être réalisée en deux étapes : une analyse dite « *clause par*

détriment. Les clauses litigieuses sont habituelles en matière de franchise. » ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 3 mai 2017, n° 12/23530 : « *Les motifs visés par cette clause apparaissent habituels dans ce type de contrat et constituant pas un déséquilibre significatif au détriment du franchisé.* ».

¹³¹⁷ S'agissant de ces critères d'appréciation, la Professeure Madame MALAURIE-VIGNAL identifiait les critères suivants : l'absence de réciprocité d'une clause, la clause conférant un avantage à un partenaire, sans réciprocité ni contrepartie, et la clause habituelle dans le secteur d'activité. (M. MALAURIE-VIGNAL, « *Faut-il avoir peur du déséquilibre significatif ?* », CCC n°7, juill. 2015, étude 9, n°21-23).

¹³¹⁸ V. la jurisprudence citée sur le déséquilibre significatif en matière commerciale par S. CHAUDOUET, « *Le déséquilibre significatif* », thèse, 2018, n°393 (CA Rouen, 12 déc. 2012, n° 12/01200 pour une clause privant du droit de résiliation ; CA Versailles, 23 juin 2016, n° 14/06181 pour une clause privant du droit d'obtenir réparation en cas d'exonération de responsabilité), n° 396 (CA Paris, 29 oct. 2014, n° 13/11059 pour une clause de dédit dissuadant de sortir d'un contrat ; CA Toulouse, 7 déc. 2016, n° 16/02774 pour une clause imposant le paiement d'un an de loyer s'il ne souscrit pas un nouveau contrat) n°403 (CA Versailles, 23 juin 2016, n° 14/06181 pour une clause étendant les cas de force majeure au bénéfice de la seule société prestataire, l'abonné ne disposant que de la protection de l'ancien article 1148 du code civil) et n°410 (CA Paris, 1^{er} oct. 2014, n° 13/16336 ; CA Paris, 19 avr. 2017, n° 15/24221 pour des clauses imputant au seul fournisseur la charge des obligations et des risques afférents, lesquels devraient pourtant être normalement supportés par le distributeur).

¹³¹⁹ Cass. com. 25 janv. 2017, n° 15-23.547 ; Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013 ; Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387 ; Cass. com. 3 mars 2015, n° 13-27.525 ; Cass. com. 3 mars 2015, n° 13-27.525 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 5, 3 sept. 2020, n° 17/18674 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 25 nov. 2020, n° 19/00558 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 18 nov. 2020, n° 19/12813 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 17 juin 2020, n° 18/23452 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 6 nov. 2019, n° 18/03352 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 12 juin 2019, n° 18/20323 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 11 janv. 2019, n° 17/00234 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 16 mai 2018, n° 17/11187 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 20 déc. 2017, n° 13/04879 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 21 juin 2017, n° 15/18784 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 19 avr. 2017, n° 15/24221.

¹³²⁰ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 1^{er} oct. 2014, n° 13/16336.

¹³²¹ Cass. com. 29 sept. 2015, n° 13-25.043.

¹³²² CA, Paris, pôle 5, ch. 5, 3 sept. 2020, n° 17/18674 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 25 nov. 2020, n° 19/00558 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 18 nov. 2020, n° 19/12813 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 17 juin 2020, n° 18/23452 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 6 nov. 2019, n° 18/03352 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 12 juin 2019, n° 18/20323 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 11 janv. 2019, n° 17/00234 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 16 mai 2018, n° 17/11187 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 20 déc. 2017, n° 13/04879 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 21 juin 2017, n° 15/18784 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 19 avr. 2017, n° 15/24221.

clause »¹³²³ consistant à examiner individuellement l'ensemble des clauses du contrat arguées de créer un déséquilibre significatif (1.) et une analyse globale consistant à examiner les clauses du contrat qui pourraient le « rééquilibrer » et ainsi compenser celles qui le déséquilibrent (2.). Dans le cadre de la première étape de l'analyse, la charge de la preuve incombe au demandeur invoquant le déséquilibre significatif, alors que dans le cadre de la seconde étape, celle-ci incombera au défendeur qui doit démontrer les clauses susceptibles de rééquilibrer les clauses créant un déséquilibre significatif.

B) Étendue de l'appréciation du déséquilibre

Il convient de rappeler que l'article L. 442-1 du Code de commerce introduit par la Loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 a été jugé conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 janvier 2011¹³²⁴. Dans sa décision, le Conseil précise que « *le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du code de la consommation reprenant les termes de l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 susvisée ; qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire* »¹³²⁵ et que la juridiction saisie d'une telle pratique peut consulter la CEPC. Une analogie était donc établie avec l'actuel article L. 212-1 du Code de la consommation, lequel restreint l'étendue du contrôle du déséquilibre significatif en affirmant que « *L'appréciation du caractère abusif des clauses (...) ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible.* ». Néanmoins, suite à cette décision du Conseil, la Cour de cassation est venue clarifier les choses. Si celle-ci confirme qu'il y a bien similitude des régimes juridiques des déséquilibres significatifs consommateurs et commerciaux, en revanche, elle estime qu'il n'y a pas pour autant identité entre ces derniers. Dans le cadre de ces deux déséquilibres distincts, les objectifs poursuivis par le législateur peuvent être différents notamment en raison des catégories de personnes concernées et de la nature des contrats concernés¹³²⁶. Il en résulte donc que, par rapport au droit consommateur, l'étendue du contrôle du déséquilibre significatif de l'article L. 442-1 du Code de commerce est plus large, de sorte « *que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu* ». Suite à l'intervention de cet arrêt du 25 janvier 2017, le Conseil constitutionnel a statué sur une nouvelle QPC qu'il a jugée recevable, ledit arrêt ayant entraîné un changement des circonstances justifiant le réexamen des dispositions contestées. Derechef, l'article L. 442-1 du Code de commerce a fait l'objet d'une décision de conformité

¹³²³ G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « *Déséquilibre significatif* », Rép. dr. civi., mai 2019 (actualisation : sept. 2020), n°146.

¹³²⁴ Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85.

¹³²⁵ Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85.

¹³²⁶ Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547 : « *Et attendu, en deuxième lieu, que la similitude des notions de déséquilibre significatif prévues aux articles L. 132-1, devenu L. 212-1, du code de la consommation et L. 442-6, I, 2° du code de commerce, relevée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, n'exclut pas qu'il puisse exister entre elles des différences de régime tenant aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines, en particulier quant à la catégorie des personnes qu'il a entendu protéger et à la nature des contrats concernés ; qu'ainsi, l'article L. 442-6, I, 2° précité, qui figure dans le Livre quatrième du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, et au Chapitre II du Titre IV, dédié aux pratiques restrictives de concurrence, n'exclut pas, contrairement à l'article L. 212-1 du code de la consommation, que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu* ».

par le Conseil constitutionnel¹³²⁷. Selon la jurisprudence, il est requis que la partie qui allègue un déséquilibre significatif fasse en sorte que les juges puissent procéder à l'appréciation de l'adéquation du prix en apportant les éléments de preuve nécessaires. En l'espèce, il était reproché à la société demanderesse de n'avoir apporté « *aucun élément sur la composition de ses prix et, notamment, sur la part constituée par l'achat de la matière première en question dans ses coûts* ». Ce qui n'a pas permis de prouver le « *refus du distributeur de répercuter sur le tarif applicable entre les parties l'augmentation du coût des approvisionnements en matière première subie par le fournisseur* »¹³²⁸. La jurisprudence a pu donner quelques illustrations de cette appréciation de l'adéquation du prix au bien vendu¹³²⁹.

II. La référence pertinente à l'article L. 212-1 du Code de la consommation

Comme expliqué précédemment, à la différence du déséquilibre significatif de droit commercial, le déséquilibre significatif consommériste ne requiert pas en droit français la démonstration de l'absence de négociation individuelle ou d'un acte de soumission. En effet, l'article L. 212-1 du Code de la consommation étend le mécanisme de protection aux contrats « *contenant des stipulations négociées librement ou non* ». Cette disposition adoptée dans un contexte de transposition de la directive n° 93/13/CEE va donc plus loin que ladite directive laquelle cantonnait la clause abusive à la « *clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle* ». Il suffit donc que le contrat en cause soit conclu entre un professionnel et un consommateur ou un professionnel et un non professionnel (L. 211-4 Code de la consommation) pour que le juge puisse procéder à l'appréciation du déséquilibre significatif. Nous ne détaillerons pas les différentes qualifications de « *consommateur* », « *non professionnel* », « *professionnel* », cela n'est en effet pas nécessaire dans la mesure où celles-ci n'ont pas été reprises par l'article 1171 du Code civil. Nous examinerons successivement les critères et la méthode d'appréciation (A.) ainsi que l'étendue (B.) du déséquilibre significatif en droit consommériste.

A) Critères et méthode d'appréciation du déséquilibre significatif en droit consommériste

En préambule, il convient de préciser que les critères du déséquilibre significatif en droit de la consommation sont déterminés par le droit européen, le droit français met en application ces derniers. Une répartition du périmètre d'intervention entre la CJUE et les juges nationaux des États membres est ainsi prévue. Il ressort des textes et de la jurisprudence de l'Union européenne que la CJUE dispose d'une pleine compétence pour « *interpréter les critères*

¹³²⁷ Cons. const. 30 nov. 2018, n° 2018-749 : « 7. *Les dispositions contestées interdisent aux producteurs, aux commerçants, aux industriels et aux personnes immatriculées au répertoire des métiers de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. En application de ces dispositions, telles qu'interprétées par la Cour de cassation dans sa décision du 25 janvier 2017, l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties peut notamment résulter d'une inadéquation du prix au bien faisant l'objet de la négociation.* ».

¹³²⁸ Cass. com. 25 oct. 2017, n° 15-24.060.

¹³²⁹ Cass. com., 8 juin 2017, n° 15-15.417 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 19 janv. 2018, n° 16/11167 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 13 sept. 2017, n° 15/24117 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 17 mai 2017, n° 14/18290 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 1^{er} juill. 2015, n° 13/19251 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 14 nov. 2014, n° 12/14728.

généraux utilisés par le législateur communautaire pour définir la notion de clause abusive ». Toutefois, « elle ne saurait se prononcer sur l'application de ces critères généraux à une clause particulière qui doit être examinée en fonction des circonstances propres au cas d'espèce. »¹³³⁰. La jurisprudence ajoute que « la Cour doit se limiter à fournir à la juridiction de renvoi des indications dont cette dernière est censée tenir compte afin d'apprécier le caractère abusif de la clause concernée »¹³³¹. Ainsi, les critères généraux de la clause abusive sont déterminés par la CJUE et les juges nationaux se prononcent sur sa mise en application. L'article 3 de la directive de 1993 énonce qu'une clause est « considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. ». Cet article donne donc une définition « abstraite »¹³³² de ce qui relève de la clause abusive et il reviendra aux juridictions nationales de retenir ou non pour chaque cas concret la qualification de clause abusive. Parmi les critères prévus par la directive de 1993, on peut citer l'exigence de bonne foi (1.), de clarté (2.) ainsi que la situation juridique induite pour le consommateur par des clauses contractuelles (3.).

S'agissant de la bonne foi, l'article 3 de la directive de 1993 prévoit qu'une clause peut être abusive lorsqu'elle est conclue « en dépit de l'exigence de bonne foi ». Selon le considérant 16 de la directive « dans l'appréciation de la bonne foi, il faut prêter une attention particulière à la force des positions respectives de négociation des parties, à la question de savoir si le consommateur a été encouragé par quelque moyen à donner son accord à la clause et si les biens ou services ont été vendus ou fournis sur commande spéciale du consommateur » ; de même, l'exigence de bonne foi peut être satisfaite par le professionnel « en traitant de façon loyale et équitable avec l'autre partie dont il doit prendre en compte les intérêts légitimes ». Plus encore, la CJUE précise que « le juge national doit vérifier à ces fins si le professionnel, en traitant de façon loyale et équitable avec le consommateur, pouvait raisonnablement s'attendre à ce que ce dernier accepte une telle clause à la suite d'une négociation individuelle. »¹³³³. Ce critère n'a pas été transposé en droit français, car cela « n'aurait rien apporté en termes de protection et aurait encore un peu plus nui à l'impératif de sécurité juridique »¹³³⁴ et l'absence de recours en manquement intenté contre la France semble indiquer que cette absence de transposition est conforme à la directive de 1993¹³³⁵.

S'agissant de l'exigence de clarté ou de transparence, l'article 5 de la directive de 1993 dispose que « ces clauses doivent toujours être rédigées de façon claire et compréhensible. En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut. ». La CJUE estime que « Cette exigence doit, compte tenu de la situation d'infériorité dans laquelle se trouve le consommateur à l'égard du professionnel s'agissant, notamment, du niveau d'information, faire l'objet d'une interprétation extensive »¹³³⁶. En effet, cette exigence de transparence « ne saurait être réduite au seul caractère

¹³³⁰ CJCE, 1^{er} avr. 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02, Rec. p. I-3403, point 22 ; CJUE, 4 juin 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, Rec. p. I-4713, point 37.

¹³³¹ CJUE, 26 avr. 2012, *Invitel*, C-472/10, point 22.

¹³³² CJCE, 7 mai 2002, *Commission/Suède*, C-478/99, Rec. p. I-4147, point 17 ; CJCE, 1^{er} avril 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02, Rec. p. I-3403, point 19, et CJUE, 4 juin 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, Rec. p. I-4713, point 37.

¹³³³ CJUE, 14 mars 2013, *Mohamed Aziz c/ Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa*, point 69.

¹³³⁴ D. MAZEAUD, « La loi du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives – véritable réforme ou simple réformette ? », Dr. et patr., juin 1995, p. 47.

¹³³⁵ E. POILLOT, « Influence du droit de l'Union européenne et primauté de la loyauté : une protection incidente du consommateur ? », LPA, nov. 2011, n°234, p. 34

¹³³⁶ CJUE, 28 juill. 2016, *Verein für Konsumenteninformation c/ Amazon EU*, C-191/15, Point 68.

compréhensible sur les plans formel et grammatical de celles-ci »¹³³⁷, l'essentiel étant que la portée de cette clause ait été comprise par le consommateur. Selon la Cour, relève ainsi de cette exigence de transparence à l'égard du consommateur « *non seulement l'information donnée préalablement à la conclusion du contrat sur les conditions de l'engagement, mais également l'exposé des particularités du mécanisme de prise en charge des échéances dues au prêteur en cas d'incapacité totale de travail de l'emprunteur ainsi que la relation entre ce mécanisme et celui prescrit par d'autres clauses, de sorte que ce consommateur soit mis en mesure d'évaluer, sur le fondement de critères précis et intelligibles, les conséquences économiques qui en découlent pour lui. Il en va ainsi dans la mesure où le consommateur décidera, au regard de ces deux types d'éléments, s'il souhaite se lier contractuellement à un professionnel en adhérant aux conditions rédigées préalablement par celui-ci* »¹³³⁸. Ce critère n'a pas été transposé par le législateur français au sein du Chapitre II relatif aux « *Clauses abusives* » (en particulier à l'article L. 212-1 du Code de la consommation) mais au Chapitre I relatif à la « *Présentation des contrats* » (en particulier à l'article L. 211-1 du Code de la consommation). Il ressort donc que le législateur français a « *gommé* » l'exigence de clarté ou de transparence en tant que critère d'appréciation de la clause abusive et a préféré « *formellement* » distinguer « *la règle de présentation des contrats (C. consom., art. L. 211-1, al. 1^{er}) de la législation sur les clauses abusives (C. consom., art. L. 212-1)* ». »¹³³⁹. Toutefois, cette distinction formelle n'a pas eu de réelle incidence en jurisprudence, car une partie d'entre elle place sous le giron du déséquilibre significatif l'exigence de clarté conformément à la directive de 1993¹³⁴⁰ et une autre partie s'appuie sur l'article spécifique créé par le législateur français pour sanctionner le défaut de clarté de clauses¹³⁴¹.

Surtout, s'agissant de la situation juridique induite pour le consommateur compte tenu des clauses contractuelles qu'il a signées, la CJUE affirme que pour apprécier l'existence d'une clause abusive « *il convient notamment de tenir compte des règles applicables en droit national en l'absence d'un accord des parties en ce sens. C'est à travers une telle analyse comparative que le juge national pourra évaluer si, et, le cas échéant, dans quelle mesure, le contrat place le consommateur dans une situation juridique moins favorable par rapport à celle prévue par le droit national en vigueur. De même, il apparaît pertinent, à ces fins, de procéder à un examen de la situation juridique dans laquelle se trouve ledit consommateur au vu des moyens dont il dispose, selon la réglementation nationale, pour faire cesser l'utilisation de clauses abusives.* »¹³⁴². Cette appréciation de la situation juridique du consommateur ne devrait pas se limiter à l'hypothèse d'une « *appréciation économique de nature quantitative, reposant sur une comparaison entre le montant total de l'opération ayant fait l'objet du contrat, d'une part, et les coûts mis à la charge du consommateur par cette clause, d'autre part.* »¹³⁴³. Au contraire, une telle appréciation peut « *résulter du seul fait d'une atteinte suffisamment grave à la situation juridique dans laquelle le consommateur, en tant que partie au contrat en cause, est placé en vertu des dispositions nationales*

¹³³⁷ CJUE, 23 avr. 2015, Van Hove, C-96/14, point 43.

¹³³⁸ CJUE, 23 avr. 2015, Van Hove, C-96/14, point 41.

¹³³⁹ G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « *Déséquilibre significatif* », *Rep. dr. civi.*, mai 2019 (actualisation : sept. 2020), n°46.

¹³⁴⁰ V. par exemple : Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2017, n° 16-14974 (pour l'appréciation du caractère abusif d'une clause lorsque celle-ci est imprécise ou ambiguë) ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 2001, n° 99-13.395 (pour l'appréciation du caractère abusif d'une clause rédigée en des termes susceptibles de laisser croire au consommateur qu'elle autorisait seulement la négociation du prix de la prestation).

¹³⁴¹ V. par exemple : Cass. civ. 1^{ère}, 17 nov. 2011, n° 10-23.093 ; Cass. civ. 2^{ème}, 15 déc. 2011, n° 10-26.983 ; Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2010, n° 09-12.535.

¹³⁴² CJUE 26 janv. 2017, Banco Primus, aff. C-421/14, point 59 ; CJUE, 14 mars 2013, C-415/11 Mohamed Aziz c/ Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa, point 68.

¹³⁴³ CJUE, 16 janv. 2014, Constructora Principado SA c/ José Ignacio Menéndez Álvarez, C-226/12, Point 22.

applicables » qu'il s'agisse « *d'une restriction au contenu des droits* » dont ce dernier tire de ce contrat ou « *d'une entrave à l'exercice de ceux-ci ou encore de la mise à sa charge d'une obligation supplémentaire, non prévue par les règles nationales.* »¹³⁴⁴. Ce critère est particulièrement important dans le cadre de l'appréciation du déséquilibre significatif, ce que souligne la Professeure PERES-DOURDOU, selon elle, « *l'élimination des clauses abusives constitue donc une technique par laquelle l'ordre juridique se propose notamment d'affirmer et de restaurer l'autorité du droit supplétif à l'encontre du vouloir individuel.* »¹³⁴⁵.

D'un point de vue méthodologique, la CJUE ajoute sur le fondement de l'article 4.1 de la directive de 1993 que « *le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend.* »¹³⁴⁶. La première indication de cet article invitant à tenir compte de la « *nature des biens ou services* » n'a pas été transposée en droit interne. En revanche, la seconde indication de cet article a été transposée à l'article L. 212-1 du Code de la consommation¹³⁴⁷. Dans le cadre de l'appréciation du déséquilibre significatif consommériste, le juge est invité à analyser de manière globale ce dernier en tenant compte à la fois de toutes les circonstances entourant la conclusion du contrat mais aussi de toute clause stipulée au contrat autre que celle accusée d'être abusive ou même de tout contrat juridiquement lié à celui contenant cette dernière.

La doctrine française s'est efforcée de dégager des critères unifiés et cohérents permettant de déterminer les situations dans lesquelles une clause doit être considérée comme abusive. La Professeure SAUPHANOR-BROUILLAUD¹³⁴⁸, parmi les critères conduisant à admettre ou écarter l'existence d'un déséquilibre significatif, identifie pour la plupart des contrats « *les clauses conférant un pouvoir unilatéral au professionnel* », « *les clauses octroyant un avantage au professionnel* », « *les clauses accordant au professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou le service fourni est conforme aux stipulations contractuelles* », « *les clauses heurtant indirectement ou directement les droits du consommateur* ». Pour le Professeur LAGARDE, la démonstration du déséquilibre significatif résulte de ce que « *l'avantage n'a ni contrepartie, ni motif légitime* »¹³⁴⁹. Mme CHAUDOUET¹³⁵⁰ proposait de regrouper l'ensemble des critères du déséquilibre significatif en deux grandes catégories d'indices « *ayant pour objet ou pour effet de compromettre un équilibre minimal entre les droits et obligations des parties* » à savoir la clause qui « *dénie à l'un ou l'autre des contractants un droit ou une obligation* » qu'une règle supplétive lui aurait normalement attribué et la clause qui ne prévoit « *aucune réciprocité entre les droits ou les obligations respectifs des contractants* ». De même, Mme PEGLION-ZIKA proposait de rassembler ces

¹³⁴⁴ CJUE, 16 janv. 2014, Constructora Principado SA c/ José Ignacio Menéndez Álvarez, C-226/12, Point 23.

¹³⁴⁵ C. PERES-DOURDOU, « *La règle supplétive* », thèse, LGDJ, 2004, p. 536, n°553.

¹³⁴⁶ CJUE, 4 juin 2009, Pannon GSM, C-243/08, Rec. p. I-4713, point 39, et CJUE 9 nov. 2010, VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, Rec. p. I-10847, point 42 ; CJUE, 15 janv. 2015, n° C-537/13, Birutė Šiba c/Arūnas Devėnas, point 33 ; CJUE, 14 mars 2013, C-415/11 Mohamed Aziz c/ Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa, point 71.

¹³⁴⁷ « *le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque les deux contrats sont juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution.* » (art. L 212-1 du Code de la consommation).

¹³⁴⁸ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « *Clauses abusives - Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus* », CCC n°6, juin 2008, étude 7, n° 25 à 43.

¹³⁴⁹ X. LAGARDE, « *Qu'est-ce qu'une clause abusive ?* », JCP E, n°17, 27 avr. 2006 n°11.

¹³⁵⁰ S. CHAUDOUET, « *Le déséquilibre significatif* », thèse, 2018, n°388.

critères autour de la négation d'un droit et de l'unilatéralisme¹³⁵¹, le premier consistant à stipuler une clause qui prive le consommateur d'un droit que lui offre le droit supplétif¹³⁵² et le second à stipuler une clause investissant le professionnel d'un pouvoir arbitraire, de prérogatives unilatérales¹³⁵³. Néanmoins, ces quelques tentatives de proposer des classifications englobant l'ensemble des abus possibles semblent vaines dans la mesure où elles peuvent difficilement être exhaustives¹³⁵⁴ et que la directive de 1993 ainsi que la CJUE semblent privilégier une appréciation détachée de toute conceptualisation de critères précis, la définition donnée de la clause abusive en son article 3 étant particulièrement « *abstraite* »¹³⁵⁵. Une approche au cas par cas, bien que peu favorable à la prévisibilité des décisions de justice, permet d'englober l'ensemble des cas de clauses abusives. Il reste que certains des critères doctrinaux cités ci-dessus peuvent être vérifiés non seulement au travers de la catégorisation des clauses abusives et de la jurisprudence française. Le déséquilibre significatif en droit consumériste est régi par des catégories contraignantes de clauses abusives, soit les listes grises et noires de clauses abusives. L'ensemble des critères susmentionnés pourront donc être librement mobilisés par le juge uniquement lorsque les clauses litigieuses soumises à son appréciation ne relèvent pas de ces catégories fixées par le pouvoir réglementaire. Il s'agit de clauses irréfragablement présumées comme étant abusives (les clauses noires) visées par l'article R. 212-1 du Code de la consommation et des clauses simplement présumées comme abusives visées par l'article R. 212-2 du Code de la consommation, sauf à ce que le professionnel en rapporte la preuve contraire (s'agissant des clauses grises). Force est de constater que ces catégories de clauses présumées irréfragablement ou simplement abusives correspondent à certains critères doctrinaux : la négation ou restriction des droits du consommateur¹³⁵⁶, l'absence de réciprocité¹³⁵⁷ de certaines prérogatives ou la production d'un

¹³⁵¹ C.-M. PEGLION-ZIKA, « *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation* », thèse, 2013, n°393 et s.

¹³⁵² C.-M. PEGLION-ZIKA, « *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation* », thèse, 2013, n°394 et s.

¹³⁵³ C.-M. PEGLION-ZIKA, « *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation* », thèse, 2013, n°463 et s.

¹³⁵⁴ S'agissant de la classification proposée par la Professeur PEGLION-ZIKA, bien que celle-ci soit considérée comme « *positivement utile* », il lui est reproché de ne pas être « *exhaustive* » comme l'illustre les cas d'abus en matière de clauses limitatives de responsabilité « *Non sans rapport, le critère du déséquilibre significatif semble susceptible d'appréhender des prérogatives unilatérales qui ne répondent pas cumulativement aux trois critères proposés (pouvoir ni circonstancié, ni justifié, ni compensé).* » (D. FENOUILLET in D. FENOUILLET, dir., « *Droit de la consommation, Droit interne et européen* », Dalloz action 2021/2022 n°224.44).

¹³⁵⁵ CJCE, 7 mai 2002, Commission/Suède, C-478/99, Rec. p. I-4147, point 17 ; CJCE, 1^{er} avril 2004, Freiburger Kommunalbauten, C-237/02, Rec. p. I-3403, point 19, et CJUE, 4 juin 2009, Pannon GSM, C-243/08, Rec. p. I-4713, point 37.

¹³⁵⁶ Art. R 212-1 C. conso : « *1° Constater l'adhésion du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion* » (**défaut d'information du consommateur**) ; « *2° Restreindre l'obligation pour le professionnel de respecter les engagements pris par ses préposés ou ses mandataires* » (**restriction des obligations dues au consommateur par l'entremise d'un mandataire ou d'un préposé**) ; « *6° Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations* » (**suppression ou réduction du droit à réparation des consommateurs**) ; « *11° Subordonner, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation par le consommateur au versement d'une indemnité au profit du professionnel* » (**restriction du droit de résiliation du consommateur par l'imposition d'une indemnité**) ; « *12° Imposer au consommateur la charge de la preuve, qui, en application du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat* » (**renversement en défaveur du consommateur de la charge de la preuve**).

Art. R 212-2 C. conso : « *5° Permettre au professionnel de procéder à la cession de son contrat sans l'accord du consommateur et lorsque cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des droits du consommateur* » (**diminuant les droits du consommateur en cas de cession de contrat**) ; « *7° Stipuler une date indicative d'exécution du contrat, hors les cas où la loi l'autorise* » (**exonération d'obligations et de responsabilité par la stipulation d'une date d'exécution indicative**) ; « *9° Limiter indûment les moyens de preuve à la disposition du consommateur* » (**limitation des moyens de preuve du consommateur**) ; « *10°*

préjudice excessif¹³⁵⁸. Dans le même sens, la jurisprudence française retient et applique les critères de la négation ou restriction du droit¹³⁵⁹, de l'absence de réciprocité de prérogatives¹³⁶⁰

Supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges » (**suppression ou entrave au droit d'agir en justice du consommateur**).

¹³⁵⁷ Art. R 212-1 C. conso : « 3° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre » (**modification unilatérale du professionnel**) ; « 4° Accorder au seul professionnel le droit de déterminer si la chose livrée ou les services fournis sont conformes ou non aux stipulations du contrat ou lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat » (**droit de déclaration conforme unilatéral ou d'interprétation exclusif du professionnel**) ; « 5° Contraindre le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service » (**exception d'inexécution non réciproque**) ; « 7° Interdire au consommateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou de son obligation de fourniture d'un service » (**renonciation non réciproque du droit de résolution ou de résiliation du consommateur**) ; « 8° Reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au consommateur » (**droit de résiliation discrétionnaire et non réciproque du professionnel**) ; « 10° Soumettre, dans les contrats à durée indéterminée, la résiliation à un délai de préavis plus long pour le consommateur que pour le professionnel » (**délai de préavis asymétrique en faveur du professionnel**).

Art. R 212-2 C. conso : « 1° Prévoir un engagement ferme du consommateur, alors que l'exécution des prestations du professionnel est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté » (**conditions potestative non réciproque**) ; « 2° Autoriser le professionnel à conserver des sommes versées par le consommateur lorsque celui-ci renonce à conclure ou à exécuter le contrat, sans prévoir réciproquement le droit pour le consommateur de percevoir une indemnité d'un montant équivalent, ou égale au double en cas de versement d'arrhes au sens de l'article L. 214-1, si c'est le professionnel qui renonce » (**dédit non réciproque**) ; « 6° Réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives aux droits et obligations des parties, autres que celles prévues au 3° de l'article R. 212-1 » (**modification unilatérale en faveur du professionnel**) ; « 8° Soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le consommateur que pour le professionnel » (**modalités de résiliation ou résolution asymétrique en faveur du professionnel**).

¹³⁵⁸ Art. R 212-1 C. conso : « 9° Permettre au professionnel de retenir les sommes versées au titre de prestations non réalisées par lui, lorsque celui-ci résilie lui-même discrétionnairement le contrat » (**absence de restitutions en cas de résiliation discrétionnaire et de prestations non réalisées**)

Art. R 212-2 C. conso : « 3° Imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné » (**indemnité manifestement disproportionnée**) ; « 4° Reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable » (**résiliation sans préavis raisonnable**).

¹³⁵⁹ V. par exemple : CA, Douai, 8^{ème} ch., 1^{ère} sect., 27 mai 2010, n° 09/03378 : pour une clause de résiliation pour des causes extérieures au contrat et pour des cas non prévus par les dispositions réglementaires et légales ; CA Versailles, 3^e ch., 20 mai 2005, n° 04/01207 : pour une clause faisant supporter au consommateur la charge de l'entretien du détenteur et du limiteur de pression alors qu'ils sont les accessoires indispensables du réservoir et que le prestataire assure la maintenance de l'ensemble de l'équipement et que le consommateur paye une redevance annuelle de maintenance ; CA, Paris, ch. 25, sect. B, 10 sept. 1999 : pour une clause visant à limiter de manière considérable la responsabilité légale du professionnel ; CA, Paris, ch. 1, sect. B, 7 mai 1998 : pour une clause de force majeure vague et générale couvrant des hypothèses plus large que la force majeure et imposant une modification unilatérale sans dédommagement ; TGI, Paris, ch. soc. 1^{ère}, 4 févr. 2003 : pour une clause d'affranchissement du professionnel de son obligation précontractuelle d'information, une clause de suppression du droit de rétractation du consommateur ; une clause supprimant le droit de contester la conformité de la commande pour des défauts apparents ou non ; une clause de délais indicatifs supprimant le droit à réparation du consommateur ; une clause d'exonération de responsabilité non générale mais circonscrite à des hypothèses limitées ; une clause d'exonération de responsabilité en cas de retard et changement d'horaire non conforme à la loi et donnant une définition générale à la force majeure.

¹³⁶⁰ V. par exemple : CA Grenoble, 1^{re} ch. civ., 14 nov. 2017, n° 15/01649 : pour une clause de dédit non réciproque et d'un montant disproportionné au détriment d'un non professionnel ; CA, Aix-en-Provence, 11^{ème} chambre B, 13 mars 2014, n° 13/06218 : pour une clause de paiement des frais de scolarité pour l'année en cours et d'une indemnité de dédit sans prévoir les conséquences des manquements du professionnel et imposant une indemnité d'un montant manifestement disproportionné sans équivalent à la charge du professionnel) ; CA,

ou de l'absence de contrepartie suffisante¹³⁶¹. Ainsi, les principaux critères retenus s'agissant du déséquilibre significatif consommériste concernent la négation ou restriction d'un droit (1.), l'absence de réciprocité des prérogatives (2.) et l'absence de contrepartie suffisante (3.).

B) Étendue de l'appréciation du déséquilibre

L'article 4.2 de la directive de 1993 dispose que « *L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible.* ». Cette disposition a été transposée en droit français à l'article L. 212-1, alinéa 3, en ces termes : « *L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible.* ». La CJUE précise que cet article 4.2 de la directive « *vise pour sa part (...) uniquement à établir les modalités et l'étendue du contrôle de fond des clauses contractuelles, n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle, qui décrivent les prestations essentielles des contrats conclus entre un professionnel et un consommateur.* »¹³⁶². L'objet principal du contrat est donc relatif aux « *prestations essentielles* » de ce dernier. La CJUE¹³⁶³ ajoute que les clauses qui relèvent de l' « *objet principal* » sont « *celles qui fixent les prestations essentielles de ce contrat et qui, comme telles, caractérisent celui-ci* ». Ces clauses définissent « *l'essence même du rapport contractuel* » à la différence des « *clauses qui revêtent un caractère accessoire* » lesquelles ne relèvent pas de l'objet principal. L'exigence de « *de rédaction claire et compréhensible s'applique en tout état de cause* » y compris lorsqu'une clause relève de l'objet principal du contrat et cette exigence « *a la même portée que celle visée à l'article 5 de cette directive* »¹³⁶⁴. De ce fait, la jurisprudence française écarte la possibilité de contrôler le caractère abusif de clauses portant sur l'objet principal du contrat¹³⁶⁵ ou l'adéquation du prix par rapport aux biens ou services fournis¹³⁶⁶ dès lors que ces dernières sont rédigées de manière claire et compréhensible¹³⁶⁷.

Paris, ch. 1, sect. B, 7 mai 1998 : pour une clause imposant le pouvoir unilatérale et discrétionnaire du professionnel sans contrepartie ; TGI, Paris, ch. soc. 1^{ère}, 4 févr. 2003 : pour une clause de modification unilatérale par le professionnel sans motif valable ; une clause de détermination unilatérale par le professionnel de la date de livraison de la commande.

¹³⁶¹ V. par exemple : CA, Douai, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 17 janv. 2019, n° 17/04694 : pour une clause d'exclusivité dans un mandat de vente dénuée de contrepartie ; CA, Versailles, ch. 14, 4 févr. 2004, n° 03/07368 03/08320 : pour une clause permettant au professionnel de ne pas assurer une prestation de service téléphonique mobile pendant deux jours consécutifs sans contrepartie ; CA, Paris, ch. 1, sect. B, 7 mai 1998 : pour une clause réservant un pouvoir unilatérale et discrétionnaire à une agence de location sans contrepartie ; pour une clause imposant le report de la prise en possession des lieux loués au prochain jour ouvrable et une facturation horaire de retard en cas d'arrivée tardive sans aucune contrepartie pour le preneur.

¹³⁶² CJUE, 3 juin 2010, C-484/08, point 34.

¹³⁶³ CJUE, 26 févr. 2015, C-143/13, point 54 ; V. aussi : CJUE, 3 juin 2010, C-484/08, Cons. 34 ; CJUE, 30 avr. 2014, C-26/13, point 49 et 50 ; CJUE, 20 sept. 2017, C-186/16, point 35 et 36 ; CJUE, 16 juill. 2020, C-224/19 et C-259/19, points 62 et 63.

¹³⁶⁴ CJUE, 30 avr. 2014, C-26/13, point 68 et 69.

¹³⁶⁵ V. par exemple : CA, Riom, 3^e ch. civ. com., 23 sept. 2020, n° 19/00494 : pour une clause déterminant les limites de la période d'incapacité temporaire totale de garantie et portant donc sur la définition de l'objet principal de cette garantie ; CA Bordeaux, 1^{ère} ch. civ., 13 mai 2019, n° 17/04376 : pour une clause permettant de déterminer les conditions de calcul des intérêts conventionnels d'un prêt bancaire, qui sont la contrepartie de la mise à disposition du capital par la banque ne pouvant être abusive car portant sur l'objet principal de ce contrat ; TGI, Grenoble, 4^e ch., 4 nov. 2013, n° 11/02833 : pour une clause ne pouvant être abusive car fixant à deux mois

III. Conséquences pour la détermination et l'étendue de l'appréciation du « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties » en droit commun (art. 1171 C. civ.)

L'article 1171 du Code civil reprend comme en droit commercial et consommériste le standard juridique du « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». Ce dernier constitue le dénominateur commun des trois déséquilibres significatifs consacrés en droit consommériste, commercial et commun. Théoriquement, il devrait s'agir d'un déséquilibre d'une certaine importance sans pour autant être manifestement évident puisqu'il doit être « significatif », il ne doit pas être « quelconque (...) ni manifeste, ni flagrant »¹³⁶⁸. En réalité, si la jurisprudence a pu parfois refuser de juger abusives certaines clauses en raison de l'absence de caractère « significatif » du déséquilibre (par exemple, en droit consommériste¹³⁶⁹), celle-ci reste peu abondante. Et on peut le comprendre dans la mesure où le fait d'exiger que

de loyers, partagé entre le locataire et le bailleur, le montant des honoraires de l'agent immobilier ayant rédigé l'acte de location

¹³⁶⁶ V. par exemple : CA Orléans, 21 novembre 2011, n° 10/03263 ; pour une clause d'enseignement professionnel dont le prix était intégralement dû pour une scolarité de deux ans. Le prix de la formation, jugé exagéré par le parent de l'élève, au regard du nombre de mois de formation dont l'élève a bénéficié ne peut être faire l'objet de l'appréciation de son caractère abusif, cette clause portant sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ; CA, Grenoble, 1^{ère} ch. civ. 22 nov. 2010, n° 09/02931 : pour une clause imposant le versement d'une commission à la banque en raison d'un compte bancaire inactif laquelle ne peut être contrôlée puisque portant sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au service offert.

¹³⁶⁷ V. par exemple : Cass. civ. 1^{ère}, 27 nov. 2019, n° 18-14.575 : « le contrat de mandat ne précisait pas la rémunération du mandataire, la cour d'appel a fait ressortir que la fixation de la commission litigieuse procédait d'une clause qui n'était pas rédigée de façon claire et compréhensible ; qu'elle a, dès lors, à bon droit, procédé à l'appréciation de son caractère abusif, peu important que celle-ci ait porté sur l'adéquation de la rémunération au service offert » ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 avr. 2016, n° 15-19.107 : « qu'ayant ainsi fait ressortir que l'article 14.4 a n'était pas clair et compréhensible, au sens de l'article L. 137-2, alinéa 7, du code de la consommation, en ce qu'il ne définissait pas précisément l'ITT, de sorte qu'entraînant une restriction substantielle de garantie, il avait pour objet ou pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du non-professionnel ou du consommateur, la cour d'appel a, hors toute dénaturation et sans contrevenir aux articles L. 113-1 et L. 112-4 du code des assurances, retenu, à bon droit, qu'il présentait un caractère abusif, qui en commandait la suppression » ; CA, Versailles, 3^{ème} ch. 29 oct. 2020, n° 19/03738 : « Cependant, force est de constater qu'il n'est fourni dans la notice aucune définition de l'incapacité fonctionnelle, sauf à indiquer qu'elle est appréciée 'en se référant au barème indicatif des incapacités en droit commun (Barème du Concours Médical en vigueur) en appliquant la règle de Balthazard'. Or, la société ACM vie ne saurait sérieusement soutenir que la notion d' 'incapacité fonctionnelle physique ou mentale' tombe sous le sens commun. Quant aux barème et règle visés dans l'indication susvisée, il est évident que même s'il s'agit d'éléments objectifs, il n'ont de sens que pour des seuls et rares initiés, non pour un consommateur moyen. Il en résulte que lors de l'adhésion, les emprunteurs n'étaient en réalité pas en mesure de connaître ce que recouvre l'incapacité fonctionnelle et, par voie de conséquence, le taux d'invalidité. Ils se sont trouvés ainsi privés de la faculté d'appréhender concrètement le mécanisme de prise en charge résultant du tableau à double entrée, puisque celui-ci repose notamment sur le taux d'incapacité fonctionnelle, notion non clairement définie pour un consommateur moyen, et d'évaluer les conséquences économiques en découlant pour eux, soit la portée réelle de la garantie offerte. Dès lors, les clauses litigieuses, rédigées de manière non claire et compréhensible, doivent être soumises à l'appréciation de leur caractère abusif. ».

¹³⁶⁸ G. CHANTEPIE, M. LATINA, « Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n°447.

¹³⁶⁹ V. par exemple : CA, Reims, ch. civ. 1^{ère} sect., 24 sept. 2019, n° 18/02237 : « En l'espèce, les appelants ne démontrent pas que la différence du calcul d'intérêt sur 360 jours ou 365 jours par an présenterait un caractère significatif. Par conséquent, il convient de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a rejeté le moyen pris de l'existence d'une clause abusive. » ; CA, Rennes, 2^{ème} ch., 26 avr. 2019, n° 16/00244 : « La société Suravenir Assurances observe à juste titre comme en première instance que la clause litigieuse n'est pas abusive au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation (ancien, et désormais L. 212-1) en ce que l'abus, ou déséquilibre, n'est pas significatif, s'agissant d'une garantie facultative et qui nécessite certaines précautions de la part de l'assuré, rédigée en termes clairs et précis. »

le déséquilibre ait un caractère significatif ne fait qu'indiquer, de manière abstraite, que celui-ci doit avoir une certaine importance. Or, l'ajout de cet adjectif n'est pas d'une grande aide pour pouvoir faire le départ entre les clauses créant un déséquilibre « *significatif* » et celles ne créant qu'un « *simple* » déséquilibre. Surtout, comme examiné précédemment pour les déséquilibres consuméristes et commerciaux, la détermination de ce déséquilibre repose sur une appréciation *in concreto* laquelle a rendu nécessaire le développement de critères constituant un faisceau d'indices du déséquilibre significatif. En effet, comme le soulignent certains auteurs, le déséquilibre significatif marque sur ce point une différence avec l'ancien critère de la loi de 1978 requérant la preuve qu'une clause apparaisse imposée par « *un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif* »¹³⁷⁰. Ce dernier doit être apprécié *in concreto* alors que cet ancien critère pouvait être apprécié *in abstracto* ce qui d'ailleurs facilitait le contrôle exercé par la Cour de cassation¹³⁷¹. De la même façon que pour les déséquilibres consuméristes et commerciaux, il est donc fort à parier que la jurisprudence ne s'appesantira pas davantage sur l'appréciation du caractère « *significatif* » ou non du déséquilibre prévu par l'article 1171 du Code civil. Les juges seront donc incités à établir un faisceau d'indices reposant sur une série de critères probablement similaires à ceux prévus en droit consumériste et commercial. D'une part, les principaux critères d'appréciation du déséquilibre significatif en matière commerciale pourraient être retenus *mutatis mutandis* s'agissant de l'article 1171 du Code civil. Pour l'essentiel, il s'agit de l'absence de réciprocité des obligations ou prérogatives contractuelles, de l'absence de contreparties ou de justification à une obligation contractuelle, de la disproportion importante entre des obligations contractuelles ou du défaut d'équilibre économique de l'opération, du caractère habituel d'une clause dans un type de contrat ou un secteur professionnel déterminé ou encore de la dénégation par une clause d'un droit ou d'une obligation de l'un des contractants. D'autre part, les principaux critères d'appréciation du déséquilibre significatif consumériste pourraient être retenus *mutatis mutandis* s'agissant de l'article 1171 du Code civil. Pour l'essentiel, il s'agit de la négation ou restriction des droits du consommateur, l'absence de réciprocité de certaines prérogatives ou la production d'un préjudice excessif. Si ces critères issus du droit consumériste et commercial pourront certainement être mobilisés en droit commun, reste à savoir si le juge privilégiera l'une ou l'autre de ces deux sources d'inspiration. Le rapport remis avec l'ordonnance du 10 février 2016 semble privilégier le déséquilibre significatif consumériste comme source principale d'inspiration : « *Les critères d'appréciation du déséquilibre sont déjà connus puisqu'ils sont inspirés de ceux fixés dans le code de la consommation et qu'ils résultent de la transposition de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives* ». Plusieurs auteurs semblent privilégier la référence au déséquilibre significatif consumériste¹³⁷², d'autres auteurs tout en confirmant la pertinence de cette référence au droit consumériste estiment qu'une interprétation spécifique devrait être

¹³⁷⁰ Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, art. 35.

¹³⁷¹ Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, « *Droit des obligations* », 15^{ème} éd., 2019, Lexisnexis, n°367, p. 327-328.

¹³⁷² « *il pourrait y avoir une assez large place pour l'analogie avec le déséquilibre significatif du Code de la consommation* » (S. GAUDEMET, « *Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil* », CCC, n°5, mai 2016, dossier 5, n°9.) ; « *Nul doute que la notion de déséquilibre significatif sera éclairée par le modèle précédent (les clauses abusives)* » (A. BENABENT, « *Droit des obligations* », L.G.D.J préc. domat droit privé, 18^{ème} éd., 2019, n° 199 ; « *L'énorme corpus accumulé en droit de la consommation servira, mutatis mutandis, à interpréter cette notion (de déséquilibre significatif) que lui a empruntée l'article 1171* » (V. P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « *Droit des obligations* », L.G.D.J, 11^{ème} éd., 2020, n° 372) ; « *il est évidemment probable que le juge raisonnera ici par analogie avec les règles applicables en vertu du Code de la consommation. A cet égard, les « clauses grises » et « clauses noires » seront sans doute un puissant indicateur.* » (D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 5^{ème} éd., 2021, éd. Bruylant, collection paradigme, n°497-1, p. 400-401).

retenue s'agissant du déséquilibre significatif en droit commun¹³⁷³. Néanmoins, il nous semble qu'il ne faut pas négliger la référence au droit commercial pour la détermination du faisceau d'indices en droit commun. Force est de constater que les critères d'appréciation du déséquilibre significatif sont globalement similaires entre le droit consumériste et le droit commercial. Il reste possible de relever quelques spécificités à l'instar du critère du caractère « *inhabituel* » d'une clause, lequel est bien souvent cité pour le déséquilibre significatif en droit commercial. Mais il ne faut pas exagérer la disparité des critères d'appréciation dégagés en jurisprudence¹³⁷⁴, au contraire, il semble bien se dessiner un ensemble de critères d'appréciation communs aux déséquilibres significatifs en droit consumériste et commercial¹³⁷⁵. Le déséquilibre significatif de droit commun ne devrait pas y faire exception comme l'illustre la jurisprudence d'ores et déjà rendue par les juges du fond au regard de l'article 1171 du Code civil. Successivement, nous examinerons donc les critères et la méthode d'appréciation (A.) ainsi que l'étendue (B.) du déséquilibre significatif en droit commun.

A) Critères d'appréciation du déséquilibre significatif en droit commun

Dans une première décision rendue par la Cour d'appel de Douai du 1^{er} octobre 2020¹³⁷⁶, il s'agissait d'une clause de réclamation de paiement d'une prestation. Une société cliente (la société Perspectives et Organisation) a accepté un devis pour la réalisation d'un stand par une société prestataire (la société Oxymoron). Deux acomptes ont été versés par la société cliente à la société prestataire. Suite à des difficultés lors du montage du stand, deux remises ont été consenties à la société cliente. La société prestataire a mis en demeure cette dernière de lui régler la somme restante sous dix jours. Le Tribunal de commerce, dans son jugement du 11 septembre 2018, condamne la société cliente à payer cette somme due moyennant le versement d'intérêts de retard et de frais de recouvrement. Devant la Cour d'appel, la société cliente invoque l'article 13 des conditions générales de vente lui permettant de contester la

¹³⁷³ « Ainsi, il est permis de considérer, par analogie, que le même standard, repris par l'article 1171 du Code civil, peut être concrétisé par la jurisprudence rendue sur le fondement des articles L. 132-1 du Code de la consommation. (aujourd'hui C. consom., L. 212-1 et L. 442-6 I, 2°). Toutefois, il nous semble que la jurisprudence en question ne devrait pas être systématiquement appliquée par analogie dans la mesure où les intérêts en présence dans un contrat de consommation, dans un contrat d'affaires, ou dans un contrat civil ne sont pas nécessairement les mêmes. » (F.-X. LICARI, « Contrat. – inexécution du contrat. – déséquilibre significatif du contrat », JCl. Civil Code, art. 1162 à 1171, Fasc. 50, 23 janv. 2017 (mis à jour : 1^{er} sept. 2020), n° 29) ; « D'un côté, il est tout à fait certain que le travail doctrinal et jurisprudentiel qui a été fait pour appliquer les textes spéciaux nourrira l'interprétation du nouveau texte de droit commun (...) Mais d'un autre côté, le déséquilibre significatif ne saurait être apprécié de la même façon en droit commun et dans les droits spéciaux – sauf à ruiner l'idée même d'une césure entre le droit spécial et le droit commun. » (O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 350).

¹³⁷⁴ V. par exemple : Messieurs DESHAYES, GENICON et LAITHIER qui reconnaissent la référence pertinente que constitueront les déséquilibres significatifs en droit spécial (consumériste et commercial) pour le droit commun, tout en affirmant que « le déséquilibre significatif ne saurait être apprécié de la même façon en droit commun et dans les droits spéciaux – sauf à ruiner l'idée même d'une césure entre le droit spécial et le droit commun. » (O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 350).

¹³⁷⁵ V. en ce sens : S. CHAUDOUET, « Le déséquilibre significatif », thèse, 2018, n°388. Après une analyse approfondie de la jurisprudence, Madame CHAUDOUET propose de regrouper l'ensemble des critères du déséquilibre significatif en droit consumériste et droit commercial autour de deux grandes catégories d'indice : les clauses qui « dénie(nt) à l'un ou l'autre des contractants un droit ou une obligation » qu'une règle supplétive lui aurait normalement attribué et les clauses qui ne prévoient « aucune réciprocité entre les droits ou les obligations respectifs des contractants ».

¹³⁷⁶ CA, Douai, 2^{ème} ch., 2^{ème} sect., 1^{er} oct. 2020, n° 18/05986.

demande en paiement de la société prestataire. Toutefois, la société prestataire rétorque que cette clause de réclamation devait être soulevée « *par écrit dans les 7 jours suivant la date de fin de prestation* ». Or, la Cour d'appel sur le fondement de l'article 1171 du Code civil estime que cette clause crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en ce qu'elle « *entrave de manière significative et disproportionnée le droit d'action de la société Perspectives et Organisation (la société cliente) alors que les droits de la société Oxymoron (la société prestataire) ne sont pas affectés par de telles restrictions.* ». On reconnaît deux critères déjà envisagés précédemment, **la négation ou restriction d'un droit**, ici le droit d'agir en remboursement d'une prestation commandée, et la **réciprocité des prérogatives contractuelles**, ici la réciprocité de ladite action en remboursement. D'autres décisions rendues par les juges du fond retiennent également ce **critère de la réciprocité des prérogatives contractuelles**.

Un jugement rendu par le Tribunal de commerce de Paris le 4 décembre 2019¹³⁷⁷ concernait la conclusion d'un contrat de location d'une caisse enregistreuse et d'imprimantes. Le bailleur souhaitait résilier le contrat aux torts du locataire sur le fondement d'une clause de résiliation de plein droit moyennant le versement d'une indemnité de résiliation égale aux loyers à échoir majorée de 10%. Le Tribunal de commerce estime sur le fondement de l'article 1171 du Code civil que ledit contrat de location est un contrat d'adhésion « *puisque les conditions générales du contrat sont imposées par le loueur et ne font pas l'objet de négociations* ». Puis, le Tribunal affirme que la clause de résiliation doit être réputée non écrite, puisque « *non seulement les cas de résiliation aux torts du locataire sont nombreux, mais le contrat ne prévoit aucune clause permettant au locataire de résilier le contrat pour manquement du bailleur à ses obligations.* ». Ce que soulignent les juges est le défaut de caractère réciproque de la faculté contractuelle de résiliation entre le bailleur et le locataire, les causes de résiliation pour des manquements imputables au locataire étaient nombreuses alors qu'en l'espèce une même clause de résiliation aux torts du bailleur était inexistante. On retrouve donc le critère du défaut de réciprocité des prérogatives contractuelles évoqué précédemment et la clause de résiliation est réputée non écrite sur la base de ce critère. Au surplus, le Tribunal ajoute que « *les sanctions financières subies par le locataire sont lourdes, puisque l'indemnité de résiliation est égale aux loyers à échoir majorés de 10 pour-cent, ce qui donne en l'espèce une indemnité de 29 854 euros.* ». C'est donc le critère du préjudice excessif causé au locataire évoqué précédemment qui a justifié que la clause d'indemnité de résiliation soit réputée non écrite. Ce critère n'est d'ailleurs pas sans rappeler l'une des clauses noires visée par l'article R. 212-1 du Code de la consommation selon lequel est présumé irréfragablement abusive la clause qui a pour objet ou effet d'« *Imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné* ».

Une autre décision rendue par la Cour d'appel de Lyon le 27 février 2020¹³⁷⁸ retient de manière encore plus explicite le critère de l'absence de réciprocité. Dans cette affaire, un locataire (la SARL Green day) avait conclu pour son activité de restauration et de sandwicherie un contrat de location financière avec un bailleur (la SAS Locam). Dans le cadre de ce contrat de location financière, le matériel était remis par un fournisseur (la société Au comptoir de la caisse) moyennant le versement de 60 mensualités de loyer de 170 euros HT. Après l'envoi d'une mise en demeure préalable, le bailleur a décidé d'assigner le locataire en paiement de cette somme. Le Tribunal de commerce de Saint-Etienne a condamné le locataire au paiement du prix du matériel fourni. Ce dernier a interjeté appel de ce jugement en demandant à ce que les demandes du bailleur soient déboutées notamment en raison du déséquilibre significatif créé par la clause de résiliation du contrat de location (l'article 12 dudit contrat) au regard de l'article 1171 du Code civil. Il était notamment prévu

¹³⁷⁷ T. com., Paris, 7^{ème} ch., 4 déc. 2019, n° 2019030753.

¹³⁷⁸ CA, Lyon, 3^{ème} ch. A, 27 févr. 2020, n° 18/08265.

par cette clause que le bailleur pourra résilier de « *plein droit* » et de manière « *immédiate* » le contrat de location « *en cas d'incident de paiement déclaré ou de détérioration de la cotation auprès de la Banque de France, en cas de perte de plus de la moitié du capital social, en cas de cessation d'activité partielle ou totale du locataire, en cas de fusion, scission de l'entreprise ou modification de la personne des associés ou des dirigeants de fait ou non, en cas de diminution des garanties et sûretés, si le locataire fait l'objet de poursuites de la part de ses créanciers, si le locataire ne respecte pas l'un de ses engagements envers la société LOCAM SAS ou d'autres société du groupe COFAM, notamment SIRCAM SAS* ». La Cour d'appel de Lyon estime que cette clause « *réserve à la seule société Locam la faculté de se prévaloir d'une résiliation de plein droit qu'aucune autre stipulation n'ouvre à la société Green day* ». Aussi, cette clause permet de résilier de plein droit le contrat pour des hypothèses « *qui ne correspondent pas à des hypothèses de manquements contractuels* » du locataire. En effet, cette clause permet au bailleur de résilier de plein droit le contrat pour « *des hypothèses qui affectent la vie sociale de la société locataire* » puisque cette résiliation pouvait être mise en œuvre notamment en cas d'incident de paiement, de perte de plus de la moitié du capital social, de cessation d'activité partielle ou totale du locataire ou encore de fusion, scission de l'entreprise ou modification de la personne des associés ou des dirigeants. La Cour d'appel ajoute que cette clause de résiliation peut même être mise en œuvre en cas de manquements du locataire « *envers d'autres sociétés du groupe Cofam, sans viser la nécessité de vérifier que le locataire a manqué à ses obligations dans le contrat litigieux.* ». Il en résulte ainsi que l'ensemble de ces « *possibilités* » n'étant pas offertes au locataire « *qui invoque à bon escient une absence de réciprocité et un déséquilibre significatif* », l'article 12 du contrat de location doit être réputé non écrit¹³⁷⁹. Derechef, le critère de l'absence de réciprocité est appliqué par la jurisprudence. Ce critère a encore pu être mis en œuvre dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Chambéry le 18 janvier 2018¹³⁸⁰. En l'espèce, le requérant jugeait abusive les clauses prévues par les conditions générales d'inscription à une université suisses sur le fondement de l'article 1171 du Code civil. La Cour d'appel affirmait que le requérant ne caractérisait pas un déséquilibre significatif entre les parties. Il ne rapportait pas la preuve « *que l'université disposerait à son désavantage, d'un pouvoir unilatéral ou encore que les conditions générales procurent à cet établissement un avantage non réciproque. En effet, la faculté de rompre le contrat n'est pas unilatérale et l'université s'engage à procéder au remboursement des frais de scolarité dans plusieurs cas listés de façon exhaustive, mais il est également légitime pour elle, en cas d'annulation de l'inscription de manière tardive de conserver les frais d'inscription à son profit.* ». L'absence d'octroi d'un avantage non réciproque ou d'un pouvoir unilatéral a donc permis d'éviter la caractérisation d'un déséquilibre significatif au sens de l'article 1171 du Code civil.

Dans un autre arrêt rendu par le premier président de la Cour d'appel de Lyon le 1^{er} septembre 2020¹³⁸¹, un autre critère d'appréciation évoqué précédemment s'agissant déséquilibre

¹³⁷⁹ V. toutefois sur la cassation de cet arrêt : Cass. com. fin. et éco., 26 janv. 2022, n° 20-16.782. En effet, la Cour de cassation a considéré que « *le défaut de réciprocité de la clause résolutoire de plein droit pour inexécution du contrat prévue à l'article 12, a) des conditions générales se justifie par la nature des obligations auxquelles sont respectivement tenues les parties* ». Il s'agissait en l'espèce d'un contrat de location financière dans lequel l'intervention du loueur est purement financière et où celui-ci exécute instantanément l'intégralité des obligations mises à sa charge, en réglant immédiatement au fournisseur le prix des biens commandés par le locataire et en les mettant à la disposition de ce dernier. Ainsi, seul le locataire restait ensuite tenu jusqu'au terme du contrat d'obligations susceptibles d'être sanctionnées par une clause résolutoire. Cette décision ne remet donc pas en cause la pertinence du critère du défaut de réciprocité de la clause résolutoire mais affirme seulement qu'en regard au caractère spécifique du fonctionnement du contrat de location financière, le défaut de réciprocité ne se posait pas en l'espèce, la clause résolutoire pouvant uniquement sanctionner l'inexécution du locataire et non du loueur.

¹³⁸⁰ CA, Chambéry, 2^{ème} ch., 18 janv. 2018, n° 16/01710.

¹³⁸¹ CA, Lyon, premier président, 1^{er} sept. 2020, n° 20/01879.

significatif en droit commercial est repris par les juges, celui du caractère « *inhabituel* » de la clause. Dans cette affaire, une cliente avait eu recours aux services d'un cabinet d'avocats pour la défense de ses intérêts dans le cadre d'un litige disciplinaire avec son employeur. Cette dernière avait saisi le bâtonnier de l'ordre des avocats du barreau de Lyon pour demander le remboursement partiel des honoraires réglés, lequel l'a déboutée de ses demandes. La cliente a décidé de contester cette décision devant le premier président de la Cour d'appel de Lyon. Parmi les arguments avancés par celle-ci, la cliente estime que les lettres de mission signées avec le cabinet d'avocats sont « *des contrats d'adhésion qui doivent être réputés non écrits* » sur le fondement de l'article 1171 du Code civil. Le premier président de la Cour d'appel affirme que la cliente « *ne précise pas les clauses qui créeraient un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* » et que « *ces conventions d'honoraires ne présentent pas de particularité par rapport à celles rédigées habituellement par la profession* ». C'est ainsi le caractère « *habituel* » de la clause qui permet de retenir que celle-ci ne présente aucune particularité au regard des conventions d'honoraires rédigées au sein de la profession et ne crée donc pas de déséquilibre significatif.

Enfin, dans d'autres affaires étaient repris **le critère d'octroi d'un avantage sans contrepartie suffisante**. Dans un premier arrêt rendu par la Cour d'appel de Besançon le 30 juin 2020¹³⁸², un client (Jean Louis C.) a souscrit un contrat d'abonnement auprès d'un prestataire de service public de production, transport et distribution de chaleur (la régie) concernant un bien immobilier dont le client a cédé la nue-propriété à son fils héritier donataire (Jean Pierre) et s'en est réservé l'usufruit. Suite au décès du client, le 15 février 2014, l'héritier donataire a assigné en justice le prestataire devant l'ancien Tribunal de grande instance (TGI) de Vesoul en soulevant notamment le caractère abusif de l'article 12 du règlement de service applicable à la police d'abonnement souscrite. Ce dernier disposait que « *les contrats d'abonnement sont souscrits pour une durée de 20 ans, renouvelable tacitement par période de cinq ans jusqu'à la cinquantième année de fonctionnement... Les dispositions de la police d'abonnement s'imposent aux ayant-droits, ou successeurs éventuels de l'abonné qui s'engage en conséquence à imposer cette obligation dans tout acte de transfert* ». L'héritier donataire contestait le fait de ne pas pouvoir résilier le contrat de prestation de service ce qui constituait une clause abusive au sens de l'article 1171 du Code civil. Le prestataire quant à lui considérait que l'imposition d'une durée de 20 ans sans résiliation possible n'était pas constitutive d'une clause abusive mais se justifiait par l'économie du contrat et la prise en charge des frais d'installation et de raccordement. Le TGI, le 15 janvier 2019, reconnaît le caractère abusif de cet article 12 du règlement de service et condamne le prestataire de service public au paiement des dépens et frais irrépétibles. La Cour d'appel de Besançon rappelle que la recommandation n°01-02 de la Commission des clauses abusives (CCA) préconise, lorsqu'un contrat est conclu entre un professionnel et un consommateur, que soit éliminées les clauses ayant pour objet « *d'imposer une durée initiale minimum du contrat sans en autoriser, eu égard à son économie, la résiliation anticipée par le consommateur pour motifs légitimes* » et « *de prévoir la prorogation ou la reconduction tacite d'un contrat à durée déterminée pour une période excessivement longue* ». En l'espèce, à titre liminaire, la Cour d'appel rappelle que pour les juges du TGI cette clause devait être appréciée au regard de « *l'économie générale du contrat* » au jour de sa souscription et que ces derniers ont justement jugé que « *si la régie met en avant la prise en charge des frais d'installation et de raccordement elle ne justifie pas de leur coût et échoue par conséquent à démontrer qu'un tel avantage compenserait une durée initiale incompressible de l'engagement de 20 ans ainsi qu'un renouvellement tacite pour une durée particulièrement longue de 5 ans* ». La prise en charge des frais d'installation et de raccordement par le

¹³⁸² CA, Besançon, 1^{ère} ch. civ. et com., 30 juin 2020, n° 19/00258.

prestataire que ce dernier estimait à 15 000 euros, laquelle constituait un « *avantage* » pour l'héritier donataire, ne permettait pas de « *compenser* » une durée du contrat de 20 ans et un renouvellement tacite particulièrement long, soit de 5 ans. Au surplus, la Cour ajoute que les frais d'installation n'étaient pas non plus « *indolore(s)* » pour l'héritier donataire, l'article 3.2 des conditions générales du contrat d'abonnement laissant à la charge de ce dernier le coût des « *installations secondaires* » et de « *l'évacuation d'eau au sol de la sous-station* ». Ainsi, il en résulte que l'article 12 du règlement de service devait être réputé non écrit sur le fondement de l'article 1171 du Code civil.

Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Chambéry, le 30 juin 2020¹³⁸³, l'exploitant d'un fonds de commerce d'hôtel-bar-restaurant (la société Courcheneige) avait conclu sept contrats prévoyant la mise à disposition de matériels (une machine à café, des frigos, des machines à jus de fruit) pour une durée de 60 mois (soit 5 ans) avec un prestataire (la société Cafés F.). Ces contrats prévoyaient également en contrepartie de la mise à disposition et entretien du matériel, la commande d'un volume annuel minimum de biens consommables (café, thé et boissons) pendant une durée irrévocable de 60 mois. En raison de la réalisation de travaux au sein de ses locaux, le prestataire a récupéré une partie du matériel mis à disposition pour gardiennage. Seulement, pour la saison 2017/2018, l'exploitant du fonds de commerce a décidé de mettre fin aux contrats signés avec le prestataire et l'a invité à venir récupérer le reste du matériel mis à disposition. Le prestataire par l'envoi d'une lettre de mise en demeure indique qu'une clause aux contrats prévoyait le versement d'une indemnité de résiliation égale à la partie non amortie sur les marchandises (soit 25 235 euros). Suite au refus exprimé par l'exploitant du fonds de commerce de reprendre les relations commerciales, le prestataire a assigné l'exploitant devant le Tribunal de commerce de Chambéry. Le 12 septembre 2018, ce dernier a condamné l'exploitant à verser au prestataire la somme de 15 000 euros à titre principal et de 2 500 euros à titre d'indemnité. L'exploitant a décidé d'interjeter appel de ce jugement et estime notamment que les conditions générales dans leur ensemble ainsi que l'article 8 de ces dernières créés un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. La Cour d'appel de Chambéry écarte l'analyse au regard de l'ancien article L. 446-2, I-2° du Code de commerce, l'action fondée sur cet article relevant des seuls pouvoirs des juridictions désignées par les articles D. 442-3 et D. 442-4 du Code de commerce (ni le Tribunal de commerce, ni la Cour d'appel de Chambéry n'en faisaient partie). S'agissant de l'action fondée sur l'article 1171 du Code civil, la Cour d'appel considère qu'il doit être vérifié que « *le contrat souscrit ne présente aucun caractère négociable pour la partie qui prétend en être victime* ». En l'espèce, les contrats litigieux avaient fait l'objet d'une proposition tarifaire préalable que l'exploitant était « *parfaitement en mesure de négocier ou de refuser* ». Néanmoins, « *si les conditions générales de vente n'apparaissent pas négociables, le client devant y adhérer* », les contrats conclus prévoyaient pour une durée ferme et irrévocable la mise à disposition et l'entretien gratuit par le prestataire de matériels coûteux (d'une valeur de 24 096 euros HT) et en contrepartie l'exploitant s'engageait pour la durée des contrats à s'approvisionner auprès du prestataire par l'achat d'un volume minimum de biens consommables dont le coût est « *en rapport avec la valeur du matériel* ». La Cour considère que la durée des contrats (60 mois) correspondait « *à l'amortissement du matériel mis à disposition* » et qu'il ne pouvait ainsi en résulter un déséquilibre significatif. En particulier, les clauses (l'article 5 « *clause compensatoire annuelle* » et l'article 6 « *clause de révision* ») prévoyant les sanctions et rééquilibrages applicables en cas de non-respect de la clause d'approvisionnement par l'exploitant étaient « *justifié(s) par les propres obligations* » du prestataire. En effet, les obligations du prestataire (soit, la mise à disposition et l'entretien gratuit d'un matériel coûteux) ne pouvaient « *s'entendre qu'à la condition qu'un chiffre d'affaires minimum lui soit garanti en contrepartie.* ». Puis, l'article 8 des conditions

¹³⁸³ CA, Chambéry, ch. civ., 1^{ère} sect., 30 juin 2020, n° 18/01858.

générales de vente prévoyait la possibilité de résilier le contrat exclusivement par le prestataire, après mise en demeure préalable, uniquement en cas de « *non-respect de la clause d'approvisionnement* », « *non paiement d'une facture de consommables* » et « *d'absence de déclaration de sinistres* ». La Cour constate également que ces causes de résiliation étaient limitées « *aux cas de non respect par le client de ses propres engagements* » ce qui ne saurait être abusif. Les clauses litigieuses ne pouvaient donc être réputées non écrites sur le fondement de l'article 1171 du Code civil et l'exploitant a donc résilié les contrats à ses torts exclusifs.

Dans une affaire décision rendue par la Cour d'appel de Besançon le 11 septembre 2019¹³⁸⁴, un client (Monsieur Francis C.) a conclu un contrat de prestation de service visant la réalisation et le suivi d'un site internet avec un prestataire (la société Meosis) moyennant le paiement de frais d'adhésion ou de mise en ligne de 492 euros et de 48 mensualités de 180 euros. Le prestataire a cédé le contrat à un autre prestataire cessionnaire (la SAS Locam). En raison de difficultés économiques, le client a décidé de mettre fin au contrat de prestation de service. Le prestataire cessionnaire, après l'envoi d'une mise en demeure préalable, a décidé d'assigner en justice le client en paiement des sommes restées impayées. Le Tribunal de commerce de Lons-le-Saunier a condamné le client à rembourser cette somme impayée, d'un montant de 9 979, 90 euros. Le client a interjeté appel de ce jugement et soutient que l'article 2 du contrat prévoyant que le contrat est conclu pour une durée « *fixe, indivisible et irrévocable* » et que l'article 18 prévoyant « *qu'en cas de résiliation pour cessation d'activité restent dus "la totalité des loyers impayés majorés d'une clause pénale de 10 % calculée sur la totalité des loyers restant à courir"* » sont réputés non écrits au sens des articles 1170 et 1171 du Code civil et l'ancien L. 442-6 du Code de commerce. La Cour d'appel de Besançon rappelle que l'article 2 des conditions générales dispose que le contrat est conclu pour « *une durée fixe, indivisible et irrévocable* » de 48 mois. Elle écarte l'argument tiré de l'article 1170 du Code civil étant donné qu' « *il n'apparaît pas que la stipulation d'une durée d'exécution fixe du contrat porte atteinte à l'obligation du débiteur, qui en l'espèce consiste à payer par mensualité le prix de la création et du suivi pendant quatre ans d'un site internet professionnel.* ». Puis, la Cour d'appel estime que la durée du contrat ainsi stipulée ne peut être réputée non écrite sur le fondement de l'article 1171 du Code civil lorsque « *en l'espèce il n'apparaît pas que la durée de 48 mois, même fixe, indivisible et irrévocable, ait été soustraite à la négociation des parties.* ». De plus, « *l'indication manuscrite du nombre de mensualités et du montant du loyer, dans des cases non pré-imprimées du formulaire contractuel, fait présumer que monsieur C. a pu librement déterminer, en concertation avec le représentant de la société d'informatique, les conditions d'échelonnement du prix de la prestation fournie et la durée du contrat* ». S'agissant du caractère abusif de l'article 18 du contrat relatif aux modalités et effets de résiliation, ce dernier permet au client de la prestation de résilier le contrat « *mais non d'échapper au paiement de l'ensemble des mensualités résultant de l'échelonnement du prix de la prestation dont il a voulu bénéficier, ce paiement étant majoré d'une clause pénale de 10 % dans le cas d'espèce.* ». Or, ces clauses ne créaient pas un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties dès lors que « *le paiement de l'ensemble des loyers, plutôt que d'une part correspondant à la durée effective d'utilisation, est la juste contrepartie de la prestation acquise, qui consistait essentiellement dans la création d'un site internet professionnel et qui a été intégralement fournie.* ». De même, « *pour les mêmes motifs que précédemment* », ces clauses sauraient être regardées comme réputées non écrites sur le fondement de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce. Ainsi, la Cour d'appel de Besançon a considéré que la clause prévoyant la résiliation et le paiement de l'ensemble des mensualités restantes de la prestation, majorées

¹³⁸⁴ CA, Besançon, 1^{ère} ch. civ., 11 sept. 2019, n° 18/00983.

d'une pénalité de 10%, était la « *juste contrepartie* » de la prestation acquise et qui avait été intégralement réalisée.

Dans une dernière décision en date du 6 octobre 2020, la Cour d'appel de Pau¹³⁸⁵ a été amenée à statuer sur le critère de l'absence de justification objective à l'octroi d'un avantage contractuel au visa de l'article 1171 du Code civil. En l'espèce, il s'agissait d'une clause stipulée dans des contrats VEFA portant sur la date prévue pour l'achèvement des travaux, rédigée en ces termes : « *le vendeur s'engage à mener les travaux de telle manière que les ouvrages et les éléments d'équipement nécessaires à l'utilisation des biens vendus soient achevés et livrés au plus tard à la fin du (trimestre considéré) 2014, sauf survenance d'un cas de force majeure ou d'une cause légitime de suspension du délai de livraison.* ». Les cas relevant d'une « *cause légitime* » et pouvant différer le délai d'achèvement des travaux sont « *notamment (...) les injonctions administratives ou judiciaires de suspendre ou arrêter les travaux (...), la découverte de zones de pollution ou de contamination des terrains d'assiette de l'opération ou d'anomalies du sous sol (...)* ». En cas de survenance d'un cas de « *force majeure* » ou d'une « *cause légitime* », les travaux seraient différés d'un temps « *au moins égal à deux fois celui pendant lequel l'événement considéré aurait mis obstacle à la poursuite des travaux* ». La Cour d'appel constate qu'un certificat sera établi par le maître d'œuvre pour l'appréciation de ces événements et que la liste des causes prévues n'est pas limitative en raison de l'usage de l'adverbe « *notamment* ». Surtout, cette clause « *n'a ni pour objet ni pour effet, de créer, au détriment des acquéreurs non professionnels, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, cette disposition prenant en compte les vicissitudes auxquelles peut être confronté un chantier, son arrêt ayant par ailleurs pour corollaire l'absence de tout appel de fonds pendant cette période.* ». Il en résulte que la clause ne peut pas être abusive étant donné que celle-ci tient compte des vicissitudes de réalisation auxquelles sont confrontés les chantiers et que la survenance d'un cas de force majeure ou d'une cause légitime a pour effet d'empêcher la mise en place d'appels de fonds. L'avantage attribué dans le cadre des contrats VEFA consistant à pouvoir différer l'accomplissement des travaux était objectivement justifié, les causes de suspension prévues reflétant des situations pouvant être couramment rencontrées lors d'un chantier et la suspension entraînant de surcroît l'absence d'appels de fonds.

Parfois, la jurisprudence s'appuie sur la seule **économie du contrat** pour justifier l'éviction de l'article 1171 du Code civil. Dans un arrêt du 27 février 2020¹³⁸⁶, un acheteur exploitant d'une salle de fitness (la SARL Body factory) a conclu un contrat de vente avec un vendeur (la société Izitek) visant à acquérir divers matériels informatiques et de vidéo-projection. Dans l'objectif de financer ces achats, l'acheteur a conclu un contrat de bail avec un bailleur (la société SAS Locam) pour un montant de 63 loyers mensuels de 248 euros HT et 15, 61 euros de frais d'assurance. Après l'envoi d'une mise en demeure visant la clause résolutoire, le bailleur a assigné l'acheteur en paiement des loyers. Le Tribunal de commerce de Saint-Etienne a condamné l'acheteur au paiement desdites sommes pour un montant de 16 260, 50 euros et 1 euro à titre de clause pénale. L'acheteur a interjeté appel de ce jugement et soutient que la clause d'exigibilité des loyers restant à courir jusqu'à la fin du contrat crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Ce dernier estime que l'article 12 du contrat prévoit une clause pénale correspondant à l'intégralité des loyers à échoir, ce qui est largement supérieur à la valeur réelle des biens loués. La Cour d'appel de Lyon souligne que « *La société Locam réplique à bon droit que le texte susvisé dispose que le déséquilibre invoqué ne peut porter sur le prix et que l'indemnité de résiliation ne crée aucun déséquilibre pour correspondre à l'économie générale du contrat de location*

¹³⁸⁵ CA, Pau, 1^{ère} ch., 6 oct. 2020, n° 19/00798.

¹³⁸⁶ CA, Lyon, 3^{ème} ch. A, 27 févr. 2020, n° 18/08026.

financière. ». En effet, le déséquilibre significatif soulevé était « *inhérent au prix des biens loués* » et il ne pouvait en résulter que l'article 12 du contrat soit réputé non écrit.

Par conséquent, pour l'heure la jurisprudence rendue par les juges du fond sur le fondement de l'article 1171 du Code civil semble reprendre les critères d'appréciation déjà connus sous l'empire des déséquilibres significatifs en droit consommériste et commercial. En effet, les décisions précitées appliquent les critères de la négation ou restriction d'un droit¹³⁸⁷, de la réciprocité des prérogatives contractuelles¹³⁸⁸, du caractère habituel de la clause¹³⁸⁹ et de l'absence de contrepartie suffisante ou de justification objective en cas d'octroi d'un avantage¹³⁹⁰.

B) Étendue de l'appréciation du déséquilibre significatif en droit commun

L'alinéa 2 de l'article 1171 du Code civil dispose que « *L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation.* ». Cette formulation marque une parenté assez évidente avec l'alinéa 3 de l'article L. 212 du Code de la consommation. Pour autant, leur rédaction n'est pas identique, l'article 1171 du Code civil exclut que cette appréciation puisse porter sur « *l'objet principal du contrat* » alors que l'article L. 212-1 du Code de la consommation exclut qu'elle puisse porter sur « *la définition de l'objet principal du contrat* ». Le droit commun devrait ainsi être plus souple que le droit consommériste, il suffit qu'une clause porte ou soit relative à l'objet principal du contrat. A l'inverse, le droit consommériste exige que cette clause porte sur la « *définition de l'objet principal* », or toute clause relative à l'objet principal ne porte pas nécessairement sur sa définition. Le dictionnaire Larousse énonce que la « *définition* » est « *l'ensemble des propriétés essentielles de quelque chose* ». Une clause ne faisant qu'évoquer l'objet principal sans déterminer ses éléments constitutifs essentiels ne devrait pas relever de l'exclusion du contrôle fondé sur le déséquilibre significatif consommériste. En pratique, cette divergence entre les deux textes ne devrait pas modifier substantiellement l'appréciation des juges. Puis, l'article 1171 du Code civil exige que le déséquilibre significatif ne puisse porter sur « *l'adéquation du prix à la prestation.* » alors que l'article L. 212-1 du Code de la consommation prévoit qu'il ne peut porter sur « *l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert* ». Le droit consommériste opère une distinction entre le « *prix* » associé à un « *bien* » et la « *rémunération* » associée à un « *service* ». Le droit commun n'envisage que l'hypothèse d'un « *prix* » associé à une « *prestation* ». Il convient de ne pas interpréter cette formulation comme incluant exclusivement la fourniture de services mais excluant la fourniture de biens. L'emploi du terme « *prestation* » n'est pas l'apanage des contrats visant à fournir un service (par exemple, le contrat d'entreprise, le contrat de mandat, le contrat de bail etc.), au contraire, dans son acception générale, selon le Vocabulaire juridique du Doyen CORNU, la prestation signifie l'« *objet de l'obligation en général qui peut, selon le contexte, désigner soit, dans sa matérialité, la chose due, par ex. la somme prêtée (prestation en argent), le logement assuré ou le meuble vendu (prestation en nature), soit l'activité attendue du débiteur relativement à cette chose, par ex. le versement de*

¹³⁸⁷ CA, Douai, 2^{ème} ch., 2^{ème} sect., 1^{er} oct. 2020, n° 18/05986.

¹³⁸⁸ CA, Lyon, 3^{ème} ch. A, 27 févr. 2020, n° 18/08265 ; CA, Chambéry, 2^{ème} ch., 18 janv. 2018, n° 16/01710 ; T. com., Paris, 7^{ème} ch., 4 déc. 2019, n° 2019030753.

¹³⁸⁹ CA, Lyon, premier président, 1^{er} sept. 2020, n° 20/01879.

¹³⁹⁰ CA, Pau, 1^{ère} ch., 6 oct. 2020, n° 19/00798 ; CA, Chambéry, ch. civ., 1^{ère} sect., 30 juin 2020, n° 18/01858 ; CA, Besançon, 1^{ère} ch. civ. et com., 30 juin 2020, n° 19/00258 ; CA, Besançon, 1^{ère} ch. civ., 11 sept. 2019, n° 18/00983.

l'argent, la fourniture du logement, la livraison du meuble, la réalisation d'un ouvrage. »¹³⁹¹. Une telle définition devrait englober à la fois les contrats translatifs de propriété (à l'instar du contrat de vente) et les contrats de prestation de service, non translatifs de propriété (à l'instar du contrat d'entreprise). L'emploi du terme « *prestation* » à l'article 1171 du Code civil ne devrait donc pas inférer une différence d'interprétation par rapport à l'article L. 212-1 du Code de la consommation. Enfin, et c'est là que réside la principale différence entre le droit commun et le droit consommériste, l'article L. 212-1 du Code de la consommation dispose que l'appréciation du déséquilibre significatif ne peut porter sur l'objet principal du contrat ou l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert dès lors que « *les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* »¹³⁹². L'article 1171 du Code civil ne fait aucune mention de cet extrait de sorte qu'une clause qui ne serait pas claire et compréhensible ne devrait pas pouvoir autoriser le juge à apprécier si celle-ci crée ou non un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Toutefois, comme le souligne le Professeur CHENEDE¹³⁹³, une telle clause qui ne serait ni claire, ni compréhensible, devrait faire l'objet d'une interprétation en faveur de l'adhérent (article 1190 du Code civil¹³⁹⁴). Il devra alors être constaté un « *doute* » dans la clause litigieuse et celui-ci devra porter sur le fait de savoir si cette dernière porte sur le domaine d'exclusion visé par l'article 1171 du Code civil (l'objet principal ou l'adéquation du prix). En revanche, si la clause litigieuse est claire et précise sur le fait qu'elle porte sur ce domaine d'exclusion mais qu'elle n'est pas rédigée de manière claire et compréhensible s'agissant du reste de la clause, le juge ne pourrait alors procéder au contrôle prévu à l'article 1171 du Code civil¹³⁹⁵. Le 6 janvier 2021, la Cour d'appel de Paris¹³⁹⁶ a eu l'occasion d'appliquer cet alinéa 2 de l'article 1171 du Code civil. En l'espèce, les parties avaient conclu deux contrats d'émission d'obligations convertibles en actions portant sur un million d'euros et divisées en 62 500 Obligations convertibles (OC) chacune d'une valeur de 16 euros. L'article 5.1.1 énonçait que la conversion des obligations pouvait être mise en œuvre en cas de défaut de remboursement intégral par l'émetteur des OC à la date prévue et une clause stipulait que « *si le souscripteur notifie à l'émetteur sa volonté de procéder à la conversion des OC en application du présent article, la totalité des OC pouvant faire l'objet d'une conversion seront converties en actions nouvelles de l'émetteur de plein droit et de façon automatique, par application de la parité, (une action nouvelle pour une OC présentée à la conversion).* ». Le requérant soutenait que la clause de conversion avait « *pour effet de rompre l'équilibre contractuel, lequel repose sur le droit du commerçant indépendant de conserver son indépendance et son magasin* ». La Cour d'appel constate que si les articles 1170 et 1171 du Code civil n'étaient pas applicables au présent litige « *ces textes codifient la jurisprudence antérieure sur les clauses réputées non écrites et les clauses abusives.* ». La Cour d'appel estime qu'il doit que cette clause de conversion d'obligations en actions ne figurait pas dans un contrat d'adhésion et ne pouvait « *être envisagée sous l'angle du déséquilibre significatif qu'elle entraînerait entre les droits et les obligations des parties, puisqu'elle porte sur l'objet principal du contrat.* ». Cette clause relevait donc du champ d'exclusion de l'appréciation du déséquilibre significatif visé à l'alinéa 2 de l'article 1171 du Code civil.

¹³⁹¹ G. CORNU, Association Henri Capitant « *Vocabulaire juridique* », 2018, PUF, *Prestation*.

¹³⁹² V. par exemple : Cass. civ. 1^{ère}, 27 nov. 2019, n° 18-14.575 ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 avr. 2016, n°15-19.107 ; CA, Versailles, 3^{ème} ch. 29 oct. 2020, n° 19/03738.

¹³⁹³ F. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2018, Dalloz, n° 123.372, p. 90.

¹³⁹⁴ « *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.* ».

¹³⁹⁵ En effet, dès lors que la clause est « *claire et précise* » s'agissant du fait qu'elle porte sur l'objet principal du contrat ou sur l'adéquation du prix par rapport à la prestation, le juge ne peut interpréter cette partie de la clause « *à peine de dénaturation* » (art. 1192 C. civ.).

¹³⁹⁶ CA, Paris, pôle 5, ch. 8, 6 janv. 2021, n° 17/21664.

SECTION II : validité des clauses d'aménagement au regard du déséquilibre significatif de droit commun

Sur l'approche similaire entre les déséquilibres significatifs en droit spécial et celui en droit commun. Après avoir précédemment exposé les déséquilibres significatifs en droit consommériste, commercial et commun, force est de constater les similitudes des déséquilibres significatifs en droit spécial avec le déséquilibre significatif prévu en droit commun. La référence au « *contrat d'adhésion* » à l'article 1171 du Code civil n'est pas sans rappeler le fait « *De soumettre ou de tenter de soumettre* » une partie prévu à l'article L. 442-1 du Code de commerce. En effet, comme examiné précédemment, la soumission ou tentative de soumission était établie en fonction de l'existence ou non de négociations entre les parties et parfois plus directement de la qualification de contrat d'adhésion. De même, les critères d'appréciation du déséquilibre significatif en droit commercial constitueront probablement une source d'inspiration pertinente pour le déséquilibre significatif de droit commun. Néanmoins, l'analogie entre le déséquilibre significatif consommériste et celui de droit commun semble devoir être privilégiée. De nombreuses similitudes existent entre ces deux formes de déséquilibres significatifs. Tout d'abord, la notion de contrat d'adhésion employée à l'article 1171 du Code civil se rapproche du contrat d'adhésion prévu par la directive 93/13 (et non l'article L 212-1 et suivants du Code de la consommation lequel a élargi le périmètre du déséquilibre significatif même aux clauses librement négociées). Le contrat d'adhésion est entendu en droit commun comme en droit de la consommation selon un critère formel et non substantiel comme en droit commercial. En effet, s'agissant du déséquilibre significatif en droit commercial, l'acte de soumission peut être démontré non seulement par l'existence d'un critère formel, par l'examen d'indices démontrant la formalisation d'un contrat d'adhésion (clauses pré-rédigées, unilatérales, similaires ou identiques, systématiques etc.), mais aussi par l'existence d'un critère substantiel par la constatation de l'absence de négociations effectives. Puis, s'agissant de l'étendue du contrôle excluant l'objet principal du contrat ou l'adéquation du prix à la prestation, l'article 1171 du Code civil se rapproche nettement de l'article L. 212-1 du Code de la consommation prévoyant une limitation similaire. Alors que le déséquilibre significatif en droit commercial ne connaît pas quant à lui une telle limitation de l'étendue du contrôle judiciaire. Cette analogie est d'ailleurs soutenue par le rapport remis au président de la République accompagnant l'ordonnance du 10 février 2016¹³⁹⁷ et par une partie de la doctrine¹³⁹⁸. Défendre une telle analogie ne doit pas à l'évidence occulter la part de spécificité que peut avoir l'article 1171 du Code civil. Il est vrai que le Conseil constitutionnel¹³⁹⁹ et la Cour de cassation¹⁴⁰⁰ avaient également relevé des similitudes entre le

¹³⁹⁷ 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 : « *les critères d'appréciation du déséquilibre sont déjà connus puisqu'ils sont inspirés de ceux fixés dans le code de la consommation et qu'ils résultent de la transposition de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives ; l'alinéa 2 de l'article 1171 précise que cette appréciation ne peut porter ni sur l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix à la prestation.* ».

¹³⁹⁸ S. GAUDEMET, « *Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil* », CCC, n°5, mai 2016, dossier 5, n°9 ; A. BENABENT, « *Droit des obligations* », L.G.D.J préc. domat droit privé, 18^{ème} éd., 2019, n° 199 ; V. P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « *Droit des obligations* », L.G.D.J, 11^{ème} éd., 2020, n° 372 ; D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 5^{ème} éd., 2021, éd. Bruylant, collection paradigme, n°497-1, p. 400-401 ; S. SANA-CHAILLE DE NERE, « *Contrat. – nullité du contrat. – cas de nullité* », JCl. Civil Code, art. 1178 à 1185, Fasc. 20, 7 févr. 2018 (mis à jour : 28 sept. 2020), n° 91 ; C. NOBLOT, « *Bail commercial : la clause transférant au locataire la charge des travaux de ravalement prescrits par l'administration* », CCC, n° 4, avr. 2018.

¹³⁹⁹ Cons. const. (QPC), 13 janv. 2011, n°2010-85

¹⁴⁰⁰ Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547.

déséquilibre significatif commercial et consommériste mais que celles-ci n'excluaient pas qu'il puisse exister des « *différences de régime tenant aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines, en particulier quant à la catégorie des personnes qu'il a entendu protéger et à la nature des contrats concernés* »¹⁴⁰¹. Or, comme expliqué ci-avant, les similitudes entre le déséquilibre significatif consommériste et celui de droit commun semblent plus importantes et renforcent corrélativement l'argument de l'analogie entre le droit consommériste et le droit commun. Il sera cité dans les prochains développements certaines décisions rendues concernant le déséquilibre significatif en droit consommériste mais aussi en droit commercial. Il conviendra alors de raisonner par analogie s'agissant de l'article 1171 du Code civil tout en gardant à l'esprit que si le droit commercial est pertinent, le droit consommériste devra probablement constituer une source privilégiée. Si le raisonnement tenu s'agissant du droit consommériste et commercial est sensiblement le même, il devrait en aller de même entre ces déséquilibres significatifs spéciaux et celui de droit commun¹⁴⁰². Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Besançon du 30 juin 2020¹⁴⁰³ a analysé la validité d'une clause d'un contrat d'abonnement à un service de fourniture d'énergie au regard de l'article 1171 du Code civil. La Cour d'appel pour déclarer la clause abusive s'appuie expressément sur les recommandations de la Commission des clauses abusives (CCA), en l'occurrence les recommandations n°01-02 concernant la durée des contrats conclus entre les professionnels et consommateurs. Cet arrêt illustre dans le cadre de l'analyse du déséquilibre significatif de droit commun le recours privilégié au déséquilibre significatif consommériste. Partant, à titre d'analogie, la source privilégiée de l'article 1171 devrait être le droit consommériste. Dans nos futurs développements, nous constaterons qu'il n'est pas systématique que des décisions judiciaires aient été rendues à la fois sur le fondement du droit consommériste et commercial ; bien souvent, ce sont les décisions en droit commercial qui viennent à manquer. Nous évoquerons donc tantôt des décisions relevant à la fois du droit consommériste et commercial, tantôt des décisions relevant uniquement du droit consommériste.

Sur la différence d'appréciation des clauses de renonciation et des clauses de facilitation/freinage. Par ailleurs, ajoutons que dans le cadre d'une analyse au regard de l'article 1171 du Code civil, les clauses de renonciation, d'une part, et les clauses de facilitation/freinage, d'autre part, devraient faire l'objet d'une appréciation juridique différente. En effet, ces deux catégories de clauses n'ont pas la même portée et l'abus pouvant en résultant n'est pas de même intensité. Dans le prolongement de l'analogie opérée avec le droit de la consommation, force est de constater que toutes les clauses de renonciation sont qualifiées de clauses « *noires* » par l'article R. 212-1 du Code de la consommation. Les clauses de renonciation à l'exception d'inexécution (R. 212-1, 5°, C. conso), au droit à la réparation du préjudice (R. 212-1, 6°, C. conso) et à l'action résolutoire (R. 212-1, 7°, C. conso) sont irréfragablement considérées comme abusives. Ainsi, toute clause de renonciation à une sanction contractuelle est « *noire* » alors que toute clause de facilitation/freinage est une clause « *grise* » mais peut aussi être une clause « *noire* ». Toute clause « *noire* » n'est pas nécessairement une clause de renonciation et toute clause de facilitation/freinage n'est pas nécessairement « *grise* ». En effet, cela signifie que les clauses de facilitation/freinage peuvent être qualifiées tantôt de « *noires* », tantôt de « *grises* ». Il en résulte donc que l'appréciation juridique et la gravité de l'atteinte n'est pas la même entre les clauses de renonciation et les clauses de facilitation/freinage. En ce sens, l'article L. 212-1, alinéa 4 dispose qu' « *Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission des clauses abusives, détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles*

¹⁴⁰¹ Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547.

¹⁴⁰² Sur l'approche similaire du déséquilibre significatif en droit consommériste et commercial : S. CHAUDOUET, « *Le déséquilibre significatif* », thèse, 2018, n°385.

¹⁴⁰³ CA, Besançon, 1^{ère} ch. civ. et com., 30 juin 2020, n° 19/00258.

portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa. » et l'alinéa 5 qu' « Un décret pris dans les mêmes conditions, détermine une liste de clauses présumées abusives ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse. ». Cette distinction entre clause « grise » et clause « noire » est donc opérée en droit de la consommation compte tenu de « la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat » ; ce degré de gravité étant de plus grande intensité s'agissant des clauses « noires ». Ainsi, « ces stipulations créent un déséquilibre significatif « renforcé » tellement grave qu'il justifie que la possibilité de rapporter la preuve contraire soit exclue »¹⁴⁰⁴. Aussi, la jurisprudence dans le cadre de l'appréciation du déséquilibre significatif pour déclarer valable une clause (en l'occurrence, une clause de résiliation) s'appuie sur le fait que celle-ci n'implique pas une renonciation totale au droit d'agir en résolution ou en suspension du contrat. En effet, pour valider ladite clause, il est souligné que « l'absence de stipulation symétrique en faveur du locataire n'implique nulle renonciation à son droit d'agir en résiliation, voire de suspendre, à ses risques et périls, le service de ses prestations si le loueur manque gravement à ses obligations »¹⁴⁰⁵. Force est donc de constater que la distinction entre les clauses de facilitation/freinage et les clauses de renonciation a une incidence sur l'appréciation du déséquilibre significatif. L'intensité du déséquilibre éventuel induit n'étant pas identique, cela justifie de distinguer l'appréciation juridique des clauses de facilitation/freinage des clauses de renonciation. En tout état de cause, qu'il s'agisse des déséquilibres significatifs issus du droit spécial ou de celui issu du droit commun, ces derniers ont pour point commun de s'appuyer sur des indices ou critères variés, récurrents ou non, appliqués de manière cumulative ou non, ce qui les rend donc difficilement prévisibles. Nous constaterons comme cela a été justement souligné que le déséquilibre significatif « n'est pas un concept répondant à des critères déterminés. Cela lui donne une « flexibilité » dont ses zélateurs se réjouissent mais qui engendre une insécurité dont d'autres s'inquiètent à raison de la radicalité de ses conséquences. », il est en effet « l'archétype du « concept mou à sanction dure » »¹⁴⁰⁶. Comme cela a déjà pu être affirmé s'agissant du « déséquilibre significatif » en droit consommériste, on sait qu'il s'agit d'une notion intentionnellement vague, floue et au contenu indéterminé et variable selon le temps et les circonstances¹⁴⁰⁷. Il en résulte ainsi qu'il est moins difficile de dégager des critères et indices pour la notion de « contrat d'adhésion » et de « clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties » que d'en faire autant pour la caractérisation du « déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat » au sein de l'article 1171 du Code civil. Dans le cadre de l'analyse de ces clauses de renonciation et facilitation/freinage, c'est donc également les critères ou indices du déséquilibre significatif « Aussi fameux qu'il semble impénétrable »¹⁴⁰⁸ qui seront examinés, leur appréciation étant distincte selon qu'il s'agisse des premières ou secondes catégories de clauses. On verra ainsi que c'est bien plus souvent le critère de la négation de l'existence d'un droit qui sera en cause pour les premières (car ces clauses infèrent une suppression pure et simple d'un droit) et celui de l'absence de réciprocité des droits ainsi que de leur caractère arbitraire pour les secondes ; cette distinction fait naturellement écho aux deux critères dégagés s'agissant du « déséquilibre significatif » en droit consommériste entre, d'une part, les clauses manifestant l'unilatéralisme dans le contrat de

¹⁴⁰⁴ C.-M. PEGLION-ZIKA, « La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation », thèse, 2013, n°330.

¹⁴⁰⁵ CA, Lyon, 1^{ère} ch. civ. A, 8 nov. 2012, n° 11/02942 ; CA, Lyon, 1^{ère} ch. civ. A, 8 Mars 2012, n° 10/06325.

¹⁴⁰⁶ Cass. com., 26 janv. 2022, n° 20-16782, RDC juin 2022, n°2, p. 16, n° 13, comm. Ph. STOFFEL-MUNCK.

¹⁴⁰⁷ C.-M. PEGLION-ZIKA, « La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation », thèse, 2013, n°304. V. aussi : N. SAUPHANOR, « L'influence du droit de la consommation sur le système juridique », thèse, LGDJ, 1998, n° 416.

¹⁴⁰⁸ S. CHAUDOUET, « Le déséquilibre significatif », thèse, 2018, n°384.

consommation et, d'autre part, celles qui tendent à la négation des droits du non-professionnel ou consommateur¹⁴⁰⁹. Néanmoins, cela ne signifie pas pour autant que ces indices sont parfaitement distincts selon qu'il s'agisse d'une clause de renonciation ou d'une clause de facilitation/freinage. L'absence de réciprocité d'un droit pourrait parfaitement être reprochée à une clause de renonciation à un droit. La différence tient au fait que les clauses de renonciation, par leur plus grande gravité, infèrent la négation d'un ou plusieurs droits ce qui pourrait suffire à les invalider. Mais il pourrait également leur être reprochée leur caractère unilatéral ou non réciproque en complément au soutien de leur invalidation. A l'inverse, les clauses de facilitation/freinage n'induisent pas la négation d'un droit, les seuls reproches qui peuvent leur être fait sont relatifs à l'absence de réciprocité ainsi que leur caractère unilatéral ou arbitraire.

Paragraphe I : les conditions de validité des clauses de renonciation anticipée aux sanctions contractuelles

Ainsi, nous examinerons la validité des clauses de renonciation collective aux sanctions contractuelles (I.) et des clauses de renonciation individuelle aux sanctions contractuelles (II.).

I. Les clauses de renonciation collective aux sanctions contractuelles

Parmi ces clauses nous examinerons les clauses de renonciation anticipée aux dommages-intérêts et à la résiliation (A.) à la réduction du prix et à l'exception d'inexécution (B.) et à la réduction du prix et aux dommages-intérêts (C.).

A) Les clauses de renonciation anticipée aux dommages-intérêts et à la résiliation

Sur le fondement du droit consommériste. Une décision rendue par la Cour d'appel de Lyon le 29 mars 2007¹⁴¹⁰ concernait l'examen d'une clause de renonciation anticipée à l'action en résiliation et aux dommages-intérêts. Un acheteur (M. Rigal) a confié à une société venderesse (la société Astral) la réalisation d'une cuisine intégrée à son domicile et se plaignait de retard de livraison et de diverses anomalies. De ce fait, ce dernier a refusé de signer le bon de réception et de régler le solde restant à payer. La société venderesse a assigné en paiement l'acheteur devant l'ancien Tribunal d'instance de Lyon, ce dernier dans son jugement a rejeté la demande de paiement de la société venderesse, le retard de livraison étant dû à cette dernière. La société a interjeté appel de cette décision et la Cour d'appel constate que l'article 2 des conditions générales figurant sur le bon de commande stipule que « *les délais de livraison sont maintenus dans la limite du possible et sont soumis aux circonstances indépendantes de la volonté du vendeur. Un retard éventuel dans la livraison ne pourra, en aucun cas, constituer pour l'acheteur un motif de demande de dommages et intérêts ou de résiliation de la commande* ». Si ces conditions générales ont été effectivement acceptées par l'acheteur, « *elles s'analysent en une clause abusive au sens de l'article L 132-1 du Code de*

¹⁴⁰⁹ C.-M. PEGLION-ZIKA, « *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation* », thèse, 2013, n°393.

¹⁴¹⁰ CA, Lyon, ch. civ. 6, 29 mars 2007, n° 05/07687.

la consommation car elles privent de tout recours le consommateur en cas de retard de livraison, ce qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations du contrat ». Cette clause devait donc être réputée non écrite sur le fondement de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation. La clause de renonciation anticipée collective à l'action résolutoire et aux dommages-intérêts est jugée abusive car elle prive « *de tout recours* » le consommateur en cas de retard dans la livraison de la commande.

Quid de l'article 1171 du Code civil ? C'est dans cet arrêt le critère de la négation ou restriction d'un droit qui est mis en œuvre et une même décision pourrait probablement être adoptée par les juges au visa de l'article 1171 du Code civil. Le fait, de manière générale, de priver de tout recours un contractant qui ne relève ni des dispositions du Code de la consommation (L. 212-1), ni de celles du Code de commerce (L. 442-1), devrait sans doute être jugé illicite sur le fondement du Code civil (1171). Toutefois, à notre connaissance, il n'y a pour l'heure pas encore de jurisprudence rendue sur ces clauses au visa de l'article 1171 du Code civil.

B) Les clauses de renonciation anticipée à la réduction et à l'exception d'inexécution

Sur le fondement du droit consommériste. On peut citer un arrêt rendu par la Cour d'appel de Colmar en date du 26 septembre 2006¹⁴¹¹ dans lequel une clause de renonciation anticipée à la réduction et à la suspension du prix n'a pas été considérée comme créant un déséquilibre significatif. En l'espèce, un locataire (la société Est Menager) a conclu un contrat de bail avec un bailleur (la société KBC Lease France) portant sur une fontaine à eau et une machine à café fournies par un prestataire (la société Fontex). Le locataire a ainsi conclu un contrat de prestation de service distinct avec ce prestataire. Le bailleur a assigné le locataire devant l'ancien Tribunal de grande instance de Saverne en paiement de loyers échus et d'une indemnité de résiliation et en restitution du matériel loué. Le Tribunal a constaté la résiliation du contrat de bail aux torts du locataire et a condamné ce dernier qui ne rapportait pas la preuve de l'interdépendance des contrats de bail et de prestation de service à verser des dommages-intérêts au prestataire. Le locataire a interjeté appel de ce jugement. Il justifie la suspension du paiement des loyers en raison de la défaillance du prestataire dans l'approvisionnement et l'entretien du matériel loué et soutient l'indivisibilité des contrats de bail et de prestation de service. La Cour d'appel a relevé que l'article 5 des conditions générales du contrat de bail stipule que « *l'attention du locataire a par ailleurs été attirée sur l'indépendance juridique du contrat de location et de prestation liant le locataire au fournisseur. Il renonce ainsi à toute suspension ou réduction du loyer qui serait motivée par un litige avec le fournisseur* ». Aussi, l'article 7 des conditions générales dispose que « *par dérogation de l'article 1721 du code civil, le locataire prend l'engagement de maintenir le matériel en parfait état de fonctionnement, d'entretien et de conformité aux règlements* ». Selon la Cour d'appel, il en résulte que ces clauses n'ont pas pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au sens de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation. En effet, selon la Cour « *d'une part, le prestataire de services n'a pas été imposé par l'organisme financier, d'autre part, les dispositions légales relatives à l'entretien de la chose louée ont un caractère supplétif et enfin, le bailleur a transmis au locataire la totalité des recours qu'il tient du contrat de vente* ». Les contrats de bail et de prestation de service étant indépendants, le locataire ne pouvait pas suspendre le

¹⁴¹¹ CA, Colmar, 1^{ère} ch. civ., sect. A, 26 sept. 2006, n° 05/06013.

paiement des loyers au motif que l'entretien du matériel n'était pas assuré par le prestataire. Il ressort donc que la clause de renonciation anticipée à la suspension et réduction du loyer en cas de litige avec le prestataire ne crée pas de déséquilibre significatif en raison de l'indépendance des contrats de bail et de prestation de service. L'argument de l'indépendance des contrats signés aurait pu suffire à admettre la validité de ladite clause de renonciation anticipée. La Cour d'appel ajoute que le prestataire « *n'a pas été imposé* » par le bailleur (l'organisme financier) mais choisi par le locataire, l'article 1721 du Code civil étant supplétif de volonté, il pouvait être dérogé aux règles relatives à l'entretien de la chose louée et le bailleur avait « *transmis au locataire la totalité des recours qu'il tient du contrat de vente* ». En effet, le locataire disposait de recours à l'encontre du prestataire concernant l'entretien du matériel loué au titre du contrat de prestation de service signé mais aussi des recours transmis par le bailleur que lui-même tient de l'achat du matériel loué au prestataire. La clause de renonciation anticipée à la suspension et réduction du loyer en cas de litige avec le prestataire était donc contrebalancée par la transmission des recours du bailleur acquis en tant qu'acheteur du matériel loué au locataire.

Quid de l'article 1171 du Code civil ? Cet arrêt aurait pu être rendu sur le fondement de l'article 1171, néanmoins, force est de constater le caractère relativement circonstancié des motifs de ce dernier. En l'espèce, deux contrats étaient signés entre les mêmes contractants et la clause de renonciation anticipée à l'action en suspension et réduction stipulée dans le contrat de bail n'empêchait pas le contractant d'exercer ses droits sur le fondement du contrat de prestation de service. On peut donc penser que si un seul contrat avait été conclu et que celui-ci prévoyait une telle renonciation, la décision rendue par la Cour d'appel de Colmar aurait pu être différente. Si l'on devait se placer dans le giron du droit commun, dans une situation moins particulière où un seul contrat de bail avait été conclu entre les parties et où une clause de renonciation anticipée à l'action en réduction du prix (1223 C. civ.) et suspension (1219, C. civ.) du contrat avait été stipulée, il y aurait des chances pour qu'elle soit jugée abusive. Il s'agit d'une renonciation à ces seules sanctions (la réduction du prix et l'exception d'inexécution) et d'autres plus énergiques demeurent à la disposition des parties à l'instar de l'action en résolution, en exécution forcée ou en dommages-intérêts. Autant le fait qu'une action en dommages-intérêts reste possible rend plus tolérable la renonciation à la réduction du prix mais la possibilité de la combiner à la renonciation à l'exception d'inexécution semble plus douteuse. En effet, comme nous le verrons plus loin, les clauses de renonciation à l'exception d'inexécution sont relativement suspectes. Dans l'attente que des décisions judiciaires soient rendues sur ce point, il est possible que la renonciation anticipée et cumulée à ces deux sanctions nouvellement codifiées par le législateur de l'ordonnance du 10 février 2016 dans le Code civil, soit susceptible de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Ces deux sanctions sont désormais érigées au niveau de la loi, ce qui n'était pas le cas auparavant ; il y aurait alors potentiellement négation ou du moins restriction de droits légaux du fait de la stipulation de cette clause. Un critère qui est classiquement mis en œuvre sur le fondement des déséquilibres significatifs en droit consommériste et commercial. Il reste qu'à notre connaissance, il n'y a pour l'heure pas encore de jurisprudence rendue sur ces clauses au visa de l'article 1171 du Code civil.

C) Les clauses de renonciation anticipée à la réduction du prix et aux dommages-intérêts

Sur le fondement du droit consommériste. Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Poitiers, le 24 novembre 2020¹⁴¹², les juges ont été amenés à statuer sur la validité d'une clause de renonciation anticipée à la réduction du prix. En l'espèce, un bailleur (la SCI de la Bignonerie) mettait à disposition d'un locataire (la SARL Thala-Form) un centre de remise en forme dans le cadre d'un contrat de bail commercial. Le locataire a signalé des désordres au sein du local loué (infiltrations au plafond, instabilité de la température de l'eau des douches, défaut de ventilation etc.). Une expertise contradictoire a été menée entre les parties, les différents intervenants et leurs assureurs respectifs. Plusieurs actions devant le juge des référés ont été diligentées par le locataire pour suspendre le paiement du montant des loyers et faire consigner une provision correspondant au montant des travaux et réparations des désordres causés. Le juge des référés a débouté le locataire de ses demandes. Le bailleur lui a fait délivrer un commandement de payer visant la clause résolutoire et a obtenu à ce que l'acquisition de la clause résolutoire soit constatée par le juge des référés. Le locataire a assigné selon la procédure à jour fixe le bailleur devant l'ancien Tribunal de grande instance de La-Roche-sur-Yon notamment en raison de la violation par le bailleur de ses obligations de délivrance, d'entretien et de garantie des vices cachés du local loué. Le Tribunal a prononcé la condamnation du bailleur pour la violation de son obligation de délivrance et les désordres causés au locataire et a refusé de faire droit à la demande de diminution du loyer formulée par le locataire. Le locataire a interjeté appel de ce jugement devant la Cour d'appel de Poitiers. Cette dernière rappelle les dispositions des articles 1719 (obligation d'entretien et de faire jouir paisiblement le preneur) et 1721 (garantie des vices et défauts de la chose louée) du Code civil. Puis, la Cour rappelle le contenu de la clause de renonciation à l'action en diminution du loyer stipulée à l'article 5.8 du contrat de bail selon laquelle le locataire « *accepte...de ne pouvoir prétendre à aucune diminution de loyer en cas de suppression temporaire ou réduction des services collectifs tels que l'eau, le gaz, l'électricité, le téléphone, le chauffage, les ascenseurs, monte-charges, etc...non plus qu'en cas d'humidité, fuites, infiltrations ou toute autre cause, ainsi que des fuites sur canalisation commune masquée par un coffrage établi par le bailleur* ». La Cour estime que cette clause n'empêche pas le locataire de rechercher la responsabilité du bailleur en cas de manquements à ses obligations légales « *car son objet est expressément circonscrit à la réduction de loyer, au-delà duquel elle ne peut être étendue* ». La Cour considère que cette clause n'a pas pour objet ni pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. En effet, le locataire « *conserve la faculté de solliciter par voie non pas de réduction de loyer mais d'indemnisation, réparation du préjudice qu'elle peut subir du fait de l'atteinte à ses droits, notamment de jouissance paisible, cette stipulation ne constituant pas non plus une clause de non-responsabilité.* ». Selon la Cour d'appel, il semble donc clair que cette clause ne constitue pas un déséquilibre significatif car la portée de cette clause de renonciation anticipée à l'action en réduction du prix ne s'étend pas à la demande de dommages-intérêts pouvant être formulée par le locataire. Il s'agit uniquement d'une clause de renonciation à l'action en réduction du prix et non pas d'une « *clause de non-responsabilité* ». Cette circonstance a donc semblé déterminante pour la Cour d'appel qui écarte l'argument fondé sur la création d'un déséquilibre significatif. *A contrario*, cela devrait signifier qu'une clause de renonciation anticipée à l'action en réduction du prix et en dommages-intérêts serait susceptible de créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Par ailleurs, une

¹⁴¹² CA, Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 24 nov. 2020, n° 18/03062.

recommandation¹⁴¹³ rendue par la Commission des clauses abusives (CCA) abonde également en ce sens s'agissant des contrats de location de locaux à usage d'habitation. En effet, la CCA considère qu'est constitutive d'une clause abusive le fait d'imposer « *au locataire d'accepter toutes les stipulations qu'il comporte "sans pouvoir prétendre à aucune diminution de loyer ni indemnité quelconque, mais au contraire à peine de résiliation" »*.

Quid de l'article 1171 du Code civil ? A notre connaissance, il n'y a pour l'heure pas encore de jurisprudence rendue sur ces clauses au visa de l'article 1171 du Code civil. Néanmoins, sur le fondement de l'article 1171, il nous semble que cette décision est tout à fait transposable. Le fait, de manière générale, de ne pouvoir se prévaloir ni de l'action en réduction du prix, ni de celle en dommages-intérêts impliquerait une négation importante des droits légaux des contractants. Ils ne disposeraient alors d'aucun recours leur permettant d'obtenir en cas d'inexécution la réparation du préjudice qu'ils pourraient subir. Une telle clause pourrait néanmoins être défendable si elle n'a pas de portée générale et est strictement limitée à certaines situations particulières définies de façon précise.

II. Les clauses de renonciation individuelle aux sanctions contractuelles

Parmi ces clauses de renonciation individuelle, nous examinerons les clauses de renonciation aux dommages-intérêts (A.), à la réduction du prix (B.), à la résiliation (C.), à l'exception d'inexécution (D.), à l'exécution forcée directe (E.) et à la faculté de remplacement (F.).

A) Les clauses de renonciation anticipée aux dommages-intérêts

Sur le fondement du droit consommériste. A titre liminaire, il convient de relever que la Commission des clauses abusives (CCA) se montre assez réservée sur la validité des clauses de renonciation anticipée à l'action en réclamation de dommages-intérêts. Dans une première recommandation¹⁴¹⁴ concernant les contrats de déménagement, garde-meubles et stockage en libre-service, la CCA considère que les clauses prévoyant que le consommateur « *renonce expressément à tout recours contre la société, peu important l'origine du dommage* » constitue une clause abusive (sur le fondement de l'ancien article R 132-2, 10° du Code de la consommation)¹⁴¹⁵. Dans une deuxième recommandation¹⁴¹⁶ concernant les contrats de

¹⁴¹³ CCA, recommandation n° 00-01, location de locaux à usage d'habitation (complétant la recommandation n° 80-04).

¹⁴¹⁴ CCA, recommandation n° 16-01, Contrats de déménagement, garde-meubles et stockage en libre-service.

¹⁴¹⁵ V. aussi : CCA, recommandation, Contrats relatifs aux Services de médias audiovisuels à la demande (SMAD), 7 déc. 2017, n° 17-02 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet « *d'écarter la responsabilité du professionnel pour tout retard dans la fourniture de la prestation, quelle qu'en soit la cause* » ; CCA, recommandation, Transports terrestres collectifs de voyageurs, 19 juin 2008, n° 08-03 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet de « *D'exclure toute réparation pour les dommages causés aux bagages à main, sans réserver l'hypothèse d'une faute du transporteur* » ; CCA, recommandation, Accès à l'internet (FAI), 26 sept. 2002, n° 03-01 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet « *D'exonérer le professionnel de toute responsabilité ou de la limiter excessivement en cas de manquement à ses obligations contractuelles* » ; CCA, recommandation, Maintenance de certains équipements d'immeubles, 18 sept. 1997, n° 97-02 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet « *d'exonérer totalement le professionnel de sa responsabilité* » ; CCA, recommandation, Télésurveillance, 24 avr. 1997, n° 97-01 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet « *de permettre au professionnel de se décharger de toute responsabilité pour la survenance d'événements non constitutifs de la cause étrangère* ».

¹⁴¹⁶ CCA, recommandation n°12-01, Services à la personne.

services à la personne, les clauses suivantes ont été jugées abusives : (i) « *Il a été expressément convenu par les parties contractantes que le mandataire n'ayant qu'une obligation de moyens, sa responsabilité ne pourra être engagée qu'à raison d'une faute lourde* » et (ii) « *Après embauche par le particulier de la personne présentée par X, la responsabilité de cette dernière ne saurait être recherchée en cas d'insatisfaction du particulier (...) ou quant à son adéquation (de la personne) avec les tâches à accomplir. Le particulier renonce à tout recours à l'encontre de X sur ces motifs* ». Selon la CCA, il apparaît que ces clauses sont abusives en ce qu'elles exigent « *la preuve d'une faute lourde* » ou prévoient « *une renonciation du consommateur ou du non-professionnel à tout recours* » (sur le fondement de l'ancien article R. 132-1, 6° du Code de la consommation). Dans une troisième recommandation¹⁴¹⁷ concernant la location de locaux à usage d'habitation, plusieurs typologies de clauses de renonciation anticipée aux dommages-intérêts ont été considérées comme abusives. Tout d'abord, les clauses qui « *interdisent au locataire de rechercher la responsabilité du bailleur dans des circonstances visées par une liste non limitative débutant par exemple par l'adverbe "notamment"* » sont abusives en ce « *qu'elles tendent à interdire toute réclamation du locataire* ». Puis, les clauses qui « *exonèrent le bailleur de sa responsabilité en cas de détérioration du véhicule* » sont abusives en ce « *qu'elles excluent les cas où la responsabilité du bailleur serait engagée notamment en raison du défaut d'entretien de l'immeuble* ». Ensuite, les clauses qui « *exonèrent le bailleur de sa responsabilité dans de nombreuses hypothèses : chute des appareils d'éclairage, accidents survenus aux usagers d'un terrain de jeux, arrêt de la fourniture de certaines prestations (ascenseur, chauffage ...)* » sont abusives en ce « *qu'elles exonèrent le bailleur de ses obligations liées à l'entretien de l'immeuble, à l'entretien et au fonctionnement des installations ou à la sécurité des équipements* ». Enfin, les clauses qui « *interdisent au preneur tout recours en cas de destruction totale des lieux loués* » sont abusives en ce « *qu'elles interdisent la mise en jeu de la responsabilité du bailleur* ». Dans une quatrième et dernière recommandation¹⁴¹⁸ concernant les contrats de fourniture de réseaux sociaux, d'autres typologies de clauses de renonciation anticipée aux dommages-intérêts ont été jugées abusives par la CCA. Cette dernière relève que « *la plupart des contrats de fourniture de service de réseautage social prévoient une renonciation de l'utilisateur à rechercher la responsabilité du fournisseur de service de réseautage social au titre du fonctionnement du site ou de son exploitation* ». Ces clauses « *ont pour effet d'exonérer de toute responsabilité contractuelle le fournisseur de services de réseautage social qui manque à ses obligations* » et prive le consommateur « *de la faculté d'obtenir réparation de son préjudice, par application du droit commun de la responsabilité contractuelle* ». De manière plus explicite, la CCA ajoute que les clauses qui « *exonèrent le fournisseur du service de réseautage social de toute responsabilité, y compris en cas de blessures corporelles ou de décès résultant de l'utilisation de son site* » sont abusives (sur le fondement de l'ancien article R. 132-1, 6° du Code de la consommation)¹⁴¹⁹.

¹⁴¹⁷ CCA, recommandation n° 00-01, location de locaux à usage d'habitation (complétant la recommandation n° 80-04).

¹⁴¹⁸ CCA, recommandation n° 14-02, contrats de fourniture de services de réseaux sociaux.

¹⁴¹⁹ V. aussi : CCA, recommandation, Contrats de location de transports individuels en libre-service, 30 sept. 2020, n° 20-01 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet « *de limiter la responsabilité du professionnel à travers une clause de renonciation à recours de l'assureur du consommateur en cas de dommage dont le professionnel peut être responsable* » ; CCA, recommandation, 15 févr. 2007, Services groupés de l'internet, du téléphone et de la télévision (« *triple play* »), n° 07-01 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet « *de permettre au professionnel de s'exonérer de toute responsabilité indépendamment de la survenance d'une cause étrangère* » ; CCA, recommandation, Distribution d'eau, 25 janv. 2001, n°01-01 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet « *D'exonérer de façon générale le professionnel de toute responsabilité liée à l'inexécution ou à la mauvaise exécution de son obligation de distribution, au-delà des seuls cas de force majeure ou d'interruption de la*

Sans surprise, la jurisprudence se montre également relativement sourcilieuse à l'égard des clauses de renonciation anticipée à l'action en dommages-intérêts¹⁴²⁰. Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles en date du 15 septembre 2005¹⁴²¹, il a été statué sur la conformité d'une clause de non-recours au regard de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation. En l'espèce, une association de consommateur (UFC que choisir) a assigné devant l'ancien Tribunal de grande instance de Nanterre un important prestataire fournisseur d'accès à internet (la société AOL). Ce dernier a déclaré abusives des clauses stipulées au sein des CGU du prestataire et ordonné leur suppression sous astreinte de 1 000 euros par jour de retard et condamné le prestataire à verser des dommages-intérêts (30 000 euros). Le prestataire interjette appel de ce jugement et demande devant la Cour d'appel de Versailles à ce que celui-ci soit infirmé dans toutes ses dispositions. La Cour d'appel constate notamment que l'article 6.2§2 des CGU dispose que « AOL n'est pas responsable du contenu fourni par d'autres qu'elle-même sur le service AOL ni du fait qu'un contenu non conforme n'a pas été supprimé ou l'a été avec retard ». La Cour considère que cette clause « laisse entendre au consommateur qu'il n'a aucun recours contre son fournisseur emporte bien un déséquilibre significatif au détriment du consommateur lequel est réputé démuné de tout recours et ce contrairement aux dispositions légales qui prévoient bien une responsabilité des fournisseurs et hébergeurs qui ne respecteraient pas leurs obligations de contrôle du caractère licite des informations et d'avoir à retirer rapidement des contenus non conformes (...) ». Cette clause qui a donc été interprétée comme confinant à la clause de non-recours au détriment du consommateur et comme créant un déséquilibre significatif car elle prive le consommateur de tout recours en cas de non-respect par le prestataire des dispositions légales prévoyant sa responsabilité concernant la fourniture et suppression des contenus.

Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Rennes en date du 18 juin 2010¹⁴²², une clause de renonciation à recours était également en cause dans le cadre d'un contrat de garde-meuble. En l'espèce, dans le cadre d'un contrat de dépôt, un déposant (M. Blondeau) a confié à un dépositaire (la société AGS Armorique) la garde d'effets et meubles. Le déposant a reproché au dépositaire d'avoir endommagé ces derniers par des tâches d'eau et de moisissures. Le déposant a assigné le dépositaire devant l'ancien Tribunal d'instance de Brest lequel a déclaré abusif l'acte de renonciation à recours et a condamné ce dernier au versement de dommages-intérêts. Le dépositaire a interjeté appel de ce jugement devant la Cour d'appel de Rennes. La Cour rappelle que la clause de renonciation était rédigée en ces termes : « Il est convenu que les marchandises confiées en date du 28 06 04 à la société AGS BREST consistant en 31 m3 d'effets personnels et mobiliers sont assurés par le déposant. Le dépositaire n'assume aucune responsabilité pour quelque cause que ce soit à l'égard desdites marchandises. Les parties renoncent par conséquent réciproquement à recours entre elles pour tous dommages, quelle qu'en soit la cause. Elles s'engagent à communiquer copie de la présente à leurs assureurs respectifs .. et répondent à tout manquement à cet égard. ». La Cour estime que cette clause « exclut en termes généraux toute indemnisation de M. Blondeau en cas de faute de la société

distribution liée à l'aménagement ou à l'entretien du réseau » ; CCA, recommandation, 28 mai 1999, Radiotéléphones portable (mobiles), n° 99-02 « exonérer le professionnel de sa responsabilité quel que soit le préjudice subi par le consommateur » ; CCA, recommandation, 15 oct. 1998, Abonnement au câble et à la télévision à péage, n° 98-01 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet « D'exclure, par la généralité ou l'imprécision des cas d'exonération qu'elles prévoient, la responsabilité des professionnels, lorsque l'interruption du service n'est pas la conséquence d'une cause étrangère » ; CCA, 5 juill. 1985, Établissements hébergeant des personnes âgées, n°85-03 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet « d'exonérer par avance le professionnel de sa responsabilité ».

¹⁴²⁰ C.-M. PEGLION-ZIKA, « La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation », thèse, 2013, n° 501-502.

¹⁴²¹ CA, Versailles, ch. 1, sect. 1, 15 sept. 2005, n° 04/05564.

¹⁴²² CA, Rennes, 1^{ère} ch. B, 18 juin 2010, n° 09/05313.

AGS Armorique et qui contredit la portée de l'engagement contractuel de ce dépositaire salarié prive le consommateur de façon inappropriée de ses droits légaux vis-à-vis du professionnel en cas d'exécution défectueuse par celui-ci de ses obligations contractuelles ». La Cour ajoute que la souscription par le déposant d'un contrat d'assurance auprès d'un tiers au contrat de dépôt « *ne peut valablement compenser ce déséquilibre contractuel* ».

Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en date du 28 juin 2011¹⁴²³, une clause de renonciation à recours a derechef été déclarée abusive. En l'espèce, un assuré (la société Le pocher nautisme) avait souscrit un contrat d'assurance garantissant de divers risques liés à son activité professionnelle de mécanique navale, vente, location, hivernage et gardiennage de bateaux avec un assureur (l'UAP Incendie Accidents). L'assuré avait également conclu un contrat de dépôt d'un emplacement de bateau de plaisance avec un déposant (M. Prothon). L'assuré a subi des cambriolages au cours desquels les bateaux entreposés ont été volés et dégradés. L'assuré a assigné son assureur devant l'ancien Tribunal de grande instance de Paris. L'assureur déniait sa garantie en se prévalant d'une clause de renonciation à recours en cas de vol stipulée dans le contrat de dépôt et le tribunal a déclaré une telle clause abusive. Après avoir été saisie de cette affaire, la Cour d'appel de Paris rappelle le contenu de la clause litigieuse selon laquelle « *Le présent contrat constituant une simple convention d'emplacement, il est expressément convenu que le locataire conserve garde entière de son bateau. Il déclare par ailleurs renoncer à tout recours à l'encontre du loueur en cas de dommage, d'incendie, accident ou de vol survenus à son bateau pendant la durée de la location.* ». La Cour confirme le raisonnement des juges du fond et considère que cette clause « *tendait à exonérer le loueur des conséquences susceptibles de découler d'une inexécution ou mauvaise exécution de ses obligations de garde et de restitution du bateau déposé, sans contrepartie pour Monsieur PROTHON, d'autant que celui-ci établit par plusieurs factures, dont l'une du 3 juillet 2002, année précédant le vol, que durant la période d'hivernage, la société LE POCHEUR NAUTISME effectuait le nettoyage et la révision de son bateau, facturés en sus du 'gardiennage'* ». Ainsi, la Cour estime que cette clause exonère le dépositaire de ses obligations de garde et restitution du bateau déposé « *sans contrepartie pour Monsieur PROTHON* » et, de surcroît, le déposant devait verser une somme supplémentaire au dépositaire pour le nettoyage et la révision de son bateau. La Cour d'appel a donc jugé que cette clause devait être réputée non écrite et que le dépositaire assuré devait être indemnisé par son assureur des conséquences liées aux vols subis par le déposant.

De même, dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Douai le 6 février 2012¹⁴²⁴, il est clairement affirmé que la « *SARL CAR SYSTEME (un vendeur de voiture) ne peut s'exonérer de son obligation de délivrance conforme par une simple mention au contrat, cette dernière ayant pour effet de la décharger de son obligation à réparation à l'égard de l'acquéreur non professionnel en cas de manquement à l'une de ses obligations contractuelles, et ce d'autant que l'obligation de délivrance conforme est une des obligations principales du vendeur.* ». La Cour d'appel en a ainsi déduit que cette clause d'exonération de responsabilité visant à renoncer à l'obligation de délivrance conforme y compris à l'obligation de réparation du vendeur devait être considérée comme abusive au sens de l'ancien article L. 132 du Code de la consommation.

Ensuite, on peut citer un jugement rendu par l'ancien Tribunal de grande instance de Nanterre le 9 février 2006¹⁴²⁵ dans lequel il a été jugé que « *La clause selon laquelle le fournisseur dégage sa responsabilité en toutes circonstances, même si le dommage causé a pour origine*

¹⁴²³ CA, Paris, pôle 2, ch. 5, 28 juin 2011, n° 08/15977.

¹⁴²⁴ CA, Douai, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 6 fév. 2012, n° 10/06186.

¹⁴²⁵ TGI, Nanterre, ch. 1, 9 févr. 2006, n° JurisData 2006-304649. V. aussi : TGI Nanterre, 1^{ère} ch. A, 2 juin 2004, n° 02/03156 pour une clause limitant la responsabilité d'un fournisseur d'accès à internet au remplacement du CD-ROM en cas d'utilisation défectueuse du produit vendu, privant ainsi d'un recours en réparation totale de son préjudice le consommateur.

une défaillance de son matériel ou de ses services est contraire à l'article R. 132-1 du Code de la consommation, qui prohibe les clauses par lesquelles le professionnel, en cas de manquement à l'une quelconque de ses obligations, supprime ou réduit le droit à réparation du consommateur. Une telle clause est donc abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. ». Ainsi, de façon similaire, une clause visant à écarter sa responsabilité et son éventuelle mise en œuvre via le versement de dommages-intérêts en toute circonstance a été déclarée comme abusive.

Enfin, dans un arrêt rendu le 22 mai 2007 par la Cour d'appel de Grenoble¹⁴²⁶, il était stipulé dans un contrat de vente de voiture un article 8-5 comme suit : « *Sont formellement exclus de la garantie, le versement des dommages et intérêts en réparation de tous les dommages éventuellement subis, y compris la privation de jouissance ainsi que les frais de déplacement de personnel et de dépannage* ». La Cour d'appel a relevé que cet article 8-5 était en contradiction avec un autre article du contrat de vente (l'article 7) réservant la garantie légale de l'acheteur. De ce fait, cette dernière juge que l'article 8-5 « *tend à laisser penser au consommateur non juriste qui ne relèverait pas la contradiction apparente* » avec ledit article 7 « *que les préjudices accessoires en cas de survenance de vices cachés ne peuvent donner droit à dédommagement* ». Cette clause écartait donc de manière générale toute action en réparation fondée sur l'obligation légale de garantie ce qui inclut également la garantie des vices cachés. Il en résulte que l'article 8-5 stipulé créait un déséquilibre significatif au détriment du consommateur au regard de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation. Par conséquent, il ressort de ces décisions précitées¹⁴²⁷ que les clauses de renonciation anticipée aux dommages-intérêts sont à l'aune du déséquilibre significatif prévu à l'article L. 212-1 du Code de la consommation relativement suspectes.

Dans ces décisions, de telles clauses ont été considérées comme constituant un déséquilibre significatif et comme devant être réputées non écrites. Mais le sort de ces clauses varie au gré des circonstances factuelles de chaque affaire et reste difficile à prévoir. Dans certaines affaires, il a pu arriver au gré des circonstances que des clauses de renonciation anticipée aux dommages-intérêts ont été considérées comme valables et ne créant pas de déséquilibre significatif.

Dans une première décision rendue par la Cour de cassation le 3 avril 2007¹⁴²⁸, des clauses de renonciation à recours et de non-responsabilité ont été validées par les juges. En l'espèce, un bailleur (la SNC Berthollet) propriétaire de deux bâtiments à usage d'entrepôt a conclu un contrat de bail commercial avec deux locataires (la société France costumes et la société Système box France ou SBF). L'un des locataires (la société SBF) a souhaité réaliser des travaux au sein des locaux loués. Ces travaux demandés auprès d'une société tierce (la société Parisot) ont été sous-traités par cette dernière auprès d'une autre société tierce (la société Archange). Ces travaux ont provoqué un incendie dans les locaux loués par l'un des locataires (la société SBF) lequel a détruit ou endommagé les biens entreposés par les clients de ce locataire. Suite à l'expertise ordonnée en référé par l'assureur (la société MAAF assurances) de la société tierce ayant exécuté les travaux (la société Archange), ce dernier a assigné en

¹⁴²⁶ CA, Grenoble, 1^{ère} ch. civ., 22 mai 2007, n° 05/00795.

¹⁴²⁷ CA, Douai, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 6 fév. 2012, n° 10/06186 ; CA, Paris, pôle 2, ch. 5, 28 juin 2011, n° 08/15977 ; CA, Rennes, 1^{ère} ch. B, 18 juin 2010, n° 09/05313 ; CA, Grenoble, 1^{ère} ch. civ., 22 mai 2007, n° 05/00795 ; CA, Versailles, ch. 1, sect. 1, 15 sept. 2005, n° 04/05564 ; TGI, Nanterre, ch. 1, 9 févr. 2006, n° JurisData 2006-304649 ; V. aussi : CA, Nancy, ch. com. 2, 10 mai 2000, n° JurisData : 2000-139561 pour une clause qui excluait « *toute indemnisation en cas de défaut de distribution n'excédant pas 10 pour-cent du courrier à distribuer, ce qui revient à dire que la poste n'est en réalité jamais tenue de distribuer la totalité du courrier qui lui est remis et cela sans encourir de responsabilité* » et constituait « *une clause abusive, car elle crée un déséquilibre significatif entre les parties contractantes.* ».

¹⁴²⁸ Cass., civ. 1^{ère}, 3 avr. 2007, n° 05-18.225.

justice devant l'ancien Tribunal de grande instance notamment l'un des locataires (la société SBF) ainsi que la société ayant sous-traité les travaux (la société Parisot) pour qu'ils soient reconnus responsables du sinistre. La Cour d'appel de Paris a jugé que le locataire et la société mis en cause ne sont pas responsables de l'incendie et n'engageaient donc pas leur responsabilité. Aussi, l'un des clients dudit locataire, lequel lui avait confié la garde de biens via un contrat de dépôt, a tenté d'engager sa responsabilité ; le locataire pour écarter sa responsabilité s'est prévalu d'une clause de non-recours et non-responsabilité. Saisie d'un pourvoi en cassation, la Cour de cassation rappelle le raisonnement des juges de la Cour d'appel de Paris fondé sur le déséquilibre significatif prévu en droit de la consommation. Selon ces derniers, les clients du locataire étaient « *clairement informés des limitations de responsabilité convenues* » et du fait qu'ils bénéficiaient d'une garantie dommages « *dont ils connaissaient le montant et avaient la possibilité de souscrire une assurance pour un capital suffisant s'ils le souhaitaient* ». De plus, le locataire pratiquait des prix « *bien plus réduits que ceux d'un garde-meuble* ». Il en résulte donc que le contrat de dépôt, comprenant les articles 9 et 11 qui sont des clauses de non-recours et non-responsabilité, est « *un contrat particulier, clair et non équivoque* ». La Cour Régulatrice confirme sur ce point le raisonnement des juges du fond qui ont retenu l'absence de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. On comprend donc que si ces clauses ont été validées c'est parce que les clients du locataire étaient informés de ces clauses, qu'ils avaient la possibilité de souscrire une assurance couvrant ce risque de dommage et que le prix pratiqué par le locataire était nettement inférieur à celui d'un garde meuble. Le déséquilibre potentiel induit par ces clauses était donc compensé par l'ensemble de ces avantages et contreparties pour le client du locataire.

Dans un deuxième arrêt rendu par la Cour d'appel de Douai en date du 20 juin 2011¹⁴²⁹, une clause de renonciation anticipée à recours a également été considérée comme ne créant pas un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. En l'espèce, un bailleur (la SA Salti Location) a conclu un contrat de bail avec un locataire (M. Coisne) portant sur la mise à disposition d'une nacelle télescopique. Cependant, la nacelle a été endommagée durant la location et le locataire a reçu une facture indiquant le montant des réparations à régler. Ce dernier a contesté cette facture estimant qu'il avait souscrit une assurance garantissant les aléas de la location. Le bailleur a assigné le locataire devant l'ancien Tribunal de grande instance de Lille en versement des sommes dues ainsi que d'une pénalité. Le Tribunal a fait droit aux demandes du bailleur et a condamné le locataire au paiement desdites sommes ; ce dernier a décidé d'interjeter appel de ce jugement devant la Cour d'appel de Douai. Celle-ci constate que l'article 10-2-6 du contrat de location prévoit « *une renonciation du loueur, moyennant un loyer supplémentaire de 10 % du prix hors taxes de location, à recours pour les dommages résultant du bris fonctionnel ou du bris accidentel du matériel dans certains cas* ». De même, cet article précise que sont exclus de cette renonciation à recours « *les dommages consécutifs à des actes de malveillance, et faute intentionnelles, au non-respect des consignes d'utilisation du loueur, au bris ou dégradation ayant une cause externe au matériel* ». La Cour considère que l'origine des dégradations provient d'une cause externe au matériel (en l'occurrence, la chute d'une bûche) et relève donc du champ d'exclusion de la clause de renonciation à recours. Par ailleurs, la Cour souligne que cette clause d'assurance stipulée dans le contrat (l'art. 10-2-6 du contrat) était « *facultative* » et n'affectait pas les obligations principales des parties (« *à savoir pour le loueur remettre au preneur un matériel en état de marche pendant la durée du contrat et pour le locataire, l'obligation de régler le prix de la location* »). Ainsi, cette clause ne pouvait, selon la Cour d'appel, être qualifiée de clause abusive laquelle créerait alors un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Il apparaît donc que cette clause de renonciation concernant le bailleur a été

¹⁴²⁹ CA, Douai, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 20 juin 2011, n° 10/03646.

reconnue comme valable étant donné que ce dernier en contrepartie a exigé un loyer supplémentaire de 10% du prix HT de la location pour les dommages résultant de bris dans certains cas. Cette clause faisait l'objet d'une contrepartie particulière (l'augmentation de 10% du loyer) et était suffisamment précise. En effet, son périmètre était limité à « *certaines cas* » et elle ne pouvait s'appliquer pour « *les dommages consécutifs à des actes de malveillance, et faute intentionnelles, au non-respect des consignes d'utilisation du loueur, au bris ou dégradation ayant une cause externe au matériel.* ». Au surplus, cette clause était facultative (non obligatoire pour le locataire) et n'affectait pas les obligations principales du contrat de bail. Ce faisceau d'indices a donc permis d'écarter l'argument relatif au déséquilibre significatif. Dans le même sens, la Cour d'appel de Rennes le 15 février 2022¹⁴³⁰ a pu également reconnaître la validité d'une clause de renonciation anticipée aux dommages-intérêts selon une motivation circonstanciée ; cette dernière n'avait pas une portée générale mais concernait uniquement un retard pris par le vendeur à un instant précis, un procès-verbal de livraison avait été signé sans réserve et la clause de renonciation qu'il contenait n'avait pas conditionné la livraison du bien en l'état futur d'achèvement. Aussi, le vendeur avait avant la livraison informé l'acheteur de son intention de se prévaloir de la clause de prorogation du délai de livraison et du fait qu'il n'avait commis aucun manquement contractuel et ne donnerait donc pas suite à sa demande indemnitaire. Le critère de la portée générale ou circonstanciée de la clause de renonciation anticipée aux dommages-intérêts a donc une importance particulière.

Dans une troisième décision rendue par la Cour d'appel de Rennes le 26 juin 2020¹⁴³¹, une clause de renonciation anticipée aux dommages-intérêts a également été validée par les juges. En l'espèce, un déposant (M. D) a conclu un contrat de dépôt (lequel sera requalifié en contrat de bail en appel) avec un dépositaire (la société ANJ) portant sur l'entretien et le stockage d'un bateau de plaisance (du navire et de son moteur). Toutefois, le moteur de ce bateau ayant été volé dans la nuit, le déposant a assigné en justice le dépositaire devant l'ancien Tribunal de grande instance de Saint-Nazaire en paiement de dommages-intérêts. Le Tribunal a condamné le dépositaire à verser des dommages-intérêts en réparation du préjudice subi par le déposant. Le dépositaire a interjeté appel de ce jugement devant la Cour d'appel de Rennes. Le déposant soutenait que la clause d'exclusion de responsabilité stipulée dans le contrat créait au détriment du consommateur un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. En l'effet, ladite clause stipulait que le dépositaire (ou le chantier naval) ne pouvait « *être tenu responsable de tous les événements dommageables au navire entreposé* » et que la police d'assurance du déposant devait inclure « *une clause de renonciation à recours envers le chantier et ses assureurs, tant du propriétaire que de ses assureurs* ». La Cour rappelle que, selon l'article R. 212-1 du Code de la consommation, les clauses supprimant ou réduisant le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur sont irréfragablement abusives. La Cour estime que la clause de renonciation stipulée en l'espèce « *porte précisément sur la détermination exacte des obligations contractuelles du chantier naval, et non sur la suppression du droit à réparation du propriétaire du bateau en cas de faute du chantier naval.* ». De ce fait, le contrat de dépôt a fait l'objet d'une requalification en contrat de bail, il s'agissait donc d'un contrat de « *location d'emplacement de stockage à sec du navire, et non (d')un contrat de dépôt, de sorte que la société ANJ ne s'était pas engagée à assurer la garde et la conservation du bateau et à restituer celui-ci à son propriétaire.* ». Il apparaît donc que la clause de renonciation à recours est valable car elle a induit une requalification du contrat et n'affecte plus l'obligation principale de garde et de conservation du contrat de dépôt.

¹⁴³⁰ CA, Rennes, 1^{ère} ch., 15 févr. 2022, n° 19/07510.

¹⁴³¹ CA, Rennes, ch. 2, 26 juin 2020, n° 17/00880.

Sur le fondement du droit commercial. Dans un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 4 novembre 2014¹⁴³², un contrat de livraison de gasoil a été conclu entre un distributeur de gasoil et un transporteur. Or, des pannes ont été constatées sur les véhicules utilisant le gasoil livré et le transporteur a assigné en réparation le distributeur. Pour dégager sa responsabilité, le distributeur invoquait une clause évasive de responsabilité stipulée dans les conditions générales de vente selon laquelle « *les réclamations de l'acheteur, à l'occasion d'une livraison ne sont susceptibles d'être admises que si elles sont formulées au moment de la réception de la marchandise* ». La Cour de cassation a considéré que ces clauses sont en principe « *valables entre professionnels dès lors qu'elles sont connues et acceptées par les parties* ». Néanmoins, selon la Cour Régulatrice, une telle clause oblige « *l'acheteur à former réclamation contre le vendeur du carburant au moment même de la livraison de celui-ci* » ce qui « *rendait impossible toute action en réparation du préjudice résultant de l'utilisation, nécessairement postérieure, d'un carburant de mauvaise qualité, de sorte qu'elle devait être réputée non écrite dans les rapports entre vendeur et acheteur* ». Ainsi, cette clause empêchait le transporteur de réclamer toute réparation du préjudice lié à la livraison du gasoil, de manière généralisée. Compte tenu de cette impossibilité pour le transporteur à obtenir réparation de son préjudice, il en résultait donc que cette clause devait être réputée non écrite sur le fondement de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce.

De même, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris du 25 octobre 2016¹⁴³³ s'est également penché sur une clause évasive de responsabilité. En l'espèce, un contrat de maintenance d'un dispositif de télésurveillance avait été conclu entre un client distribuant des produits et accessoires électroniques et un prestataire ainsi qu'un contrat d'assurance. Suite à la commission d'un vol au sein des locaux du client sans que l'alarme n'ait fonctionné, l'assureur a indemnisé ce dernier, s'est subrogé dans ses droits et a assigné le prestataire de maintenance. Le prestataire pour se dégager de sa responsabilité invoquait une clause évasive de responsabilité stipulée au contrat de télésurveillance selon laquelle la responsabilité du prestataire « *ne saurait être engagée pour des dommages résultant du fonctionnement de l'installation ou de son non fonctionnement pour quelque cause que ce soit, par exemple, le vol en l'absence d'une faute dûment prouvée par le client dans l'exécution des prestations prévues dans le présent contrat* ». La Cour d'appel considère que cette clause « *vide, en effet, le contrat de ce qui en fait l'essence même, à savoir le bon fonctionnement de la prestation d'alarme pour prévenir le vol* » et de ce fait crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce. S'il est vrai que la Cour de cassation¹⁴³⁴ a cassé cet arrêt car les juges d'appel avaient privé leur décision de sa base légale en ne caractérisant pas l'existence d'une tentative de soumission ou d'une soumission, cette dernière n'a pas récusé leur raisonnement concernant la caractérisation du déséquilibre significatif. Ainsi, on peut considérer que cette partie de l'arrêt rendu par la Cour d'appel n'est pas pour l'heure invalidée, il restera à vérifier ce que décidera la Cour d'appel de renvoi.

Quid de l'article 1171 du Code civil ? Il ressort de l'ensemble de ces décisions rendues sur le fondement du droit consommériste et commercial qu'un faisceau d'indices peut permettre de valider une clause de renonciation anticipée aux dommages-intérêts. Parmi ces critères, il y a le fait de que cette clause porte sur une obligation principale ou accessoire du contrat (la requalification du contrat peut également permettre d'é luder l'argument de l'atteinte à une obligation essentielle du contrat), le caractère général ou circonstancié de cette clause, qu'un prix inférieur ou supérieur soit pratiqué (selon que le contractant subissant les effets de cette

¹⁴³² Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-13.576.

¹⁴³³ CA, Paris, pôle 2, ch. 5, 25 oct. 2016, n° 14/20906.

¹⁴³⁴ Cass. com. éco. et fin., 14 févr. 2018, n° 17-11.924.

clause soit créancier ou débiteur), la souscription d'une assurance des dommages pour lesquels il est renoncé d'agir en dommages-intérêts par le stipulant ou la possibilité pour le contractant subissant les effets de cette clause de souscrire une assurance couvrant ces dommages. Néanmoins, même si le plus souvent un faisceau d'indices sera nécessaire pour valider une clause de renonciation anticipée aux dommages-intérêts, cela n'empêche pas qu'un indice unique puisse parfois permettre de valider une telle clause pourvu qu'il soit décisif¹⁴³⁵ ; ce fut par exemple le cas de l'une des décisions précitées ci-dessus où c'est essentiellement la portée circonstanciée de la clause qui a permis de retenir sa validité¹⁴³⁶. Cette méthode d'appréciation devrait selon toute vraisemblance être reprise et inspirer les juges lorsqu'ils seront amenés à appliquer l'article 1171 du Code civil¹⁴³⁷. L'ensemble de ces indices devraient pouvoir être mobilisés, de manière combinée ou non, ce qui n'exclut pas d'ailleurs que d'autres puissent être découverts. Néanmoins, il reste que la nature particulière de certains contrats, en l'occurrence celle du contrat de location financière, permet d'écarter l'argument de l'invalidité d'une clause exonératoire de responsabilité fondé sur l'article 1171. Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Grenoble ¹⁴³⁸ que nous examinerons également plus loin s'agissant des clauses de résiliation non réciproques, une clause exonératoire de responsabilité, d'une portée assez générale, était stipulée dans un contrat de location financière ; celle-ci prévoyait notamment que « *le bailleur n'est pas responsable des retards ou manquements à ses obligations résultant de la force majeure, du cas fortuit ou de conflits sociaux, des dommages dus à l'inexécution par le locataire de ses obligations, des dommages indirects et de tout préjudice financier ou commerciaux* ». La Cour d'appel a considéré que cette clause exonère « *le bailleur de toute responsabilité* » sans qu'une telle exonération n'ait été prévue au bénéfice du locataire. Une telle clause faisait ainsi « *peser sur le seul locataire les conséquences et coûts de la cessation de la location* » et les autres clauses du contrat de location ne compensaient pas cette absence de réciprocité. La Cour considère toutefois que cette absence de réciprocité est « *la conséquence de la nature des obligations auxquelles sont respectivement soumises les parties* » puisqu'il s'agissait en l'espèce d'un contrat de location financière. La Cour explique notamment « *qu'en possession de l'objet du contrat, seul le locataire est en mesure d'exécuter l'obligation de restitution.* ». En effet, le locataire a déjà exécuté l'intégralité du contrat pour ce qui lui concerne, en réglant au fournisseur le montant de ses prestations et en mettant à la disposition du locataire la prestation informatique recherchée. Compte tenu de cette nature particulière du contrat de location financière, la clause exonératoire de responsabilité n'a pas été invalidée sur le fondement de l'article 1171.

B) Les clauses de renonciation anticipée à la réduction du prix

Sur le fondement du droit consommériste. Dans un arrêt déjà cité rendu par la Cour d'appel de Poitiers, le 24 novembre 2020¹⁴³⁹, les juges ont été amenés à statuer sur la validité d'une clause de renonciation anticipée à la réduction du prix. En l'espèce, un bailleur (la SCI de la Bignonerie) mettait à disposition d'un locataire (la SARL Thala-Form) un centre de remise en

¹⁴³⁵ S. CHAUDOUET, « *Le déséquilibre significatif* », thèse, 2018, n°387.

¹⁴³⁶ CA, Rennes, 1^{ère} ch., 15 févr. 2022, n° 19/07510. V. aussi pour une clause exonérant de toute responsabilité en cas de retard à laquelle il était reproché en application de l'article 1171 du code civil de créer un déséquilibre significatif (toutefois, l'application de cet article a finalement été éludée car la qualification d'un contrat d'adhésion n'était pas caractérisée en l'espèce) : CA, Caen, 2^{ème} ch. civ. et com., 23 sept. 2021, n° 19/01684.

¹⁴³⁷ Les clauses de non-recours risquent d'être réputée non écrit sur le fondement de l'article 1171 Code civil à moins qu'elle soit « *compensée par une autre clause rééquilibrant la relation contractuelle.* » (G. BRUNAU, « *Droit des contrats - La clause de non-recours* », CCC, n° 7, juill. 2019, form. 7).

¹⁴³⁸ CA, Grenoble, ch. com., 31 mars 2022, n° 20/04209.

¹⁴³⁹ CA, Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 24 nov. 2020, n° 18/03062.

forme dans le cadre d'un contrat de bail commercial. Le locataire a signalé des désordres au sein du local loué (infiltrations au plafond, instabilité de la température de l'eau des douches, défaut de ventilation etc.). Une expertise contradictoire a été menée entre les parties, les différents intervenants et leurs assureurs respectifs. Plusieurs actions devant le juge des référés ont été diligentées par le locataire pour suspendre le paiement du montant des loyers et faire consigner une provision correspondant au montant des travaux et réparations des désordres causés. Le juge des référés a débouté le locataire de ses demandes ; le bailleur lui a fait délivrer un commandement de payer visant la clause résolutoire et a obtenu à ce que l'acquisition de la clause résolutoire soit constatée par le juge des référés. Le locataire a assigné selon la procédure à jour fixe le bailleur devant l'ancien Tribunal de grande instance de La-Roche-sur-Yon notamment en raison de la violation par le bailleur de ses obligations de délivrance, d'entretien et de garantie des vices cachés du local loué. Le Tribunal a prononcé la condamnation du bailleur pour la violation de son obligation de délivrance et les désordres causés au locataire et a refusé de faire droit à la demande de diminution du loyer formulée par le locataire. Le locataire a interjeté appel de ce jugement devant la Cour d'appel de Poitiers. Cette dernière rappelle les dispositions des articles 1719 (obligation d'entretien et de faire jouir paisiblement le preneur) et 1721 (garantie des vices et défauts de la chose louée) du Code civil. Puis, la Cour rappelle le contenu de la clause de renonciation à l'action en diminution du loyer stipulée à l'article 5.8 du contrat de bail selon laquelle le locataire « *accepte...de ne pouvoir prétendre à aucune diminution de loyer en cas de suppression temporaire ou réduction des services collectifs tels que l'eau, le gaz, l'électricité, le téléphone, le chauffage, les ascenseurs, monte-charges, etc...non plus qu'en cas d'humidité, fuites, infiltrations ou toute autre cause, ainsi que des fuites sur canalisation commune masquée par un coffrage établi par le bailleur* ». La Cour estime que cette clause n'empêche pas le locataire à rechercher la responsabilité du bailleur en cas de manquements à ses obligations légales « *car son objet est expressément circonscrit à la réduction de loyer, au-delà duquel elle ne peut être étendue* ». La Cour considère que cette clause n'a pas pour objet ni pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. En effet, le locataire « *conserve la faculté de solliciter par voie non pas de réduction de loyer mais d'indemnisation, réparation du préjudice qu'elle peut subir du fait de l'atteinte à ses droits, notamment de jouissance paisible, cette stipulation ne constituant pas non plus une clause de non-responsabilité.* ».

Quid de l'article 1171 du Code civil ? Selon la Cour d'appel, il semble donc clair que cette clause ne constitue pas un déséquilibre significatif car la portée de cette clause de renonciation anticipée à l'action en réduction du prix ne s'étend pas à la demande de dommages-intérêts pouvant être formulée par le locataire. Il s'agit uniquement d'une clause de renonciation à l'action en réduction du prix et non pas d'une « *clause de non-responsabilité* ». Ainsi, il devrait donc être possible de renoncer conventionnellement, de manière anticipée, à la réduction du prix au regard de l'article 1171 du Code civil. Sachant d'ailleurs que la jurisprudence accepte, sans ambages, la possibilité de renoncer de manière anticipée à l'action résolutoire prévue par l'ancien article 1184 du Code civil¹⁴⁴⁰, alors même que cette sanction contractuelle « *semble plus essentielle que la réduction du prix* »¹⁴⁴¹. Aussi, même en prenant pour modèle le droit consommériste, en l'état actuel de la rédaction de l'article R. 212-1, 6° du Code de la consommation selon lequel est réputée abusive la clause ayant pour objet ou effet de « *supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses*

¹⁴⁴⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 3 nov. 2011, n° 10-26.203.

¹⁴⁴¹ F.-X. LICARI, « *Contrat. Inexécution du contrat. Réduction de prix* », JCl. Civil Code, Art. 1223, fasc. unique, 2018, n° 27.

obligations », il apparaît que contrairement à ce qui a pu être défendu en doctrine¹⁴⁴², l'arrêt commenté milite en faveur de la suppression de l'action en réduction du prix car celle-ci n'a pas « *pour effet* » de supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur. Au surplus, la jurisprudence fait clairement le départ entre la réduction du prix et les dommages-intérêts, « *la réfaction du prix a un objet distinct de celui des dommages-intérêts réparant les conséquences dommageables de la non-conformité de la chose vendue* »¹⁴⁴³. Il reste que l'on pourrait toutefois réserver l'hypothèse où la renonciation anticipée à la réduction du prix ne serait pas réciproque entre les parties, dans ce cas, on pourrait considérer qu'une telle clause risquerait de créer un déséquilibre significatif en ce qu'elle « *interdirait à l'adhérent de réduire le prix alors que le stipulant conserverait cette faculté* »¹⁴⁴⁴. En outre, depuis que la réduction du prix est devenue une sanction de nature légale au même titre que les autres sanctions contractuelles en vertu de l'article 1217 du Code civil, et a été érigée au rang légal, il est possible que la jurisprudence se montre moins accueillante vis-à-vis de ce type de clause ; en effet, celle-ci reviendrait à induire la négation de l'existence d'un droit légal, ce qui rend plus probable qu'elle puisse constituer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

C) Les clauses de renonciation anticipée à l'action en résiliation

Sur le fondement du droit consommériste. La renonciation anticipée à la résolution judiciaire du contrat induit un grave déséquilibre pour le consommateur en ce qu'il ne peut plus demander à en sortir dès lors que celui-ci ne répondrait plus à ses attentes¹⁴⁴⁵. Dans un premier arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris, le 30 mars 2018¹⁴⁴⁶, une clause de renonciation à l'action résolutoire a été jugée comme constituant une clause abusive¹⁴⁴⁷. En l'espèce, une association de défense des consommateurs (l'association CLCV), agréée pour agir en justice en suppression de clauses abusives, a assigné un prestataire spécialiste dans les télécommunications (la société SFR) devant l'ancien Tribunal de grande instance de Paris en suppression de clauses abusives. En particulier, l'association visait l'article 12.2.1 stipulé au sein de l'offre « *SFR Professionnels Grand public* » relatif à la fin et résiliation du contrat. Le Tribunal estime que « *la société SFR ne pouvait empêcher les abonnés de résilier leur contrat en cas d'inaccessibilité des services complémentaires ou optionnels, sans créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.* ». La Cour d'appel de Paris confirme sur ce point ce jugement et affirme que cette clause « *est abusive car elle crée au profit de l'opérateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties en empêchant l'abonné, en cas d'inaccessibilité des services complémentaires et/ou optionnels,*

¹⁴⁴² C. NOBLOT, « *Contrats - Article 1223 du Code civil : la clause de définition de l'exécution imparfaite* », CCC, n°2, févr. 2019, form. 2.

¹⁴⁴³ Cass. com., 22 janv. 2008, n° 07-11.375.

¹⁴⁴⁴ F.-X. LICARI, « *Contrat. Inexécution du contrat. Réduction de prix* », JCl. Civil Code, Art. 1223, fasc. unique, 2018, n° 27. V. aussi en ce sens : C. NOBLOT, « *Contrats - Article 1223 du Code civil : la clause de définition de l'exécution imparfaite* », CCC, n°2, févr. 2019, form. 2.

¹⁴⁴⁵ C.-M. PEGLION-ZIKA, « *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation* », thèse, 2013, n°498.

¹⁴⁴⁶ CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 30 mars 2018, n° 15/08688.

¹⁴⁴⁷ V. aussi : CCA, recommandation, 30 sept. 2020, Contrats de location de transports individuels en libre-service, n° 20-01 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou pour effet « *d'entraver l'exercice du droit discrétionnaire par le consommateur de résilier à tout moment un contrat à durée indéterminée* » ; CCA, recommandation, 22 févr. 2001, Durée des contrats conclus entre professionnels et consommateurs, n° 01-02 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou pour effet « *d'interdire au consommateur de demander la résiliation du contrat en cas de manquement grave ou répété par le professionnel à ses obligations* ».

de résilier son contrat ». Ainsi, le Tribunal avait à juste titre ordonné la suppression de cette clause dans les documents contractuels du prestataire en application du Code de la consommation.

Dans un deuxième arrêt rendu par la Cour d'appel de Reims le 26 juin 2018¹⁴⁴⁸, a été déclarée abusive une clause de renonciation anticipée à l'action résolutoire. En l'espèce, une cliente (Mme Marie-Thérèse V. veuve P.) avait recouru aux services d'un prestataire (la société FUNECAP EST) pour la fourniture et pose d'un monument et de travaux de gravure dans le cadre des obsèques de son mari (M. Alain P.). La cliente s'est plainte à plusieurs reprises de la couleur du monument qui était grise alors qu'elle devait être verte. La cliente a assigné le prestataire devant l'ancien Tribunal de grande instance de Reims, lequel a débouté celle-ci de toutes ses demandes, puisqu'elle ne démontrait pas que la couleur du monument délivré ne correspondait pas à la couleur prévue dans le devis signé. La cliente a interjeté appel de cette décision. La Cour d'appel a infirmé ce jugement le monument livré n'étant pas conforme à la commande et dans le cadre de sa défense le prestataire avait invoqué l'article 5 des conditions générales de vente signées par la cliente. Ce dernier prévoyait que « *les différences de teinte ne peuvent donner lieu à la résiliation du marché, au refus de la marchandise ou à la réduction de prix* ». Or, la Cour d'appel estime que cette clause crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au visa de l'ancien article R. 132-1 du Code de la consommation lequel prévoit que sont « *abusives de manière irréfragable les clauses ayant pour objet ou pour effet d'interdire au consommateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de son obligation de délivrance.* ».

Sur le fondement du droit commercial. Dans un troisième arrêt rendu le 21 novembre 2011 par la Cour d'appel de Bordeaux¹⁴⁴⁹ déjà cité *supra*, les juges censurent une clause de renonciation à l'action en résiliation. En l'espèce, un vendeur (la SA Tôlerie Chaudronnerie Mécanique TCM) a fixé sans aucune réserve un délai de livraison d'une semi-remorque dans un devis libellé pour un acheteur (la SA Delmond Foies Gras) ainsi : « *délai de livraison à ce jour : juin 2008 – semaine 24* » ; le bon de commande indiquait : « *date de livraison : 1^{ère} quinzaine juin 2008* ». Le vendeur, n'étant pas en capacité de livrer la semi-remorque à la date convenue, a acheté une semi-remorque d'occasion et l'a donnée à bail auprès de l'acheteur moyennant la remise d'un chèque de dépôt de garantie de 10 000 euros. Après environ deux mois d'attente, l'acheteur restitue la semi-remorque louée et annule sa commande. Le vendeur estime que cette résiliation le pénalise et réclame conformément aux conditions générales de vente une indemnité de 25 120 euros (tout en retenant le dépôt de garantie de 10 000 euros). De surcroît, l'article 3.1 de ces conditions générales prévoyait que « *les délais de livraison sont toujours donnés à titre indicatif sauf stipulation expresse contraire. **Aucun dépassement de délai n'ouvre droit à dommages et intérêts au profit de l'acheteur, ni à retenue, ni à annulation ou résolution de la commande*** ». Ladite clause écartait donc toute action en dommages-intérêts et en résolution au profit de l'acheteur. L'acheteur obtient une ordonnance d'injonction de payer du juge pour la somme retenue de 10 000 euros. Le vendeur assigne l'acheteur devant le Tribunal de commerce de Bordeaux aux fins d'obtenir sa condamnation pour résiliation fautive de la vente. Si le Tribunal de commerce a condamné l'acheteur à verser des dommages-intérêts au vendeur sur le fondement des conditions générales de vente, la Cour d'appel de Bordeaux infirme cette décision et estime que le vendeur ne peut se prévaloir de certaines clauses dans les conditions générales. Les juges bordelais sur le fondement de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce affirment que « *appliquer une telle clause reviendrait sans contrepartie à priver l'acquéreur de toute possibilité de*

¹⁴⁴⁸ CA, Reims, ch. civ., 1^{ère} sect., 26 juin 2018, n° 17/01919.

¹⁴⁴⁹ CA Bordeaux, 21 nov., 2011, n° 10/02746.

résiliation et à le contraindre à payer des dommages et intérêts à son vendeur, alors que celui-ci a manqué à l'une de ses obligations essentielles : livrer la chose commandée à la date convenue. ».

Quid de l'article 1171 du Code civil ? Le droit consommériste et le droit commercial semblent tout deux être clairs sur le fait qu'une clause prévoyant une renonciation anticipée à l'action en résiliation créerait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en cas d'inexécution d'une obligation essentielle au contrat. On ne voit pas pour quelle raison des décisions similaires ne seraient pas rendues sur le fondement de l'article 1171 à tout le moins en cas d'inexécution d'une obligation essentielle. Ce serait à nouveau le critère de la « *dénégation* » de l'existence d'un droit qui serait mis en œuvre¹⁴⁵⁰. En revanche, s'il s'agit d'une obligation accessoire au contrat, une telle clause ne devrait pas créer un tel déséquilibre significatif. Il devrait en aller de même si cette clause était stipulée en cas d'inexécution d'une obligation essentielle mais avec une portée strictement limitée et circonstanciée. Toutefois, à notre connaissance, il n'y a pour l'heure pas encore de jurisprudence rendue sur ces clauses au visa de l'article 1171 du Code civil.

D) Les clauses de renonciation anticipée à l'exception d'inexécution

Sur le fondement du droit consommériste. Ces clauses qui permettent d'éluder le droit supplétif applicable à l'exception d'inexécution sont particulièrement graves dans la mesure où le consommateur serait tenu d'exécuter ses obligations alors que le professionnel est libre de se départir des siennes¹⁴⁵¹. La jurisprudence illustre bien le déséquilibre flagrant qu'induisent ces clauses. Dans un premier arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris en date du 9 octobre 2020, une clause de renonciation anticipée à l'exception d'inexécution n'a pas été considérée comme abusive. En l'espèce, un prestataire (la société Grenke location) a financé par trois contrats de location financière des équipements et matériels informatiques choisis par un locataire (l'association CAP Charenton) auprès de différents fournisseurs. Les prélèvements ayant été rejetés, le prestataire a résilié les contrats de location, mis en demeure le locataire de restituer le matériel et assigné ce dernier devant l'ancien Tribunal de grande instance de Créteil. Le Tribunal a condamné le locataire au versement des sommes demandées et la Cour d'appel de Paris a infirmé le jugement en inscrivant la créance du prestataire au passif du locataire. Un pourvoi a été formé par le locataire et la Cour de cassation a cassé cet arrêt au visa de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation. Le locataire a saisi sur renvoi après cassation la Cour d'appel de Paris. Cette dernière rappelle que, selon l'ancien article R. 132-1 5° du Code de la consommation, sont présumées abusives de manière irréfragable les clauses ayant pour objet ou effet de « *Contraindre le non-professionnel ou le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service* ». Il était stipulé à l'article 4-4° des contrats de location que « *Le locataire reste tenu du paiement de l'intégralité des loyers au Bailleur, même en cas de dysfonctionnement, quelle qu'en soit la nature ou la cause, lié à la maintenance ou au fonctionnement des produits. Aucune composition à quelque titre que ce soit, autre que judiciaire, ne pourra intervenir entre les parties.* ». La Cour considère que cette clause n'est pas irréfragablement abusive car elle « *vise précisément (à) garantir au bailleur, qui a délivré*

¹⁴⁵⁰ S. CHAUDOUET, « *Le déséquilibre significatif* », thèse, 2018, n°392.

¹⁴⁵¹ C.-M. PEGLION-ZIKA, « *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation* », thèse, 2013, n°500.

le matériel au locataire, le paiement des loyers, nonobstant les dysfonctionnements liés à la maintenance mettant en cause le fournisseur, tiers au contrat de location. ». En effet, la maintenance et l'entretien du matériel étant assurés par le fournisseur, la renonciation par le locataire de la possibilité d'invoquer l'exception d'inexécution à l'égard du bailleur n'était pas une clause abusive. L'objectif de cette clause est de souligner la divisibilité et l'indépendance des contrats de vente (entre le fournisseur et le bailleur) et de bail (entre le bailleur et le locataire). Il apparaît donc qu'une telle clause de renonciation n'était pas abusive puisque le locataire dispose de la possibilité d'invoquer l'exception d'inexécution à l'égard du fournisseur du matériel qui est en charge de la maintenance de celui-ci. Un arrêt similaire a été rendu le 18 septembre 2006¹⁴⁵² s'agissant de l'absence d'indivisibilité entre un contrat de bail et un contrat d'abonnement de prestation de service concernant un bien loué. La clause litigieuse stipulée dans le contrat de location intitulée « *Autonomie du contrat* » prévoyait que « *Le locataire renonce expressément et irrévocablement à toute suspension de paiement des termes du présent contrat qui serait motivée par un litige avec le fournisseur ou le prestataire de service.* ». La clause de renonciation anticipée à l'exception d'inexécution était de la même façon valable dans la mesure où les deux contrats en cause étaient indépendants et que cette renonciation ne fait que consacrer cette autonomie contractuelle. A l'inverse, cette renonciation n'englobait pas l'exception d'inexécution résultant d'une inexécution du contrat de bail que le locataire pouvait toujours invoquer à l'égard du bailleur.

Dans un deuxième arrêt rendu par la Cour de cassation le 30 octobre 2007¹⁴⁵³, une association de défense des droits des consommateurs (l'association UFC - Que choisir) a assigné un prestataire (la société APL 38) spécialisé dans la vente de listes de biens immobiliers disponibles à la vente ou à la location pour que soit ordonnée la suppression de clauses abusives. Parmi les clauses déclarées abusives, une a été déclarée comme telle au regard de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation et plus particulièrement du point b) et o) de l'annexe de ce texte. Pour rappel, le point b) prévoit qu'est une clause abusive le fait « *D'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du professionnel ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le professionnel d'une quelconque des obligations contractuelles, y compris la possibilité de compenser une dette envers le professionnel avec une créance qu'il aurait contre lui* » et le point o) que « *D'obliger le consommateur à exécuter ses obligations lors même que le professionnel n'exécuterait pas les siennes* ». Dans son arrêt du 7 novembre 2005, la Cour d'appel de Grenoble ne retient pas le caractère abusif de la clause selon laquelle « *l'exactitude des informations concernant le bien proposé à la location et notamment le descriptif et la date de disponibilité sont transmis au client sous la seule responsabilité des propriétaires, qui en ont informé l'agent immobilier diffuseur ; le bien est réputé disponible tant que le propriétaire n'a pas retiré le récépissé de retrait d'annonce établi par l'agent immobilier diffuseur, ce que le client reconnaît et accepte* ». En effet, selon la Cour, le prestataire ne pouvait « *se livrer simultanément à la vente et à une autre activité d'agent immobilier portant sur la location ou sous-location* », aucun texte n'impose au prestataire de « *vérifier que les indications données par le titulaire du bien soient exactes* » et ce dernier n'a pas à effectuer des « *vérifications concrètes des caractéristiques précises du bien proposé à la location par le propriétaire directement* ». Or, selon la Cour de cassation, cette clause a pour objet et pour effet « *d'exonérer le professionnel de son obligation de présenter à son client une liste de biens correspondant à celui recherché* » et « *d'exclure la possibilité pour ce client, tenu par ailleurs d'exécuter immédiatement sa propre obligation de payer la rémunération convenue, de faire valoir son droit à l'encontre du marchand de listes en cas de*

¹⁴⁵² CA, Agen, 1^{ère} ch., 18 sept. 2006, n° 05/00020.

¹⁴⁵³ Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2007, n° 06-11.032.

non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse de son engagement contractuel ». Ainsi, en empêchant les clients du prestataire de « *faire valoir son droit* » à son encontre, c'est-à-dire la possibilité d'invoquer l'exception d'inexécution en cas d'inexécution du prestataire, cette clause a obligé les clients à exécuter leurs obligations (en l'occurrence le paiement de la rémunération du prestataire) alors que le prestataire pouvait se départir des siennes. Une telle clause créait donc un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en particulier au regard du point o) de l'annexe de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation relatif à l'éviction de l'exception d'inexécution.

Dans un troisième arrêt rendu par la Cour d'appel de Toulouse en date du 16 septembre 2014¹⁴⁵⁴, une clause de renonciation anticipée a été jugée abusive. En l'espèce, un client (M. Impelletieri) a conclu un contrat de licence d'exploitation de vidéo et site internet avec un prestataire (la SA AFE) pour promouvoir son activité professionnelle de jardinier paysagiste. Le prestataire a cédé sa qualité de contractant à un autre prestataire cessionnaire (la SAS Locam Location automobiles matériel). Le client a assigné devant l'ancien Tribunal d'instance de Toulouse ce prestataire cessionnaire en raison de l'absence de qualité de cessionnaire du contrat en remboursement des sommes indûment perçues. Ce dernier a demandé la condamnation du client à la poursuite du paiement des loyers. Le Tribunal estime qu'un « *nombre important de clauses consistant à décharger le cessionnaire de tout rôle et responsabilité dans le fonctionnement du site de sorte qu'il comporte un déséquilibre significatif entre les cocontractants, le cessionnaire n'étant tenu qu'à une obligation de mise à disposition cependant que le débiteur se voit contraint à exécuter son obligation de paiement même en cas de dysfonctionnement du site, de sorte qu'il est privé de toute possibilité d'invoquer l'exception d'inexécution qui doit pouvoir régir tout contrat* ». Le Tribunal a considéré que cette clause privant le client toute possibilité d'invoquer l'exception d'inexécution, même en cas de dysfonctionnement du site, constituait une clause abusive sanctionnée expressément par l'ancien article R. 132-1-5° du Code de la consommation. Le prestataire cessionnaire a interjeté appel de cette décision devant la Cour d'appel de Toulouse laquelle confirme le raisonnement des juges de première instance. En effet, ces clauses consistent « *à décharger le cessionnaire de tout rôle et responsabilité dans la fourniture des prestations due au consommateur, notamment au titre du fonctionnement du site internet, alors que le particulier souscripteur est contraint d'exécuter son obligation contractuelle de paiement, même en cas de dysfonctionnements de ce site* » et à mettre ce dernier « *dans l'impossibilité d'invoquer l'exception d'inexécution qui doit régir tout contrat* ». Ainsi, les dispositions de l'ancien article R. 132-1-5° du Code de la consommation étaient « *à l'évidence violées* ».

Il existe également une autre typologie de clause de suspension dont les conséquences reviennent à paralyser le jeu de l'exception d'inexécution pour une partie au contrat. Il s'agit des clauses prévoyant la suspension d'une obligation tout en imposant le maintien d'une contrepartie financière ; il y a donc versement d'un paiement sans que ne soit exécutée sa contrepartie, l'exécution de l'obligation. Ainsi, il s'agit d'une variante de la clause de renonciation anticipée à l'exception d'inexécution. Il ressort de la jurisprudence que les parties ne peuvent stipuler une clause suspendant une obligation tout en imposant le

¹⁴⁵⁴ CA, Toulouse, 3^{ème} ch., 1^{ère} sect., 16 sept. 2014, n° 13/06268 ; V. aussi : CA, Montpellier, 1^{ère} ch., sect. B, 14 oct. 2008, n° 07/02664 pour deux clauses réputées non écrites au regard de l'ancien article L 132-1 du Code de la consommation visant notamment à interdire au preneur des lieux loués de soulever l'exception d'inexécution pour se soustraire à ses obligations.

versement de sa contrepartie financière étant donné que ladite obligation ne fait plus l'objet d'exécution par le contractant¹⁴⁵⁵.

Dans un arrêt du 26 septembre 2002 rendu par la Cour d'appel de Rennes¹⁴⁵⁶, une clause de suspension de l'abonnement d'un adhérent imposait à ce dernier de continuer à payer son abonnement durant la prolongation de son contrat. Cette clause a été jugée abusive étant donné que la prolongation du contrat n'était pas gratuite. Dans un arrêt du 12 septembre 2017 rendu par la Cour d'appel de Versailles¹⁴⁵⁷, une clause de suspension prévoyait que le client demeurait redevable durant cette période de l'ensemble des « *sommes facturées et facturables* ». La Cour estime que cette clause est abusive dans la mesure où « *aucune somme ne saurait être facturée pendant la suspension en l'absence de consommation* », celle-ci était donc inutile et abusive puisqu'il ne peut être facturé au client pendant la période de suspension que les services restants dus avant l'intervention de cette période. Enfin, il a été jugé que la clause de suspension de la prestation de mise à disposition d'un club de sport pour une raison médicale imposant à l'adhérent de continuer à payer son abonnement n'est pas abusive dès lors qu'elle prévoit, à titre de contrepartie, une « *prorogation automatique de la durée du contrat* »¹⁴⁵⁸.

Sur le fondement du droit commercial. Dans un arrêt du 24 mars 2021 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁴⁵⁹, la clause prévoyant la suspension de tous les contrats de maintenance en cours et tous les nouveaux contrats en présence d'un impayé alors que le concessionnaire est tenu de continuer à payer le prix des contrats en cours est manifestement déséquilibré au sens de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce dans la mesure où le prestataire peut « *exiger le paiement de prestations sans en fournir aucune* ». En revanche, le fait d'exiger le maintien du paiement du prix alors que des prestations ou une partie des prestations convenues continuent à être exécutées n'est pas abusive. Il en va ainsi de la clause de suspension qui maintient le paiement d'un service téléphonique en cas de maintien du contrat et d'obtention d'une nouvelle carte SIM¹⁴⁶⁰ ou de la clause maintenant le paiement de redevances tout en ayant la possibilité de bénéficier de certaines prestations comme interroger sa messagerie vocale, composer les numéros d'urgence et dans certains cas de continuer à recevoir des appels¹⁴⁶¹.

¹⁴⁵⁵ V. aussi : CCA, recommandation, 27 nov. 2003, n° 04-01, Insectes xylophages : « *Considérant que certaines clauses obligent le consommateur, même s'il conteste les travaux réalisés, à procéder au paiement de ceux-ci ; que de telles clauses déséquilibrent significativement le contrat au détriment du consommateur, en ne lui permettant pas de se prévaloir de l'exception d'inexécution* » ; CCA, recommandation, 30 mai 2001, n° 02-02, Formules d'accès au cinéma donnant droit à des entrées multiples selon laquelle doit être éliminée la clause ayant pour objet ou effet de « *prévoir en cas d'interruption ou de suspension du service le seul remboursement des paiements mensuels effectués d'avance à l'exclusion de toute autre indemnisation* » ; CCA, recommandation, 14 juin 1996, n° 96-02, Locations de véhicules automobiles : « *Considérant que de nombreux contrats imposent au locataire de continuer à payer les loyers ou une indemnité équivalente même si le véhicule est immobilisé et ce quelle que soit la cause de l'immobilisation (alors que cette cause peut résulter d'une faute ou négligence du loueur) ; que de telles clauses permettent au bailleur d'exiger un paiement sans contrepartie et l'exonèrent de l'exception d'inexécution ; qu'en conséquence elles sont abusives* » ; CCA, recommandation, 19 nov. 1982, n° 85-01, Contrats de distribution de l'eau, « *Considérant que certains règlements du service interdisent toute réclamation de la part de l'utilisateur lors de la demande de paiement ; qu'il est abusif de paralyser ainsi le jeu de l'exception d'inexécution en obligeant l'abonné à payer alors qu'il a pu éventuellement constater que le service des eaux n'a pas rempli complètement ses obligations* » ;

¹⁴⁵⁶ CA, Rennes, ch. 1, sect. B, 26 sept. 2002, n° JurisData : 2002-193388.

¹⁴⁵⁷ CA, Versailles, 12^{ème} ch., 12 sept. 2017, n° 16/07743.

¹⁴⁵⁸ TGI, Quimper, 24 avr. 2001, n° 00/00565.

¹⁴⁵⁹ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 24 mars 2021, n° 19/13527.

¹⁴⁶⁰ TGI, Paris, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 16 mars 1999, n° RG inconnu.

¹⁴⁶¹ TGI, Paris, 1^{ère} ch. sect. soc., 30 sept. 2008, n° 06/17792.

Quid de l'article 1171 du Code civil ? A notre connaissance, il n'y a pour l'heure pas encore de jurisprudence rendue sur ces clauses au visa de l'article 1171 du Code civil. Toutefois, hormis quelques hypothèses particulières liées au caractère indivisible ou divisible de contrats, les clauses de renonciation anticipée à l'exception d'inexécution devraient par principe être susceptibles de créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens de l'article 1171 du Code civil. Néanmoins, à l'instar des clauses de renonciation individuelle anticipée aux dommages-intérêts et à la résiliation, cette clause de renonciation à l'exception d'inexécution pourrait être considérée comme ne créant pas un tel déséquilibre significatif si des contreparties suffisantes venant compenser un déséquilibre étaient mises en place. Il devrait s'agir des mêmes contreparties que pour les autres sanctions contractuelles (caractère accessoire/principal de l'obligation affectée par la clause, diminution ou augmentation de la contrepartie financière selon que ce soit le créancier ou le débiteur qui subisse les conséquences de cette clause etc.).

E) Les clauses de renonciation anticipée à l'exécution forcée directe

Sur le fondement du droit consommériste. La jurisprudence rendue concernant les clauses relatives à l'exécution forcée se fait rare. Mais il est possible de citer une décision portant sur la validité de l'éviction de l'exécution forcée au regard du déséquilibre significatif. Dans un jugement en date du 2 juin 2004 rendu par l'ancien Tribunal de grande instance de Nanterre¹⁴⁶², il était stipulé une clause prévoyant comme seuls droits et recours pour le consommateur la résiliation de son abonnement à internet. Il s'agissait donc de la seule sanction contractuelle pouvant être invoquée par le consommateur. Le Tribunal considère que cette clause crée un déséquilibre significatif au sens de l'ancien article R. 132-1 du Code de la consommation, le consommateur ne pouvant obtenir l'exécution forcée des obligations à la charge du professionnel mais seulement la résiliation du contrat. Alors que la résiliation aurait pour inconvénient de priver le consommateur de son adresse électronique et « *que l'article 1184 du code civil lui ouvrirait droit à cette exécution forcée, y compris par voie de référé par application des dispositions de l'article 809 alinéa 2.* ». On peut également citer la recommandation n° 03-01¹⁴⁶³ concernant les contrats d'accès à internet, selon laquelle certaines clauses peuvent être considérées comme abusives. Il s'agit de la clause prévoyant que « *la résiliation de l'abonnement constitue le seul droit et recours à la disposition de l'abonné qui n'est pas satisfait du service de son fournisseur ou qui entend contester la facturation* » et que le contrat serait « *significativement déséquilibré lorsqu'il met ainsi le professionnel à l'abri de l'exécution forcée de ses prestations dans les conditions convenues* ». Il en résulte donc que la clause qui aurait pour objet ou effet de renoncer à l'exécution forcée en nature serait de nature à créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

Quid de l'article 1171 du Code civil ? Il y a tout lieu de penser qu'un raisonnement similaire pourrait être tenu sur le fondement de l'article 1171. L'exécution forcée, comme l'action en dommages-intérêts, est une sanction contractuelle d'une particulière importance. La jurisprudence avait avant l'ordonnance du 10 février 2016, d'une part, érigée l'exécution forcée en nature en principe et reléguée la réparation par équivalent (via des dommages-

¹⁴⁶² TGI, Nanterre, 1^{ère} ch. A, 2 juin 2004, n° 02/03156.

¹⁴⁶³ CCA, recommandation n°03-01, accès à l'internet (FAI), 26 sept. 2002.

intérêts) en exception et, d'autre part, accordée le primat¹⁴⁶⁴ à l'exécution forcée en nature devant les autres sanctions relatives à l'inexécution du contrat. Bien que l'article 1217 du Code civil ne hiérarchise d'aucune manière les sanctions contractuelles, l'exécution forcée de l'article 1221 du Code civil demeure la seule sanction permettant aux contractants d'obtenir directement l'exécution de l'obligation due, c'est « *le dénouement normal d'une obligation contractuelle. En conséquence de la force obligatoire du contrat, le créancier a un droit à l'exécution.* »¹⁴⁶⁵ Certains considèrent même que « *la sanction qu'est l'exécution forcée paraît inhérente à l'obligation et que permettre au débiteur de s'en libérer (...) recèle une contradiction fondamentale.* »¹⁴⁶⁶

F) Les clauses de renonciation anticipée à la faculté de remplacement

Sur le fondement du droit consommériste. Il peut être considéré que certaines clauses conférant un caractère *intuitu personae* à des obligations induisent une renonciation anticipée à la faculté de remplacement prévue à l'article 1222 du Code civil. En revanche, il convient de ne pas confondre ces clauses particulièrement générales avec les simples clauses de cession de contrat qui ne relèvent pas du mécanisme de l'article 1222 du Code civil¹⁴⁶⁷. Il est intéressant de mentionner une décision rendue par la Cour de cassation au sujet d'une clause stipulant le caractère *intuitu personae* d'une commande de véhicule¹⁴⁶⁸. En effet, une clause insérée dans un contrat de vente d'un véhicule de tourisme prévoyait que « *le bénéfice de la commande est personnel au client : il ne peut être cédé* » et a été jugée abusive. Cette clause avait une portée particulièrement large en ce qu'elle empêchait toute cession de contrat mais aussi toute substitution de contractant et imposait le maintien du client dans ses liens contractuels. Une telle clause ne permettait pas notamment au vendeur de pouvoir substituer le client initial par un autre client si le premier n'avait pas pris livraison dudit véhicule.

Quid de l'article 1171 du Code civil ? Dans la perspective d'une analyse au regard de l'article 1222 du Code civil, une clause écartant toute possibilité de remplacement du débiteur d'une obligation en cas d'inexécution de sa part, par exemple, en cas de non-respect de son obligation de prendre livraison d'un bien acheté, est susceptible de créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. De plus, l'article 1222 du Code civil est désormais érigé au rang de sanction contractuelle de nature légale, la renonciation anticipée à cette sanction relèverait de la mise en œuvre du critère de la négation de l'existence de ce droit. Une clause de renonciation anticipée à la faculté de remplacement pourrait donc de la même façon passer sous le coup des fourches caudines de l'article 1171. Toutefois, à notre connaissance, il n'y a pour l'heure pas encore de jurisprudence rendue sur ces clauses au visa de l'article 1171 du Code civil.

¹⁴⁶⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 15 févr. 1978 ; Cass. civ. 3^{ème}, 18 févr. 1981, n° JurisData : 1981-700387 ; Cass. civ. 3^{ème}, 11 mai 2005, n° 03-21.136 ; Cass. civ. 3^{ème}, 16 juin 2015, n° 14-14.612.

Le primat de l'exécution forcée en nature est également affirmé par le fait qu'elle peut être prononcée « *indépendamment de la gravité du manquement contractuel* » : Cass. civ. 3^{ème}, 22 mai 2013, n° 12-16.217.

¹⁴⁶⁵ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 8^{ème} éd., 2016, n° 535.

¹⁴⁶⁶ Ph. DELEBECQUE, « *L'exécution forcée* », RDC 2006, n°1, p. 99, n° 7.

¹⁴⁶⁷ V. par exemple : CA, Grenoble, 1^{ère} ch. civ., 23 nov. 1999, n° 97/04461 ; TGI Grenoble, 18 janv. 2001, n° 199905929.

¹⁴⁶⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 2006, n° 04-17.578.

Paragraphe II : les conditions de validité des clauses de facilitation des sanctions contractuelles

Nous examinerons à présent la validité des clauses de résiliation facilitant l'action en résolution (I.), celle des clauses pénales facilitant les dommages-intérêts (II.) les clauses facilitant l'exception d'inexécution (III.) l'action en réduction du prix (IV.) et l'action en exécution forcée, destruction et en remplacement (V.).

I. Les clauses de résiliation facilitant l'action en résolution

La clause de résiliation¹⁴⁶⁹ est, en matière de contrat à durée indéterminée, celle qui vise à « *aménager l'exercice du droit de résiliation dont les parties à un contrat à exécution successive et à durée indéterminée sont l'une comme l'autre titulaire* »¹⁴⁷⁰ et, en matière de contrat à durée déterminée, celle qui vise à « *aménager la faculté légale de résiliation des contrats à exécution successive mais à durée déterminée* »¹⁴⁷¹. Sous cette appellation, seront concernés « *plusieurs types de clauses qui n'ont en commun que leur principal effet, mettre fin au contrat.* »¹⁴⁷². Nous examinerons parmi ces clauses de facilitation de l'action en résolution, les clauses de résiliation pour inexécution simple (A.) de résiliation arbitraire (B.) de résiliation pour inexécution quelconque ou minime (C.) de résiliation par « *contagion* » ou par « *propagation* » (D.) et de résiliation facilitant la mise en demeure et l'obligation de motivation (E.).

A) Les clauses de résiliation pour inexécution simple

Sur le fondement du droit consommériste. Les clauses de résiliation unilatérale au profit du seul professionnel sont généralement abusives¹⁴⁷³. Dans un arrêt du 8 mars 2012 rendu par la Cour d'appel de Lyon¹⁴⁷⁴, une clause de résiliation était stipulée dans un contrat de location visant à financer la location d'une solution téléphonique pour professionnels. A titre liminaire, la Cour d'appel a estimé qu'il ne pouvait être fait droit à la demande du locataire de considérer la clause de résiliation comme créant un déséquilibre significatif au sens de

¹⁴⁶⁹Il est toutefois vrai d'un point de vue théorique que la clause de résiliation peut être distinguée de la clause résolutoire (B. TEYSSIE, « *Les clauses de résiliation et de résolution* », Cah. dr. entr. 1975, n° 1, p. 13), contrairement à la première, la seconde a un effet rétroactif et ne naît qu'en raison de la faute du cocontractant, son titulaire en est nécessairement la victime (C. CHABAS, « *L'inexécution licite du contrat* », Thèse, LGDJ, 2002, n°91 et 93). Mais la pratique et la jurisprudence persistent à confondre ces deux clauses de sorte qu'il ne ferait guère de sens à maintenir artificiellement une telle dichotomie (C. CHABAS, « *L'inexécution licite du contrat* », Thèse, LGDJ, 2002, n°90).

¹⁴⁷⁰ W. DROSS, « *Clausier – dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne* », LexisNexis Litec, 4^{ème} éd., p. 799.

¹⁴⁷¹ W. DROSS, « *Clausier – dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne* », LexisNexis Litec, 4^{ème} éd., p. 799.

¹⁴⁷² G. CHANTEPIE, « *clause limitative ou exclusive de responsabilité* », in « *Les principales clauses des contrats d'affaires* », F. BUY ; M. LAMOUREUX ; J. MESTRE ; J.-Chr. RODA (sous la dir.), Lextenso, 2019, p. 755.

¹⁴⁷³ C.-M. PEGLION-ZIKA, « *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation* », thèse, 2013, n°410.

¹⁴⁷⁴ CA, Lyon, 1^{ère} ch. civ. A, 8 mars 2012, n° 10/06325 ; v. aussi pour une décision très similaire : CA, Lyon, 1^{ère} ch. civ. A, 8 nov. 2012, n° 11/02942.

l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation. En effet, le locataire avait conclu le contrat de location en qualité de professionnel « *puisque'il s'agissait de financer la location d'une solution téléphonique pour professionnel, selon ses propres termes, afin d'équiper l'hôtel qu'il exploite.* ». A supposer que cet article soit applicable en l'espèce, la Cour d'appel souligne que la clause résolutoire pouvant être mise en œuvre en cas de « *non-respect des engagements pris au présent contrat et notamment le défaut de paiement d'une échéance ou de toute somme due en vertu du contrat dans les huit jours qui suivent une mise en demeure restée infructueuse* » constituait une clause résolutoire en cas de défaillance du locataire. Ainsi, cette clause permettait au bailleur de « *tirer les conséquences d'un manquement précis et persistant à une obligation essentielle du contrat* » et cette clause « *n'implique pas un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* ». Au surplus, la Cour ajoute que « *l'absence de stipulation symétrique en faveur du locataire n'implique nulle renonciation à son droit d'agir en résiliation, voire de suspendre, à ses risques et périls, le service de ses prestations si le loueur manque gravement à ses obligations* ». Par conséquent, la clause litigieuse bien que stipulée au bénéfice du bailleur en cas de défaillance du locataire, n'emportait pas pour autant un déséquilibre significatif.

Dans un arrêt du 10 octobre 2019 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁴⁷⁵, une clause de résiliation unilatérale était stipulée au sein d'un contrat de mission en faveur d'un professionnel. En l'espèce, une clause de résiliation unilatérale était stipulée sans reconnaître ce droit au consommateur et devait être reconnue comme abusive au sens de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation. La Cour d'appel a ainsi réputé non écrite cette clause, aucun droit de résiliation n'étant octroyé au consommateur.

Dans un arrêt du 7 novembre 2011 rendu par la Cour d'appel de Grenoble¹⁴⁷⁶, une clause de résiliation était stipulée dans un contrat de vente de véhicule. La faculté conventionnelle de résiliation n'était pas ici inexistante pour l'une des parties (comme l'arrêt précédent) mais asymétrique, le droit de résiliation de l'acheteur étant davantage limité que celui du vendeur. La clause litigieuse limitant le droit de résiliation de l'acheteur était rédigée de la manière suivante : « *A) l'acheteur ne pourra résilier sa commande et obtenir la restitution de l'acompte qui pourra être majoré le cas échéant de l'intérêt au taux légal à partir du 91ème jour suivant les versements que dans les cas ci-après :*

-retard de plus de sept jours pour la livraison du véhicule commandé, exception faite des cas de force majeure,

-si le vendeur ne peut délivrer à l'acheteur un véhicule correspondant à la description faite au recto du présent bon de commande.

B) le vendeur pourra résilier le présent contrat en cas d'inexécution par l'acheteur de l'une quelconque de ses obligations, et notamment si l'acheteur ne prend pas livraison, n'acquitte pas l'intégralité du prix du véhicule commandé dans le délai de 30 jours prévus à l'article IV ci-dessus. ». L'association de défense des consommateurs soutient que cette clause est irréfragablement abusive en vertu de l'ancien article R. 132-1 du Code de la consommation et le fait de « *limiter la possibilité de résiliation pour le consommateur aux seuls cas cités, déséquilibre les obligations contractuelles, le consommateur pouvant avoir des motifs légitimes qui l'autorisent à résilier le contrat sans indemnité* ». La Cour d'appel de Grenoble affirme sur le fondement de l'alinéa 8 de l'ancien article R. 132-1 du Code de la consommation que c'est « *à bon droit que les premiers juges ont retenu que cette clause était manifestement déséquilibrée au profit du professionnel qui peut résilier le contrat pour tout manquement du client à ses obligations, sans offrir à ce dernier la même faculté* ». Le défaut de faculté identique de résiliation du contrat de vente a donc conduit la Cour d'appel à déclarer abusive la clause de résiliation.

¹⁴⁷⁵ CA, Paris, pôle 4, ch. 9, 10 oct. 2019, n° 16/19663.

¹⁴⁷⁶ CA, Grenoble, 1^{ère} ch. civ., 7 nov. 2011, n° 08/02519.

Sur le fondement du droit commercial. La jurisprudence a eu l'occasion à plusieurs reprises de statuer sur les clauses de résiliation unilatérale ou non réciproque, lesquelles ne créent pas nécessairement un déséquilibre significatif en vertu de cette seule circonstance¹⁴⁷⁷. Dans un arrêt du 27 août 2014 rendu par la Cour d'appel d'Agen¹⁴⁷⁸, il était stipulé à l'article 8 « *résiliation* » d'un contrat de crédit-bail que « *sans qu'il y ait besoin d'aucune formalité judiciaire, le locataire reconnaissant avoir été mis en demeure par les présentes, le présent contrat peut être résilié de plein droit, si bon semble au bailleur, dans les cas suivants :*

- *non respect de l'un des engagements pris au présent contrat et notamment le défaut de paiement d'une échéance ou de toute somme due en vertu du contrat ;*
- *modification de la situation du locataire et notamment décès, redressement judiciaire, liquidation amiable ou judiciaire, cessation d'activité, cession de commerce, de parts ou d'actions du locataire, changement de forme sociale ;*
- *modification concernant le matériel loué et notamment détérioration, destruction ou aliénation du matériel loué... ou perte ou diminution des garanties fournies... »*

Le crédit-preneur conteste que le crédit bailleur ait pu résilier le contrat en raison d'échéances de loyers impayées sur le fondement de cette clause de résiliation et soutenait que celle-ci créait un déséquilibre significatif au sens de l'ancien article L. 442-6-I-2° du Code de commerce. La Cour d'appel considère que ladite clause doit être jugée valable car elle est fondée sur le défaut de paiement de loyers, elle « *sanctionne une défaillance non discutable du locataire* », elle a été exprimée de manière « *non équivoque* » et la recommandation n° 86-01 rendue par la Commission des clauses abusives (CCA) prévoit qu'elle « *n'a à aucun moment considéré comme abusive la clause prévoyant la résolution de plein droit du contrat en cas de défaut de paiement des loyers* ».

Dans un jugement rendu par le Tribunal de commerce le 10 novembre 2014¹⁴⁷⁹, une clause de résiliation unilatérale était stipulée à l'article 16 d'un contrat de location financière en faveur du bailleur. Le locataire pour contester la résiliation dudit contrat arguait du caractère abusif de la clause de résiliation et du fait qu'elle créait un déséquilibre significatif au sens de l'ancien article L. 442-6-I-2° du Code de commerce. Toutefois, le Tribunal estime que si la clause prévoit un mécanisme de résiliation unilatérale au bénéfice du bailleur, « *c'est uniquement du fait du manquement contractuel du locataire et en cas de défaut de paiement ou d'incident de paiement* ». De plus, le bailleur « *ne réclame pas l'application des pénalités arrêtées à 10% ainsi que les intérêts de retard qu'elle était en droit de réclamer* ». Il en résulte que l'article 16 dudit contrat ne créait pas un déséquilibre significatif au sens du Code de commerce.

Dans un arrêt du 3 mai 2017 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁴⁸⁰, une clause de résiliation anticipée était stipulée au sein d'un contrat de franchise et le franchisé (la société Sud Ouest Campus) soutenait que celle-ci créait un déséquilibre significatif au sens de l'ancien article L.

¹⁴⁷⁷ V. aussi : CCA, recommandation, 1^{er} déc. 2017, Contrats relatifs aux Services de médias audiovisuels à la demande (SMAD), n° 03-01 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet « *de réserver au professionnel le droit de résilier le contrat de façon discrétionnaire, alors que le non-professionnel ou le consommateur ne dispose pas d'une prérogative semblable* » ; CCA, recommandation, 26 sept. 2002, Accès à l'internet (FAI), n° 03-01 : « *Considérant que plusieurs modèles de convention contiennent des clauses de résiliation de plein droit en cas de manquement par l'abonné à ses obligations ; que ces clauses, jouant exclusivement au détriment du consommateur, sans qu'aucune réciprocité ne soit prévue à son profit en cas de manquement par le professionnel à ses propres obligations, sont manifestement déséquilibrées* » ; CCA, recommandation, 17 mars 1995, n° 95-01 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet « *De soumettre la faculté de résiliation du contrat à des conditions plus strictes pour l'abonné que pour la société* ».

¹⁴⁷⁸ CA, Agen, 1^{ère} ch. com., 27 août 2014, n° 13/00316.

¹⁴⁷⁹ T. com., Paris, 15^{ème} ch., 10 nov. 2014, n° 2014015081.

¹⁴⁸⁰ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 3 mai 2017, n° 12/23530.

442-6-I-2° du Code de commerce. Pour l'essentiel, le franchisé objectait que cette clause de résiliation permettait au franchiseur de résilier le contrat après envoi d'une mise en demeure de payer les redevances sans qu'un même droit de résiliation n'ait été prévu pour le franchisé en cas de non versement des frais d'inscription par le franchiseur. La Cour d'appel affirme que l'absence d'une « *possibilité identique au profit du franchisé lorsque le franchiseur ne reverse pas les droits d'inscription qu'il collecte, ne saurait à elle seule caractériser un déséquilibre significatif au sens de l'article L442-6 I 2^{ème} du code de commerce, alors que le déséquilibre s'apprécie au vu de l'économie générale du contrat.* ». La Cour d'appel ajoute que ladite clause litigieuse ne peut être mise en œuvre « *qu'en cas de défaillance du franchisé, ou en raison de violation par le franchisé de l'intuitu personae, qui sous-tend les contrats de franchise* ». Ainsi, ces motifs visés par la clause litigieuse sont « *habituels dans ce type de contrat* » et il ne peut par conséquent en résulter un déséquilibre significatif au détriment du franchisé.

Dans un arrêt du 18 mars 2016 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁴⁸¹, une clause de résiliation était stipulée dans un contrat de prestation de service de nettoyage et d'entretien des locaux du client par un prestataire (la société Tounett). Le client soutenait que la clause permettant de résilier le contrat au terme d'un délai de huit jours francs après une mise en demeure et moyennant un préavis contractuel de trois mois ne tenait pas compte de « *l'hypothèse d'une résiliation par le client en raison des manquements contractuels du professionnel* » et que « *seule la société TOUNETT à la possibilité de résilier prématurément le contrat en raison de sa mauvaise exécution par le client* ». Cette clause créait donc un déséquilibre significatif au sens de l'ancien article L. 442-6-I-2° du Code de commerce. La Cour d'appel a estimé que le client avait la possibilité de « *demandeur en justice la résolution du contrat avec des dommages et intérêts* » et de « *rompre, à ses risques et périls, avant le terme le contrat (...) en cas de manquement grave de son cocontractant* ». Le respect d'un préavis de trois mois concernant la clause résolutoire « *ne crée aucun déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* » et le client ne pouvait s'affranchir du respect de ce préavis à moins de démontrer un « *manquement grave de son cocontractant justifiant une rupture du contrat sans respect du préavis contractuel* ».

Dans un arrêt du 25 juin 2020 rendu par la Cour d'appel de Versailles¹⁴⁸², une clause de résiliation était stipulée dans un contrat de swap (contrat d'échange portant sur une transaction financière). La clause litigieuse prévoyait que « *A- LCL Le Crédit Lyonnais a le droit d'annuler au prix du marché la présente transaction au plus tard avant la date indiquée [...] soit le 30 septembre 2011 (Date de résiliation) en le notifiant à la CDC cinq jours ouvrés Target avant la date de résiliation. B- Si une ou plusieurs des conditions suivantes n'étaient pas remplies, LE Crédit Lyonnais pourra de plein droit résilier la présente transaction aux conditions du marché :*

- *La réalisation des conditions suspensives relatives au contrat de crédit-bail n'est pas effective.* ». L'un des contractants (la CDC) soutenait qu'une telle clause unilatérale et sans avoir été soumise à la négociation créait un déséquilibre significatif au sens de l'ancien article L. 442-6-I-2° du Code de commerce. La Cour d'appel de Versailles considère que le déséquilibre significatif ne peut être retenu dans la mesure où la résiliation du contrat par l'autre contractant (la SA LCL) fondée sur l'alinéa B de la clause litigieuse n'était ni « *discrétionnaire puisqu'il faisait dépendre la faculté de résiliation d'un événement futur - la défaillance des conditions suspensives du contrat de crédit-bail - sur lequel Le Crédit lyonnais n'avait pas prise* », ni « *unilatéral car la résiliation qualifiée 'de plein droit' ici n'était qu'une faculté et que la CDC y avait intérêt dès lors que les conditions suspensives ne*

¹⁴⁸¹ CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 18 mars 2016, n° 13/16867.

¹⁴⁸² CA, Versailles, 16^{ème} ch., 25 juin 2020, n° 17/02130.

pouvaient être levées. ». Partant, aucun déséquilibre significatif ne pouvait être caractérisé selon la Cour d'appel.

Le fait de bilatéraliser entre les parties la clause de résiliation pour inexécution permet de rendre plus équilibrée cette clause et réduit le risque qu'un déséquilibre significatif soit constitué. En revanche, si bilatéraliser signifie que la faculté de résiliation devient bilatérale, cela ne signifie pas pour autant qu'elle est symétrique ; un déséquilibre significatif peut donc encore être établi en raison de cette asymétrie dans les modalités de résiliation du contrat.

Dans un arrêt du 15 janvier 2014 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁴⁸³, il était reproché à une clause de résiliation stipulée dans un contrat de concession conclu entre un concédant et un concessionnaire de créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens de l'ancien article L. 442-6-I-2° du Code de commerce. Cette clause de résiliation avait été mise en œuvre par un concédant en raison du défaut d'exécution dans les délais convenus des travaux de présentation de la marque Audi par le concessionnaire. La Cour d'appel a jugé que cette faculté de résiliation stipulée dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, « moyennant préavis » et pouvant être utilisée « par chacune des deux parties » ne peut « en soi » s'analyser comme un déséquilibre significatif. Aussi, le motif de résiliation relatif au « défaut d'exécution, dans les délais convenus, des travaux de présentation de la marque Audi » n'était pas non plus déséquilibré en ce que ces travaux n'étaient « nullement impossibles ». De surcroît, le concédant avait fait bénéficier au concessionnaire des « conditions favorables » en lui ayant permis de différer la fin du préavis « pour lui laisser le temps de construire un bâtiment ne satisfaisant pas à ses critères (bâtiment non entièrement séparé) ». Aucun déséquilibre n'est donc établi par la Cour d'appel et la résiliation est pleinement efficace.

Dans un arrêt du 6 mai 2016 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁴⁸⁴, il était reproché à une clause de résiliation stipulée dans un contrat de partenariat de créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens de l'ancien article L. 442-6-I-2° du Code de commerce. L'article 13.1 §2 dudit contrat prévoyait que « A l'issue de la période probatoire, chacune des parties pourra décider, par envoi à l'autre partie d'une lettre recommandée avec AR, de ne pas poursuivre le contrat et de résilier son engagement de plein droit et sans indemnité avec un préavis de trois mois. ». L'un des partenaires (la société Mégafibre) soutenait que cette clause octroyait un droit arbitraire de résiliation sans justification d'un quelconque motif et sans lui permettre de corriger ou régulariser un quelconque manquement. Néanmoins, la Cour d'appel ne retient aucun déséquilibre significatif et considère que ledit article 13.1 §2 « ouvre le droit de résilier unilatéralement le contrat de façon égale à chacune des parties, dans les mêmes conditions et offre à chacune la faculté de tirer les enseignements de la période probatoire ». Le constat de la réciprocité du droit de résiliation ainsi que de ses modalités entre les parties ne pouvait ainsi créer un déséquilibre significatif entre les parties.

Dans un arrêt du 2 juin 2017 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁴⁸⁵, un client (Monsieur N.) avait conclu avec un prestataire informatique (la société Paritel) un contrat de maintenance concernant l'installation d'un serveur de communication Siemens Hipath 540 et un contrat de service opérateur pour la fourniture de communications téléphoniques. Le client arguait que l'article 11 du contrat de service opérateur réservait « à la seule société Paritel la possibilité de résilier le contrat en cas de manquement du souscripteur du contrat opérateur » et l'article 5 du contrat de maintenance permettait au prestataire de résilier le contrat pour faute du client. La Cour d'appel considère qu'en vertu de l'article 11 du contrat de service opérateur chaque partie au contrat « dispose du même droit et a la possibilité de solliciter la résiliation du

¹⁴⁸³ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 15 janv. 2014, n° 12/13845.

¹⁴⁸⁴ CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 6 mai 2016, n° 14/04905.

¹⁴⁸⁵ CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 2 juin 2017, n° 15/15826.

contrat en cas d'inexécution fautive » et de l'article 5 du contrat de maintenance que chaque partie dispose « *du même droit* » et « *peut solliciter la résiliation du contrat en cas d'inexécution fautive* ». Ces clauses de résiliation étant stipulées pour faute et de manière réciproque entre les parties, aucun déséquilibre significatif ne pouvait être caractérisé pour la Cour d'appel de Paris. On peut également citer un arrêt du 23 mars 2016 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁴⁸⁶ énonçant que des conditions générales de vente ne contrevenaient pas à l'ancien article L. 442-6-I-2° du Code de commerce et « *qu'il n'y a pas non plus de déséquilibre significatif dans les obligations et droits des parties puisque la faculté de résilier à tout moment sans préavis et indemnité appartient aux deux parties* ». De la même façon, une clause de résiliation sans préavis et indemnité ne créait pas un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en raison du caractère réciproque de cette faculté de résiliation.

Quid de l'article 1171 du Code civil ? Dans un jugement rendu par le Tribunal de commerce le 4 décembre 2019¹⁴⁸⁷, une clause de résiliation de plein droit était stipulée dans un contrat de location d'une caisse enregistreuse et d'imprimantes. Le bailleur souhaitait résilier le contrat aux torts du locataire sur le fondement de cette clause de résiliation. Le Tribunal de commerce estime sur le fondement de l'article 1171 du Code civil que ledit contrat de location est un contrat d'adhésion « *puisque les conditions générales du contrat sont imposées par le loueur et ne font pas l'objet de négociations* ». Puis, le Tribunal affirme que la clause de résiliation doit être réputée non écrite, puisque « *non seulement les cas de résiliation aux torts du locataire sont nombreux, mais le contrat ne prévoit aucune clause permettant au locataire de résilier le contrat pour manquement du bailleur à ses obligations.* ». Les juges soulignaient donc le défaut de caractère réciproque de la faculté contractuelle de résiliation entre le bailleur et le locataire, les causes de résiliation pour des manquements imputables au locataire étaient nombreuses alors qu'en l'espèce une même clause de résiliation aux torts du bailleur était inexistante. Au surplus, le Tribunal ajoute que « *les sanctions financières subies par le locataire sont lourdes, puisque l'indemnité de résiliation est égale aux loyers à échoir majorés de 10 pour-cent, ce qui donne en l'espèce une indemnité de 29 854 euros.* ». Ainsi, la clause de résiliation de plein droit a été reconnue comme créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au sens de l'article 1171 du Code civil. Le critère de l'absence de réciprocité de la faculté de résiliation est donc d'ores et déjà validé par le droit commun. Il est à noter que s'agissant des clauses résolutoires au sens de l'article 1225 du Code civil, une asymétrie dans les modalités de résiliation pourrait également être constatée dans la mesure où ce même article impose de « *précise(r) les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat* ». La clause résolutoire doit ainsi mentionner les engagements ou obligations qui pourront donner lieu à sa mise en œuvre ; une telle mention des engagements de la clause pourrait tout à fait avoir lieu de manière asymétrique et créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

Toutefois, la nature particulière du contrat conclu peut éluder la caractérisation d'un tel déséquilibre significatif en l'occurrence dans l'hypothèse d'un contrat de location financière. Dans un arrêt rendu le 31 mars 2022¹⁴⁸⁸, la Cour d'appel de Grenoble a constaté que la clause exonérait « *le bailleur de toute responsabilité, notamment en cas de force majeure, sans prévoir la réciproque à l'égard du locataire* » et réservait « *au bailleur une faculté unilatérale de résiliation de plein droit, en excluant toute résiliation à l'initiative du locataire sans le consentement du bailleur* », cette clause faisait ainsi « *peser sur le seul locataire les conséquences et coûts de la cessation de la location, soit à son terme, soit par résiliation.* » Une absence de réciprocité affectait non seulement l'action en dommages-intérêts mais aussi

¹⁴⁸⁶ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 23 mars 2016, n° 14/23748.

¹⁴⁸⁷ T. com., Paris, 7^{ème} ch., 4 déc. 2019, n° 2019030753.

¹⁴⁸⁸ CA, Grenoble, ch. com., 31 mars 2022, n° 20/04209.

l'action résiliation du contrat. La Cour d'appel reconnaît que cette absence de réciprocité n'est compensée par aucune des autres clauses du contrat. Néanmoins, pour la Cour, elle est « *la conséquence de la nature des obligations auxquelles sont respectivement soumises les parties* ». En ce sens, elle avance plusieurs arguments justifiant le fait que la présente clause ne crée pas un déséquilibre significatif au sens de l'article 1171 du Code civil. Tout d'abord, il est vrai que le bailleur dans un contrat de location financière exécute l'intégralité de ses obligations contractuelles d'une traite en réglant « *au fournisseur le montant de ses prestations et en mettant à la disposition du locataire la prestation informatique recherchée* », il ne peut donc logiquement « *encourir la sanction de la résiliation pour inexécution* ». De même, la Cour d'appel estime « *qu'en possession de l'objet du contrat, seul le locataire est en mesure d'exécuter l'obligation de restitution.* » En effet, ces motifs sont spécifiques au contrat de location financière où le bailleur a un rôle purement financier. Comme cela a déjà été confirmé par la Cour de cassation s'agissant également de l'application de l'article 1171 du Code civil « *en matière de location financière, et eu égard au caractère purement financier de son intervention, le loueur exécute instantanément l'intégralité des obligations mises à sa charge, en réglant immédiatement au fournisseur le prix des biens commandés par le locataire et en les mettant à la disposition de ce dernier, si bien que seul le locataire reste ensuite tenu, jusqu'au terme du contrat, d'obligations susceptibles d'être sanctionnées par une clause résolutoire* »¹⁴⁸⁹. Le rôle du bailleur est donc très bref dans ce type de contrat, il paie le fournisseur pour l'achat du bien loué (le site internet) et met à la disposition du locataire ce dernier. La résiliation du contrat ne pourrait donc concerner le bailleur qui a achevé l'exécution de ses obligations. Puis, selon la Cour d'appel, la force majeure lors de laquelle le bailleur est exonéré de sa responsabilité ne peut en tout état de cause « *exonérer le débiteur d'une obligation de paiement d'une somme d'argent* ». En effet, cela résulte d'une jurisprudence de la Cour de cassation antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016¹⁴⁹⁰ et confortée par un arrêt postérieur rendu par cette même Cour portant sur la rédaction de l'actuel article 1218 du Code civil¹⁴⁹¹. Par conséquent, le défaut de réciprocité des clauses litigieuses stipulées dans un contrat de location financière n'induisait pas un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au sens de l'article 1171 du code civil. L'éviction du grief de non-réciprocité était donc liée à la nature toute particulière de ce type de contrat, la Cour d'appel de Grenoble s'inscrit dans la continuité de l'arrêt rendu par la Cour de cassation qui le précède de deux mois¹⁴⁹².

B) Les clauses de résiliation arbitraire

Sur le fondement du droit consommériste. La clause de résiliation n'est pas nécessairement unilatérale, elle peut même être bilatérale, seulement du fait des modalités de la résiliation, il est conféré au professionnel une faculté discrétionnaire de résilier le contrat¹⁴⁹³. Des clauses ont été déclarées abusives sur le fondement de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation, à l'instar de clauses stipulées dans un contrat de syndic qui « *accordent une faculté discrétionnaire de résiliation du contrat au profit du syndic alors qu'elle subordonne*

¹⁴⁸⁹ Cass. com. éco. et fin. 26 janv. 2022, n° 20-16.782.

¹⁴⁹⁰ Cass. com., 16 sept. 2014, n° 13-20.306.

¹⁴⁹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 2020, n° 19-21.060.

¹⁴⁹² Cass. com. éco. et fin. 26 janv. 2022, n° 20-16.782.

¹⁴⁹³ C.-M. PEGLION-ZIKA, « *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation* », thèse, 2013, n°441.

celle-ci à l'existence d'un motif légitime de son client. »¹⁴⁹⁴. Dans un arrêt du 8 novembre 2007 rendu par la Cour de cassation¹⁴⁹⁵, une clause de résiliation sans faute était stipulée dans un contrat d'abonnement proposé par un fournisseur d'accès à internet. La clause litigieuse stipulait que « *chacune des parties peut résilier l'abonnement à tout moment et pour quelque raison que ce soit* ». La Cour d'appel de Versailles a retenu que le contrat « *doit prévoir une clause de résiliation sans motif offerte au consommateur mais pas au professionnel car elle créerait un déséquilibre manifeste au détriment du premier qui serait privé sans raison valable d'un service offert sur le marché et serait confronté à un refus de vente ou de prestation de service* ». La Cour d'appel ajoute que cette clause « *prive discrétionnairement le consommateur du service qu'il a choisi et crée pour lui, en raison de sa généralité et de son imprécision, une situation de précarité.* »¹⁴⁹⁶. Cependant, la Cour de cassation a censuré cette décision et affirme que « *la clause litigieuse conférait à chacune des parties le même droit de mettre fin au contrat, dans les mêmes conditions* », il ne devait donc en résulter un déséquilibre significatif au sens de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation. Dans une autre affaire¹⁴⁹⁷, il était stipulé dans un contrat de bail en son article 11 b) une clause de résiliation accordant « *une faculté de résiliation sans aucune formalité à la seule convenance du loueur 'nonobstant l'exécution de toutes les obligations contractuelles'* ». La Cour d'appel de Pau estime que cette clause était abusive sur le fondement de l'annexe de clauses visées à l'alinéa 3 de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation selon lequel « *peuvent être regardées comme abusives, les clauses qui autorisent le professionnel à résilier le contrat de manière discrétionnaire si la même faculté n'est pas reconnue au consommateur ou les clauses qui imposent au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé* ».

Sur le fondement du droit commercial. Dans un arrêt du 25 octobre 2013 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁴⁹⁸, il était reproché à une clause de résiliation stipulée dans deux contrats de concession exclusive de bateaux de plaisance à voile et à moteur de créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens de l'article L. 442-I-6-2° du Code de commerce. Le requérant soutenait que la clause de résiliation introduisait une faculté de résiliation *ad nutum* ne profitant qu'à un seul concédant, dérogeant au droit commun des contrats à durée déterminée et comprenant un préavis d'une durée trop courte compte tenu de la durée des relations établies (22 mois supplémentaires auraient dû être ajoutés). La Cour d'appel affirme que « *la clause de résiliation anticipée confère au concédant comme au*

¹⁴⁹⁴ TGI, Paris, ch. 8, 7 sept. 1999, n° JurisData 1999-111168 ; V. aussi : CCA, recommandation, 30 sept. 2020, Contrats de location de transports individuels en libre-service, n° 20-01, selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou pour effet « *d'accorder au professionnel le pouvoir discrétionnaire de considérer comme insuffisantes les pièces à fournir pour résilier le contrat* » ou « *de reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au consommateur et de ne pas rembourser le consommateur des sommes avancées par ce dernier tant qu'il n'en a pas fait la demande.* » ; CCA, recommandation, 7 nov. 2014, n° 14-02 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou pour effet « *de reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat de fourniture de service de réseautage social à durée indéterminée, sans préavis d'une durée raisonnable* » ; CCA, recommandation, 6 juill. 1990, Location de certains biens mobiliers autres que les véhicules automobiles, n° 91-04 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou pour effet « *De reconnaître, directement ou indirectement, au professionnel un droit de résiliation discrétionnaire du contrat* » ; CCA, recommandation, 26 juin 1987, Clubs de sport à caractère lucratif, n° 87-03 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou pour effet « *De reconnaître au professionnel un droit de résiliation discrétionnaire du contrat* ».

¹⁴⁹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 2007, n° 05-20.637, 06-13.453.

¹⁴⁹⁶ V. aussi, CCA, recommandation, 7 avr. 1995, Contrats proposés par les éditeurs ou distributeurs de logiciels ou progiciels destinés à l'utilisation sur micro-ordinateurs, n° 95-02 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet « *De reconnaître, directement ou indirectement, au professionnel un droit de résiliation unilatéral ne reposant pas sur un manquement grave au contrat* ».

¹⁴⁹⁷ CA, Pau, 2^{ème} ch., 1^{ère} sect., 5 oct. 2006, n° 04/03266.

¹⁴⁹⁸ CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 25 oct. 2013, n° 11/20079.

concessionnaire le même droit de mettre fin au contrat et dans les mêmes conditions, notamment sans justification d'une faute ». La réciprocité de cette faculté conventionnelle de résiliation ne permettait donc pas de caractériser un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. De façon similaire, la Cour de cassation avait considéré s'agissant d'une clause de résiliation anticipée conférant « *au concédant comme au concessionnaire le même droit de mettre fin au contrat et dans les mêmes conditions, notamment sans justification d'une faute (...)* » qu'elle ne créait pas un déséquilibre significatif entre les parties au sens de l'article L. 442-1 du Code de commerce. Néanmoins, des clauses ont été réputées non écrites sur le fondement de l'ancien article L. 442-6-I du Code de commerce. En effet, c'est le cas de « *la clause qui permet à la société exploitant la plateforme de résilier ou de suspendre le contrat à tout moment sans préavis et pour tout motif* »¹⁴⁹⁹. Aussi, dans une autre affaire¹⁵⁰⁰, une clause qui octroyait « *au seul donneur d'ordre une faculté de résilier le contrat pour convenance et sans indemnité introduit dans la convention un déséquilibre des relations et doit être déclarée non écrite* », la Cour d'appel de Rouen ajoute qu'en l'espèce « *le maître d'œuvre a mis un terme à la mission d'une durée de 2 ans qui avait été confiée au sous-traitant pour convenance personnelle et sans indemnité avec un préavis réduit de 8 jours.* ».

Quid de l'article 1171 du Code civil ? A notre connaissance, il n'y a pour l'heure pas encore de jurisprudence rendue sur ces clauses au visa de l'article 1171 du Code civil. Toutefois, sans surprise, on s'attend également à ce que les clauses de résiliation arbitraires soient au moins jugées suspectes sur le fondement de cet article 1171. On tire également comme enseignement des décisions rendues sur le fondement des déséquilibres significatifs en droit consommériste et commercial qu'il est possible de réduire le risque qu'une telle clause soit jugée comme créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en « *bilatéralisant* » cette faculté de résiliation.

C) Les clauses de résiliation pour inexécution quelconque ou minime

Sur le fondement du droit consommériste. La jurisprudence se montre assez réservée sur la validité des clauses de résiliation en cas d'inexécution quelconque ou minime¹⁵⁰¹. Dans un jugement du 9 février 2006 rendu par l'ancien Tribunal de grande instance de Nanterre¹⁵⁰², une clause de résiliation était stipulée dans les conditions générales du contrat d'accès à internet. L'article 14§6 du contrat prévoit que « *le fournisseur d'accès peut résilier le contrat sans préavis ni indemnité, en cas de non respect par le client d'une quelconque des clauses mentionnées dans les présentes* ». L'association de défense des consommateurs UFC soutient

¹⁴⁹⁹ T. com., Paris, 1^{ère} ch., 2 sept. 2019, n° JurisData 2019-016984.

¹⁵⁰⁰ CA, Rouen, 1^{ère} ch. civ., 12 déc. 2012, n° 12/01200.

¹⁵⁰¹ V. aussi : CCA, recommandation, 7 déc. 2017, n° 17-02 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet « *d'obliger le non-professionnel ou le consommateur à informer le professionnel chaque fois qu'il constate une erreur ou un dysfonctionnement du service, ayant pour effet de permettre au professionnel de résilier le contrat pour tout manquement, même mineur, du non-professionnel ou du consommateur* » ; CCA, recommandation, 6 juin 2013, Location non saisonnière de logement meublé, n° 13-01 : « *Considérant que des clauses énoncent qu'en cas d'inexécution par le locataire d'une seule des clauses du bail, celui-ci sera résilié de plein droit sans qu'il soit besoin de remplir aucune formalité judiciaire ; que ces clauses, qui prévoient la résiliation de plein droit du contrat, en cas de manquement même mineur du preneur, créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur ; qu'elles sont donc abusives* » ; CCA, recommandation, 14 juin 1996, Location de véhicules automobiles, n° 96-02, selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet de « *Prévoir la résiliation de plein droit du contrat en cas d'inexécution par le locataire d'une clause quelconque sans limiter les cas de résiliation au manquement du locataire à ses obligations essentielles telles que définies au contrat* ».

¹⁵⁰² TGI, Nanterre, ch. 1, 9 févr. 2006, n° JurisData 2006-304649.

que ces dispositions autorisent une résiliation pour « *un manquement bénin du client à ses obligations ou pour une circonstance non fautive, et qu'elle laisse à la seule appréciation de la société France telecom le degré de gravité du manquement justifiant la rupture du contrat* ». Aussi, cette clause ne prévoit pas de préavis, de possibilité de régularisation et d'obligation de motivation et une telle faculté de résiliation unilatérale n'était pas accordée au consommateur. Le Tribunal considère que la clause litigieuse permet au prestataire de résilier le contrat « *de manière très imprécise pour tout manquement du consommateur fut il bénin ou exclusif d'une faute présentait un caractère abusif* »¹⁵⁰³.

Dans un arrêt du 27 janvier 2017 rendu par la Cour d'appel de Rennes¹⁵⁰⁴, il était également reproché à une clause stipulée dans un contrat de prêt d'autoriser un prêteur à résilier de manière discrétionnaire ledit contrat en violation de l'ancien article R. 132-1-8° du Code de la consommation. La Cour d'appel énonce que la clause litigieuse n'octroyait pas un « *droit discrétionnaire* » au prêteur à se prévaloir de la déchéance du terme du prêt ; en effet, « *la clause litigieuse ne l'autorisait à exiger immédiatement la totalité des sommes dues pour une inobservation quelconque, même mineure, des obligations de l'emprunteur, mais seulement dans des cas strictement déterminés et à expiration d'un délai de quinze jours suivants une mise en demeure préalable* ». La Cour d'appel précise que la résiliation unilatérale du contrat ne pouvait intervenir « *que dans les seules hypothèses, qui ne dépendent pas de la volonté du prêteur, de transfert de la propriété du bien financé, d'inscription d'une hypothèque sur celui-ci, ou de morcellement de celui-ci* ». De même, une telle clause ne faisait ainsi ni obstacle à « *la régularisation de la situation, ni au recours au juge pour contester le bien fondé de la déchéance préalablement annoncée* ». Par conséquent, cette clause de résiliation ne créait pas un déséquilibre significatif au sens de l'ancien article R. 132-1-8° du Code de la consommation.

Dans un arrêt du 17 décembre 2015 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁵⁰⁵, une clause de résiliation était stipulée dans un contrat de location de matériel de télésurveillance. L'article 10-2 dudit contrat dispose que « *le contrat peut être résilié de plein droit par le loueur sans qu'il y ait besoin de remplir aucune formalité judiciaire huit jours après mise en demeure en cas de non paiement à échéance d'un seul terme de loyer ou en cas de non exécution par le locataire d'une seule des conditions générales ou particulières de location* ». La Cour d'appel constate que « *le moindre manquement du locataire quant à ses obligations contractuelles ouvre droit pour le loueur à la résiliation du contrat de manière unilatérale, alors que le locataire ne dispose d'aucune faculté de résiliation anticipée du contrat* ». Outre le défaut de réciprocité de la faculté de résiliation unilatérale du contrat, la Cour souligne le fait que la résiliation peut être mise en œuvre pour le « *moindre manquement* » du locataire, sans égard pour sa gravité. Ces éléments étaient donc de nature à créer un déséquilibre significatif au sens de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation.

Sur le fondement du droit commercial. Dans un arrêt du 20 novembre 2013 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁵⁰⁶, une clause de résiliation était stipulée dans un contrat de prestation de service. La clause 7.3 du contrat prévoyait une « *résiliation pour « non - performance » au besoin totale huit jours après l'envoi d'une lettre recommandée sans que la preuve soit donnée que le destinataire l'ait reçue et, contrairement à ce que la convention indique, sans que lui soit laissée la possibilité de corriger le manquement avant la résiliation* ». La Cour

¹⁵⁰³ V. aussi : CCA, recommandation, 27 janv. 2005, Hôtellerie de plein air et locations d'emplacements de résidence mobile, n° 05-01 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet de « *de prévoir la résiliation du contrat par le professionnel, à bref délai après l'envoi d'une mise en demeure, à défaut d'exécution par le consommateur d'une clause quelconque du bail* ».

¹⁵⁰⁴ CA, Rennes, 2^{ème} ch., 27 janv. 2017, n° 13/09204.

¹⁵⁰⁵ CA, Paris, pôle 5, ch. 5, 17 déc. 2015, n°14/18017.

¹⁵⁰⁶ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 20 nov. 2013, n° 12/04791.

d'appel ajoute que ladite clause de résiliation était « *automatique en raison d'un manquement dont la réelle gravité fait défaut et sans considération de l'ancienneté de la relation commerciale des parties* ». Par conséquent, la Cour en conclut que la clause litigieuse créait un déséquilibre significatif dans la relation distributeur fournisseur au sens de l'ancien article L. 442-6-I-2° du Code de commerce.

Dans un arrêt du 19 avril 2017 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁵⁰⁷, une clause de résiliation de « *sous-performance* » était stipulée dans un contrat de référencement. La Cour d'appel relève que cette clause « *place le fournisseur dans une situation d'insécurité juridique dans la mesure où le distributeur pourrait mettre un terme au contrat ou déréférencer les produits dès lors qu'une seule référence ne remplirait pas les objectifs et ce alors même que cette mévente pourrait être directement imputables au distributeur* ». Ainsi, le mécanisme de la résiliation était « *automatiquement encourue en raison d'un manquement dont la considération de la réelle gravité fait défaut et sans considération de l'ancienneté de la relation commerciale* ». Néanmoins, la faculté introduite pour le fournisseur de pouvoir « *corriger le dysfonctionnement dans le délai d'un mois avant la résiliation encourue ne saurait corriger ce déséquilibre* » étant donné que le fournisseur n'était pas en capacité de corriger une sous-performance qui pouvait dans certains cas ne pas lui être imputable. Partant, il a été jugé que la clause litigieuse créait un déséquilibre significatif au sens de l'ancien article L. 442-6-I-2° du Code de commerce.

Quid de l'article 1171 du Code civil ? A notre connaissance, il n'y a pour l'heure pas encore de jurisprudence rendue sur ces clauses au visa de l'article 1171 du Code civil. Néanmoins, la stipulation d'une clause résolutoire pour tout manquement même minime ou quelconque devrait également être au moins relativement suspecte sur le fondement du déséquilibre significatif en droit commun. Tant le droit consommériste que le droit commercial seront des sources utiles et pertinentes pour interpréter l'article 1171. Cette clause est de nature à particulièrement aggraver le déséquilibre entre les parties en particulier lorsque la faculté de résiliation est unilatérale ou asymétrique. Le déséquilibre ainsi induit permet à l'un des contractants de résilier le contrat pour toute inexécution au contrat, ce qui lui laisse une importante marge de manœuvre. Cette clause de résiliation pour inexécution mineure est toutefois de moindre gravité que deux clauses : la clause de résiliation par « *contagion* » (permettant de résilier le contrat pour un motif extérieur au contrat) et surtout la clause de résiliation arbitraire ou pour convenance (où la résiliation peut intervenir pour n'importe quel motif). Il convient également d'être vigilant par rapport aux engagements qui sont précisés dans la clause résolutoire en application de l'article 1225 du Code civil, ces derniers ne devront pas être trop nombreux au risque d'englober des inexécutions minimales, quelconques ou très secondaires¹⁵⁰⁸.

D) Les clauses de résiliation par « contagion » ou par « propagation »

Sur le fondement du droit consommériste. La jurisprudence condamne régulièrement les clauses de résiliation pour faute induisant une extension de cette sanction en raison de motifs étrangers ou extérieurs au contrat principal¹⁵⁰⁹. Dans un arrêt du 21 mai 2015 rendu par la

¹⁵⁰⁷ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 19 avr. 2017, n° 15/24221.

¹⁵⁰⁸ J.-B. GOUACHE, « *Distribution - Chronique de jurisprudence de droit de la franchise 2016* », CCC n° 2, févr. 2017, étude 2, n° 34.

¹⁵⁰⁹ V. aussi : CCA, avis, 24 févr. 2005, n° 05-02 : « *la clause de résiliation avec information préalable est abusive, en ce qu'elle peut jouer soit pour des faits étrangers à l'exécution du contrat de crédit, soit pour des manquements pouvant se rapporter à des informations sans incidence sur l'appréciation du risque de*

Cour d'appel de Bourges¹⁵¹⁰, une clause de résiliation dite « *de contagion* » était stipulée dans une offre de prêt immobilier. Cette dernière dispose que « *Tout retard dans le remboursement du présent prêt entraînera de plein droit si bon semble au prêteur l'exigibilité immédiate de tous les prêts consentis par lui* ». La Cour d'appel estimait que cette clause constituait une clause abusive au sens de l'article L. 212-1 du Code de la consommation. La résiliation du contrat de prêt pouvait ainsi intervenir « *pour une défaillance de l'emprunteur extérieure à ce contrat (...) en des termes généraux et afférente à l'exécution de conventions distinctes* ». L'emprunteur était exposé sur décision unilatérale du prêteur « *en dehors du mécanisme de la condition résolutoire, à une aggravation soudaine des conditions de remboursement et à une modification majeure de l'économie du contrat de prêt* ». La Cour d'appel en a donc conclu que cette clause devait être qualifiée d'abusives et être réputée non écrite.

Dans un arrêt du 3 avril 2013 rendu par la Cour d'appel de Montpellier¹⁵¹¹, une clause de résiliation était stipulée dans un contrat de prêt. La Cour d'appel a estimé que cette clause devait être réputée non écrite sur le fondement de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation, celle-ci prévoit que « *le non-paiement des sommes exigibles, concernant quelque dette que ce soit de l'emprunteur vis à vis du prêteur fait partie des cas de survenance de déchéance du terme qui permet au prêteur de se prévaloir de l'exigibilité immédiate de la totalité de la créance.* ». En effet, cette clause permettait au prêteur « *par une décision unilatérale* » et « *en dehors du mécanisme de la condition résolutoire* » d'induire « *une aggravation soudaine de la situation de l'emprunteur et une modification majeure de l'économie du contrat.* ». Aussi, la Cour d'appel ajoute que la clause litigieuse permettait au prêteur de réclamer « *l'exigibilité immédiate de la totalité de sa créance en cas de résiliation d'autres prêts accordés à l'emprunteur puisqu'elle fait dépendre la durée du vie du contrat de la survenance d'événements extérieurs à celui-ci et rompt l'équilibre contractuel au détriment de l'emprunteur en rendant exigible, soudainement, les sommes restant dues hors de tout manquement de sa part dans l'exécution de ses obligations.* ». Par conséquent, cette clause constituait une clause abusive et devait être réputée non écrite.

Dans un arrêt du 27 mai 2010 rendu par la Cour d'appel de Douai¹⁵¹², une clause de résiliation et d'exigibilité immédiate des sommes prêtées était stipulée dans le cadre d'un contrat de prêt. Il était stipulé dans la clause 11 du contrat que « *le prêteur pourra, après vous en avoir avisé, faire jouer la déchéance du terme et exiger le règlement immédiat des sommes restant dues en cas de :*

- *défaut de paiement partiel ou total d'une seule échéance à la date fixée ou prorogée*
- *saisie du véhicule financé ou déclaration en préfecture par un tiers*
- *d'impossibilité d'inscrire un gage par votre faute*
- *revente du véhicule avant complet remboursement*
- *destruction ou disparition du bien financé dans le cas où le prêteur peut réclamer les indemnités d'assurance cf. 8c* ». La Cour d'appel constate que la résiliation conventionnelle « *peut résulter non pas d'un manquement de l'emprunteur à une obligation essentielle du contrat mais de l'une des causes sus-énoncées extérieure à son exécution.* ». Si la défaillance de l'emprunteur dans le remboursement du prêt figurait dans le modèle type n°1 annexé à l'article R. 311-6 du Code de la consommation, ce n'était pas le cas des autres hypothèses pouvant donner lieu à résiliation. Ces autres hypothèses autorisent « *la résiliation du contrat alors même que celui-ci pourrait être normalement remboursé mais également qui dispensent*

défaillance de l'emprunteur. » ; CCA, avis, 24 févr. 2005, n° 05-03 « *la clause litigieuse présente un caractère abusif pour les autres causes de résiliation de plein droit qu'elle prévoit et qui sont étrangères au manquement par l'emprunteur à son obligation essentielle ou se rapportent à des informations qui ne sont pas de nature à éclairer le prêteur sur le risque de défaillance de l'emprunteur* ».

¹⁵¹⁰ CA, Bourges, ch. civ., 21 mai 2015, n° 14/01226.

¹⁵¹¹ CA, Montpellier, 1^{ère} ch., sect. B, 3 avr. 2013, n° 11/03953.

¹⁵¹² CA, Douai, 8^{ème} ch., 1^{ère} sect., 27 mai 2010, n° 09/03378.

le prêteur de toute mise en demeure préalable. ». La Cour en déduit que cette clause était rédigée « *dans des termes généraux* » et prévoyait « *des conditions de résiliation pour des causes extérieures au contrat et en dehors du mécanisme de la condition résolutoire* ». Ainsi, ces causes de résiliation prévues dans la clause de résiliation étaient « *sans lien avec la capacité de l'emprunteur à rembourser le crédit* » et celle-ci « *créée en conséquence au profit du prêteur et au détriment de l'emprunteur un déséquilibre significatif entre leurs droits et obligations respectifs* ». De surcroît, cette clause reprenant des causes de résiliation non prévues par l'article R. 311-6 du Code de la consommation contrevenait donc au formalisme requis par la loi, ce qui a rendu le contrat « *irrégulier au regard des dispositions précitées des articles L 311-8 et s et R 311-6 du code de la consommation* ».

D'autres jurisprudences ont été rendues en matière de contrat de prêt réputant non écrites des clauses de résiliation selon une motivation similaire, il s'agissait d'affaires dans lesquelles étaient stipulées des clauses de résiliation par « *contagion* » ou par « *propagation* »¹⁵¹³. Dans

¹⁵¹³ Cass. civ., 1^{ère}, 5 juin 2019, n° 16-12.519 : « *Qu'en statuant ainsi, alors que, prévoyant la résiliation de plein droit du contrat de prêt pour une cause extérieure à ce contrat, afférente à l'exécution d'une convention distincte, une telle clause crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur ainsi exposé à une aggravation soudaine des conditions de remboursement et à une modification substantielle de l'économie du contrat de prêt, la cour d'appel a violé les textes susvisés* » ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 nov. 2008, n° 07-15.226 : « *Qu'en se déterminant ainsi, alors que, prévoyant la résiliation du contrat de prêt pour une défaillance de l'emprunteur extérieure à ce contrat, envisagée en termes généraux et afférente à l'exécution de conventions distinctes, une telle clause crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur, ainsi exposé, par une décision unilatérale de l'organisme prêteur, en dehors du mécanisme de la condition résolutoire, à une aggravation soudaine des conditions de remboursement et à une modification majeure de l'économie du contrat de prêt, la cour d'appel (...) a violé le texte susvisé* » ; CA, Rennes, 1^{ère} ch., 4 juin 2019, n° 19/00087 : « *Cette clause, en ce qu'elle prévoit la résiliation du contrat pour une défaillance de l'emprunteur envisagée en termes généraux et afférente à l'exécution de conventions distinctes, crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur, ainsi exposé, par une décision unilatérale du prêteur, en dehors du mécanisme de la condition résolutoire à une aggravation soudaine des conditions de remboursement. Elle constitue ainsi une clause abusive qui doit être réputée non écrite.* » ; CA, Paris, pôle 5, ch. 6, 4 nov. 2016, n° 14/25646 : « *Qu'ainsi il a été jugé que constitue une clause abusive celle qui prévoit la résiliation du contrat de prêt pour une défaillance de l'emprunteur extérieure à ce contrat, une telle clause, envisagée en termes généraux et afférente à l'exécution de conventions distinctes, créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur, ainsi exposé par une décision unilatérale de l'organisme prêteur, en dehors du mécanisme de la condition résolutoire, à une aggravation soudaine des conditions de remboursement et à une modification majeure de l'économie du contrat de prêt* » ; CA, Paris, pôle 5, ch. 6, 14 avr. 2016, n° 14/25646 : « *Considérant qu'ainsi il a été jugé que constitue une clause abusive la clause qui prévoit la résiliation du contrat de prêt pour une défaillance de l'emprunteur extérieure à ce contrat, une telle clause, envisagée en termes généraux et afférente à l'exécution de conventions distinctes, créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur, ainsi exposé par une décision unilatérale de l'organisme prêteur, en dehors du mécanisme de la condition résolutoire, à une aggravation soudaine des conditions de remboursement et à une modification majeure de l'économie du contrat de prêt* » ; CA, Paris, pôle 5, ch. 6, 10 déc. 2015, n° 14/15168 : « *Considérant qu'ainsi il a été jugé que constitue une clause abusive la clause qui prévoit la résiliation du contrat de prêt pour une défaillance de l'emprunteur extérieure à ce contrat, une telle clause, envisagée en termes généraux et afférente à l'exécution de conventions distinctes, créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur, ainsi exposé par une décision unilatérale de l'organisme prêteur, en dehors du mécanisme de la condition résolutoire, à une aggravation soudaine des conditions de remboursement et à une modification majeure de l'économie du contrat de prêt* » ; CA, Rennes, 2^{ème} ch., 7 mars 2014, n° 11/04292 : « *Constitue une clause abusive, la clause qui prévoit la résiliation d'un contrat de prêt soumis au code de la consommation, en raison d'une défaillance de l'emprunteur extérieure à ce contrat et afférente à l'exécution d'une convention distincte, en créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur, exposé, par une décision unilatérale de l'organisme prêteur, en dehors de la condition résolutoire, à une aggravation des conditions de remboursement et à une modification majeure de l'économie du contrat de prêt.* » ; V. aussi : CCA, recommandation, Contrats de vente mobilière conclue par internet, 24 mai 2007, n° 07-02 : « *d'accorder au professionnel la faculté de résilier le contrat pour cause d'inexécution d'un autre contrat souscrit par le consommateur sans qu'il existe un lien de dépendance entre ces deux contrats, ou pour inexécution d'obligations imprécises du consommateur* ».

ces affaires, ces clauses ont été réputées non écrites sur le fondement de l'article L. 212-1 du Code de la consommation.

Quid de l'article 1171 du Code civil ? Dans un arrêt du 27 février 2020 rendu par la Cour d'appel de Lyon¹⁵¹⁴, une faculté de résiliation était stipulée dans un contrat de bail. Le locataire considérait que la clause litigieuse (l'article 12 des conditions générales du contrat de bail) créait un déséquilibre significatif au sens de l'article 1171 du Code civil en ce que cette clause réservait au bailleur la faculté de résiliation. Ledit article était rédigé de la manière suivante « *Résiliation contractuelle du contrat*

a) Pour défaut de respect dudit contrat, le contrat de location pourra notamment être résilié de plein droit par le loueur, sans aucune formalité judiciaire, 8 jours après une mise en demeure restée sans effet, dans les cas suivants : inobservation par le locataire de l'une des conditions générales ou particulières du présent contrat, non paiement d'un loyer ou d'une prime d'assurance à son échéance, l'arrivée du terme constituant à elle seule la mise en demeure, l'inexactitude des déclarations du locataire figurant sur la demande de location ou des pièces comptables jointes. Après mise en demeure, le loueur conserve le droit de résilier le contrat même si le locataire a proposé le paiement ou l'exécution de ses obligations ou même s'il y a procédé après le délai fixé, mais il peut y renoncer.

b) Résiliation automatique et de plein droit : en cas d'incident de paiement déclaré ou de détérioration de la cotation auprès de la Banque de France, en cas de perte de plus de la moitié du capital social, en cas de cessation d'activité partielle ou totale du locataire, en cas de fusion, scission de l'entreprise ou modification de la personne des associés ou des dirigeants de fait ou non, en cas de diminution des garanties et sûretés, si le locataire fait l'objet de poursuites de la part de ses créanciers, si le locataire ne respecte pas l'un de ses engagements envers la société LOCAM SAS ou d'autres sociétés du groupe COFAM, notamment SIRCAM SAS. ». La Cour d'appel constate que cette clause réserve au seul bailleur « *la faculté de se prévaloir d'une résiliation de plein droit qu'aucune autre stipulation n'ouvre* » au locataire. Puis, le b) stipulé dans la clause litigieuse permet au bailleur de résilier le contrat « *de plein droit pour des causes qui ne correspondent pas à des hypothèses de manquements contractuels de la société locataire* », c'est-à-dire « *dans des hypothèses qui affectent la vie sociale de la société locataire alors que celle-ci en tant que personne morale reste tenue de ses engagements financiers à l'égard* » du bailleur. De surcroît, la clause permet au bailleur de résilier le contrat lorsque « *le locataire a manqué à ses engagements envers d'autres sociétés du groupe Cofam, sans viser la nécessité de vérifier que le locataire a manqué à ses obligations dans le contrat litigieux* ». Il en résulte que cette faculté de résiliation dans les conditions décrites ci-avant n'était pas octroyée au locataire qui invoquait à juste titre une « *absence de réciprocité* » et le fait que l'article 12 des conditions générales du contrat de bail créait un déséquilibre significatif au sens de l'article 1171 du Code civil. La clause de résiliation par « *contagion* » est donc d'ores et déjà jugée suspecte au regard de l'article 1171.

E) Les clauses de résiliation facilitant la mise en demeure et l'obligation de motivation

Parmi ces clauses de facilitation, nous examinerons les clauses de résiliation raccourcissant le délai de la mise en demeure (a.) supprimant la mise en demeure (b.) et celle supprimant ou assouplissant l'obligation de motivation (c.).

¹⁵¹⁴ CA, Lyon, 3^{ème} ch. A, 27 févr. 2020, n° 18/08265.

a) Les clauses de résiliation raccourcissant le délai de mise en demeure préalable

Sur le fondement du droit consommériste. La jurisprudence se montre assez défiante quant aux clauses abrégant le délai de préavis de résiliation¹⁵¹⁵. Dans un arrêt du 16 décembre 2016 rendu par la Cour d'appel de Poitiers¹⁵¹⁶, une clause de résiliation était stipulée dans un contrat de bail. La clause litigieuse prévoyait que « *A défaut de paiement d'un appel de fonds à son échéance exacte ou à défaut d'exécution de l'une ou de l'autre des conditions du présent bail, quinze jours après une mise en demeure adressée sous pli recommandé avec accusé de réception, restée sans effet, le présent bail sera résilié immédiatement et de plein droit, si bon semble au Bailleur, sans qu'il soit besoin de former une demande en justice nonobstant toutes offres ou consignations ultérieures.* ». Les parties ont également précisé que cette clause est une « *condition essentielle et déterminante du présent bail, sans laquelle il n'aurait pas été consenti* ». Le locataire soutenait que cette clause constituait un déséquilibre significatif au sens de l'article L. 212-1 du Code de la consommation. La Cour d'appel de Poitiers relève que selon la recommandation n° 05-01¹⁵¹⁷ sont réputées non écrites les clauses prévoyant que « *à défaut d'exécution d'une seule condition du bail ou à défaut du paiement d'un seul terme du loyer, le contrat sera résilié huit jours après mise en demeure* » et celles qui « *réduisent ce délai de résiliation à quatre jours* ». Or, le délai de résiliation stipulé dans la clause litigieuse était supérieur à celui prévu dans cette recommandation. De plus, cette clause de résiliation de plein droit était subordonnée au défaut de paiement des loyers et à l'envoi d'une mise en demeure, une telle clause ne pouvait donc créer un déséquilibre significatif au sens de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation.

Dans un arrêt du 26 octobre 2012 rendu par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence¹⁵¹⁸, une clause résolutoire était stipulée dans un contrat de bail. Cette clause stipulait que « *À défaut par L'OCCUPANT d'exécuter une seule des charges et conditions de la convention d'occupation,*

¹⁵¹⁵ V. aussi, CCA, recommandation, 11 févr. 2010, Soutien scolaire, n° 10-01 : devraient être éliminées les clauses ayant pour objet ou effet « *D'autoriser le professionnel à résilier le contrat sans prévoir de délai de préavis d'une durée raisonnable (...) D'imposer au non-professionnel ou au consommateur un délai de résiliation plus long que celui auquel est soumis le professionnel* » ; CCA, recommandation, Conventions de comptes bancaires, 14 mai 2005, n° 05-02 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet « *De prévoir des délais de préavis pour la résiliation d'un ordre permanent de paiement du client, d'une durée non justifiée par des impératifs techniques* » ; CCA, recommandation, 18 oct. 2001, Formules d'accès au cinéma donnant droit à des entrées multiples, n° 02-02, « *Considérant que tous les contrats à durée indéterminée imposent un délais de préavis, à la charge du consommateur, pour résilier le contrat, sans prévoir le même préavis, en cas de résiliation par le professionnel ; que cette absence de réciprocité est source de déséquilibre contractuel au détriment du consommateur* » ; CCA, recommandation, 22 févr. 2001, Durée des contrats conclus entre professionnels et consommateurs, n° 01-02 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet « *de soumettre la résiliation, dans les contrats à durée indéterminée, à un délai de préavis plus long pour le consommateur que pour le professionnel* » ; CCA, recommandation, 5 juill. 1985, Etablissements hébergeant des personnes âgées, n° 85-03 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet « *de prévoir que la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le consommateur de ses obligations, et notamment de retard de paiement, prenne effet moins d'un mois après qu'il a été mis en demeure de s'exécuter par lettre recommandée avec avis de réception* » ; CCA, recommandation, 18 nov. 1981, Construction de maisons individuelles selon un plan établi à l'avance et proposé par le constructeur, n° 81-02, selon laquelle doit être éliminée la clause ayant pour objet ou pour effet « *de prévoir la résiliation du contrat, en cas de retard dans les paiements, sans que celle-ci ait été précédée d'une mise en demeure par lettre recommandée avec accusé de réception, ladite résiliation ne pouvant intervenir moins d'un mois après cette mise en demeure* ».

¹⁵¹⁶ CA Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 16 déc. 2016, n° 15/00899.

¹⁵¹⁷ CCA, recommandation, Hôtellerie de plein air et locations d'emplacements de résidence mobile, 27 janv. 2005, n° 05-01.

¹⁵¹⁸ CA, Aix-en-Provence, 11^{ème} ch. A, 26 oct. 2012, n° 11/15315.

de respecter les règles de vie ou de le faire respecter par L'OCCUPANT mineur, ou de payer à son échéance toute somme due au GESTIONNAIRE, la présente convention pourra être dénoncée unilatéralement par le GESTIONNAIRE de plein droit et sans formalité, dix jours après présentation d'une simple mise en demeure d'exécuter ou de payer par Lettre Recommandée avec Accusé de Réception et demeurée infructueuse pendant ce délai ». Le locataire soutenait que ce délai de dix jours par sa « *brièveté* » créait un déséquilibre significatif au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. La Cour d'appel rappelle que l'article 1728 du Code civil prévoit que le paiement du loyer à son échéance constitue l'obligation principale du locataire et « *une clause qui a pour objet de sanctionner par la résiliation un manquement à cette obligation essentielle après une mise en demeure de le faire cesser même à bref délai, ne crée pas un déséquilibre significatif au profit du loueur.* ». Ainsi, la Cour d'appel n'a pas retenu que la clause litigieuse constituait un déséquilibre significatif au détriment du locataire malgré la durée courte du délai pour cesser le manquement.

b) Les clauses de résiliation supprimant la mise en demeure préalable

Sur le fondement du droit consommériste. Dans un arrêt du 27 novembre 2018 rendu par la Cour d'appel de Versailles¹⁵¹⁹, une clause résolutoire sans mise en demeure préalable était stipulée au sein d'un contrat de bail portant sur un véhicule. La clause prévoyait que le bailleur « *Ferrari sera en droit de résilier l'accord pour motif sérieux et sans préavis, en particulier dans les cas suivants:*

- (1) le prospect a manqué à ses obligations de paiement portant au moins sur deux loyers ;*
- (2) le prospect cesse ses paiements »* (article 13.2 du contrat de bail).

La Cour d'appel rappelle la recommandation n° 96-02 relative aux locations de véhicules automobiles rendue par la Commission des clauses abusives (CCA) laquelle préconise que soient éliminées de ces types de contrats les clauses ayant pour objet ou pour effet de « *prévoir le jeu de la clause pénale sans mise en demeure préalable et sans renonciation expresse à cette formalité de la part du locataire.* ». L'article 13.2 du contrat de bail dispensait le bailleur de devoir adresser préalablement à la mise en œuvre de cette clause résolutoire une mise en demeure conformément à l'ancien article 1146 du Code civil. Or, la Cour d'appel considère que cette clause est abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, en ce « *qu'elle confère à Ferrari, en cas de non-paiement par le preneur de deux loyers, le droit de résilier le contrat sans préavis, ce qui constitue un avantage excessif privant le preneur de toute possibilité de régulariser sa situation* ». Si la Cour estime que cette clause crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties c'est en raison de l'absence de « *toute possibilité de régularisation* » de l'inexécution du locataire. Ce qui ne signifie pas que la renonciation expresse à la mise en demeure devrait réputer systématiquement une clause résolutoire d'abusives dès lors qu'il existe un moyen pour la partie défaillante de régulariser sa situation. L'octroi d'un simple délai de régularisation pourrait en lieu et place être prévu pour permettre à la partie défaillante de remédier à l'inexécution reprochée, sans que cette formalité s'apparente nécessairement à une mise en demeure.

Sur le fondement du droit commercial. Dans un arrêt du 24 juin 2020 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁵²⁰, une clause résolutoire sans mise en demeure était également stipulée dans

¹⁵¹⁹ CA, Versailles, 13^{ème} ch., 27 nov. 2018, n° 17/03915.

¹⁵²⁰ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 24 juin 2020, n° 18/03322.

un contrat de licence de fabrication et de distribution portant sur des articles vestimentaires pour hommes. La clause résolutoire stipulée à l'article 24.2 du contrat prévoyait que « *La propriétaire pourra de plein droit résilier le présent contrat sans mise en demeure et avec effet immédiat par lettre recommandée avec accusé de réception dans les hypothèses suivantes :*

- *Non-respect des dispositions des articles 1,52 , 6, 9, 11, 14,21, 27 déterminants du consentement de la Propriétaire à la conclusion du présent contrat ;*
- *En cas d'incident de paiement, et dès le premier incident de paiement ;*
- *En cas de refus de la Licenciée de laisser s'opérer les contrôles prévus au contrat ;*
- *Dans les cas prévus à l'article 22 et 23 du contrat, ainsi qu'en cas de dissolution, liquidation amiable ou judiciaire de la Licenciée, déchéance du droit d'exercer une profession industrielle ou commerciale, interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler notifiée aux dirigeants de la Licenciée ;*
- *Dans le cas de l'article 29 ci-dessous ».*

Le requérant estimait que cette clause créait un déséquilibre significatif entre les parties au sens de l'ancien article L. 442-6-I-2° du Code de commerce, le contrat ayant été rompu sur le fondement de faux griefs pour masquer le réel motif de rupture en l'occurrence « *l'abandon de sa deuxième ligne de diffusion visant une clientèle plus jeune et moins sophistiquée.* ». Il était reproché à cette clause d'autoriser la résiliation sans mise en demeure pour des hypothèses concernant la totalité des obligations mises à la charge du licencié. La Cour d'appel estime que comme « *le tribunal l'a justement retenu, en premier lieu, outre qu'une clause de résiliation sans mise en demeure préalable est licite dès lors que les cas de résiliation y sont mentionnés, il n'est pas démontré que la clause 24.2 du contrat (...) soit constitutive d'un déséquilibre significatif* ». En effet, la seule circonstance que cette clause ait été stipulée au seul profit d'une partie et qu'elle vise plusieurs des obligations contractuelles à la charge de l'autre partie ne saurait suffire à établir un tel déséquilibre significatif. Il semblerait donc à la différence de la jurisprudence précédemment citée rendue au regard de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, qu'aucun droit à la régularisation du manquement commis ne soit établi sur le fondement de l'article L. 442-1 du Code de commerce. L'exclusion de la mise en demeure paraît donc facilitée s'agissant d'une relation contractuelle entre professionnels que d'une relation entre un professionnel et un consommateur. Par ailleurs, la « *bilatéralisation* » de la faculté de résiliation peut permettre de conforter une clause dispensant de l'envoi d'une mise en demeure préalable. En ce sens, on peut citer un arrêt du 23 mars 2016 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁵²¹ énonçant qu'en l'espèce des conditions générales de vente ne contrevenaient pas à l'ancien article L. 442-6-I-2° du Code de commerce, qu'il n'y a pas « *de déséquilibre significatif dans les obligations et droits des parties puisque la faculté de résilier à tout moment sans préavis et indemnité appartient aux deux parties* ». Il semble donc que l'absence de mise en demeure deviendrait problématique entre professionnels dès lors que celle-ci est stipulée en faveur d'une seule partie au contrat. Par exemple, le Tribunal de commerce a pu reconnaître que « *la clause qui permet à la société exploitant la plateforme de résilier ou de suspendre le contrat à tout moment sans préavis et pour tout motif* »¹⁵²² doit être réputée non écrite sur le fondement de l'ancien article L. 442-6-I du Code de commerce. Toutefois, il pourrait être admis qu'une clause prévoyant même en cas de faculté de résiliation unilatérale une dispense de préavis ou de mise en demeure soit valable dès lors que la gravité du manquement le justifie ou en cas d'urgence. Un tel mécanisme pourrait se justifier au regard de ce que prévoit de façon similaire l'article 1226 du Code civil s'agissant de la résiliation aux risques et périls selon lequel le créancier « *Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur*

¹⁵²¹ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 23 mars 2016, n° 14/23748.

¹⁵²² T. com., Paris, 1^{ère} ch., 2 sept. 2019, n° JurisData 2019-016984.

défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.». De plus, la jurisprudence a pu reconnaître qu'un client ne pouvait s'affranchir du respect d'un préavis contractuel de résiliation à moins de démontrer un « *manquement grave de son cocontractant justifiant une rupture du contrat sans respect du préavis contractuel* »¹⁵²³.

c) Les clauses de résiliation supprimant ou assouplissant l'obligation de motivation

Sur le fondement du droit consommériste. Depuis l'ordonnance du 10 février 2016, l'alinéa 3 de l'article 1226 du Code civil impose au créancier en cas d'inexécution persistante de notifier au débiteur « *la résolution du contrat et les raisons qui la motivent.* » La résolution unilatérale comprend désormais une obligation de motivation. Un tel changement du droit positif devrait avoir une incidence sur la jurisprudence rendue sur l'obligation de motivation en matière de résolution du contrat. Jusqu'à présent la résiliation sans motif ou *ad nutum* était possible dès lors que ce droit était octroyé à l'ensemble des parties au contrat. C'est ce qu'illustre notamment un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles, le 15 septembre 2005¹⁵²⁴. En l'espèce, une clause prévoyait que « *chacune des parties peut résilier l'abonnement à tout moment et pour quelque raison que ce soit par notification écrite adressée à l'autre partie dans les formes prévues par l'article 10* ». Dans une version ultérieure de ces conditions générales d'utilisation ajoutait également le respect d'un délai de préavis. Une faculté réciproque de résiliation unilatérale était ainsi stipulée. La Cour d'appel estime que « *n'est pas en cause le droit pour chaque partie au contrat de s'en délier, si bon lui semble, mais les conditions dans lesquelles la résiliation peut intervenir de la part du professionnel* ». Elle poursuit en énonçant que cette clause permet « *au professionnel de mettre fin sans motif précis à tous les contrats d'abonnement conclus quels qu'ils soient en privant discrétionnairement le consommateur du service qu'il avait choisi à des conditions auxquelles il a adhéré, créent à raison de sa généralité ou son imprécision instaurant une situation de précarité pour le consommateur* ». Il en résulte ainsi un déséquilibre significatif au détriment du consommateur au sens de l'ancien article L. 132-1 du code de la consommation. Néanmoins, la Cour de cassation dans son arrêt du 8 novembre 2007¹⁵²⁵ a censuré cette décision et affirmé que « *la clause litigieuse conférait à chacune des parties le même droit de mettre fin au contrat, dans les mêmes conditions* ». Désormais, l'obligation de motivation de la résolution unilatérale de l'article 1226 est imposée par la loi, l'analyse en quelque sorte avant-gardiste de la Cour d'appel de Versailles du 15 septembre 2005 devrait rester d'actualité. A l'époque, en évoquant l'obligation de motivation mais aussi d'autres sujets à l'instar des actions de groupe, la Cour d'appel de Versailles était probablement sans le savoir précurseur en la matière. C'est d'ailleurs ce qu'annonçait déjà un exégète pour qui notamment en raison de l'obligation de motivation « *l'arrêt de la cour d'appel de Versailles apparaîtra peut-être un jour comme un arrêt en avance sur son temps.* »¹⁵²⁶ Le fait de prévoir un assouplissement ou, de manière plus radicale, la suppression pure et simple de l'obligation de motivation de manière non réciproque ou asymétrique entre les parties devrait induire un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (à supposer qu'il s'agisse d'une règle supplétive de volonté). Mais il n'est pas à exclure que l'obligation de motivation

¹⁵²³ CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 18 mars 2016, n° 13/16867.

¹⁵²⁴ CA Versailles, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 15 sept. 2005, n° 04/05564.

¹⁵²⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 2007, n° 05-20.637, 06-13.453. V. aussi dans le même sens : Cass. com., 12 avr. 2016, n° 13-27.712.

¹⁵²⁶ CA Versailles, 1^{re} ch., sect. 1, 15 sept. 2005, SNC AOL France c/ UFC « Que choisir » : Juris-Data n° 2005-283144, JCP G., n° 8, 22 févr. 2006, II 10029, comm. B. FAGES.

puisse relever d'une règle d'ordre public. Dans ce cas, la clause qui viendrait y déroger serait abusive de ce seul fait ; la jurisprudence appliquant bien souvent aux clauses illicites la qualification de clause abusive¹⁵²⁷.

Quid de l'article 1171 du Code civil ? A notre connaissance, il ne semble pas y avoir pour l'heure de jurisprudence rendue au visa de l'article 1171 du Code civil au sujet de ces clauses. Toutefois, la clause visant à raccourcir de manière excessive le délai de mise en demeure, à supprimer la mise en demeure ou à assouplir ou supprimer l'obligation de motivation de l'article 1226 du Code civil devrait également être relativement suspecte au regard de l'article 1171 en particulier si ces clauses sont non réciproques ou asymétriques entre les parties. Il est enfin à noter qu'à la différence du droit consommériste et de façon similaire avec le droit commercial, aucun droit à la régularisation du manquement commis ne devrait être exigé s'agissant de l'article 1171 du Code civil ; une telle exigence nous semble être l'apanage du droit de consommériste et, comme pour le droit commercial, on ne voit pas pour quelle raison un tel droit devrait être imposé en droit commun.

II. Les clauses pénales facilitant les dommages-intérêts

Pour le Professeur MAZEAUD la clause pénale est une notion à double facette « *une clause de garantie et une peine* », celle-ci est un « *contrat qui garantit l'exécution d'une obligation principale* » et « *en cas d'inexécution, la clause pénale est une peine qui sanctionne l'inexécution illicite de l'obligation garantie* »¹⁵²⁸. Ainsi, il conviendra de considérer ici que la clause pénale est celle « *par laquelle le débiteur, afin de garantir au créancier qu'il exécutera le contrat, s'engage à quelque chose pour le cas où il y manquerait* »¹⁵²⁹. C'est ainsi que nous examinerons les clauses pénales non réciproques ou asymétriques (A.) et les clauses pénales disproportionnées du fait de leur montant et/ou de l'absence de contrôle sur la vérification de leurs critères (B.).

A) Les clauses pénales non réciproques ou asymétriques¹⁵³⁰

Sur le fondement du droit consommériste. Dans un arrêt du 12 octobre 2018 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁵³¹, des pénalités étaient stipulées au sein de Conditions générales de

¹⁵²⁷ V. sur ce point : S. CHAUDOUET, « *Le déséquilibre significatif* », thèse, 2018, n°267 à 271. Bien que cette auteure dénonce justement cette confusion opérée entre les clauses illicites et abusives, pour cette dernière il ne faudrait pas « forcer » ces qualifications et en particulier celle du déséquilibre significatif.

¹⁵²⁸ D. MAZEAUD, « *La notion de clause pénale* », LGDJ, 1992, p. 7 et 8.

¹⁵²⁹ W. DROSS, « *Clausier – dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne* », LexisNexis Litec, 4^{ème} éd., p. 578.

¹⁵³⁰ CCA, recommandation, Location non saisonnière de logement meublé, 6 juin 2013, n° 13-01, selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet « *de prévoir une pénalité en cas de retard dans le paiement du loyer, sans réciprocité en cas d'inexécution par le bailleur de ses obligations* » ; CCA, recommandation, Transports terrestres collectifs de voyageurs, 19 juin 2008, n° 08-03 selon laquelle devraient être éliminées les clauses ayant pour objet ou effet « *De prévoir une clause pénale applicable au seul consommateur qui n'exécute pas ses obligations sans prévoir une indemnité de même nature à la charge du professionnel qui n'exécute pas les siennes* » ou « *De prévoir la résolution du contrat et le paiement d'une pénalité à la charge du consommateur pour tout manquement à l'une quelconque de ses obligations sans prévoir une clause réciproque en cas de manquement par le professionnel à ses propres obligations* » ; CCA, recommandation, Locations de véhicules automobiles, 14 juin 1996, n° 96-02 selon laquelle devrait être éliminée les clauses ayant pour objet ou effet d' « *Accumuler les clauses pénales en cas de retard de paiement de loyer ou imposer une clause pénale sans réciprocité* ».

vente (CGV) conclues avec un opérateur de téléphonie. Ces dernières prévoyaient qu'à défaut de paiement dans les 15 jours suivant l'envoi d'un rappel par courrier électronique à l'abonné, l'accès aux services du forfait pourra être suspendu et éventuellement résilié. En plus de la suspension et/ou résiliation, la clause prévoit l'application d'une pénalité d'un montant de 7,50 euros en cas de retard de paiement. Or, des pénalités équivalentes n'étaient pas prévues à la charge du professionnel de la téléphonie qui mettrait plus de 15 jours à rembourser le consommateur pour les services non fournis. Ainsi, la Cour d'appel estime que « *à défaut de prévoir une sanction au moins équivalente applicable au professionnel en cas de retard dans l'accomplissement de ses propres obligations, dont notamment la fourniture des services souscrits dans le cadre de l'abonnement forfaitaire, c'est à juste titre que le tribunal a qualifié cette clause d'abusives, le jugement devant être confirmé de ce chef* ». Il en résulte donc que l'absence de stipulation de pénalité équivalente à l'égard du professionnel en cas de retard supérieur à 15 jours pour la fourniture des services souscrits par l'abonné constitue une clause abusive au sens de l'article L. 212-1 du Code de la consommation.

Dans un arrêt du 26 septembre 2019 rendu par la Cour de cassation¹⁵³², une association de défense des consommateurs (UFC Que Choisir) avait assigné un important prestataire dans le secteur de l'énergie (Engie) en suppression de clauses abusives contenues dans ses conditions générales de vente de gaz naturel, dont une clause pénale. La Cour d'appel de Versailles dans son arrêt 16 novembre 2017 a estimé que « *le défaut de réciprocité de la pénalité infligée au consommateur en cas de retard de paiement ne crée aucun déséquilibre significatif à son détriment, dès lors que la société n'a pas la maîtrise du réseau de distribution, qu'elle subit d'importantes contraintes techniques et que la pénalité infligée au client apparaît modérée* ». Au visa de l'article L. 212-1 et R. 212-1, 5° du Code de la consommation, la Cour de cassation affirme que « *aucune pénalité réciproque en cas de manquement de la société à son obligation principale de fourniture d'énergie* » n'était stipulée et ceci « *peu important son défaut de maîtrise du réseau de distribution, l'ampleur de ses contraintes techniques et la modicité de la pénalité infligée au consommateur* ». Compte tenu de l'absence de stipulation d'une pénalité réciproque si le prestataire venait à violer son obligation de fourniture d'énergie, la Cour de cassation a cassé la décision rendue par la Cour d'appel de Versailles et reconnaît l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

Sur le fondement du droit commercial. Dans un arrêt du 3 mars 2015 rendu par la Cour de cassation¹⁵³³, une clause pénale portait sur le taux de service de fournisseurs concernant les conditions d'approvisionnement au sein d'une convention de distribution. Il était stipulé qu'en cas de non-respect par les fournisseurs d'un taux de service minimum de 98,5 % des pénalités pourraient être appliquées sur une base de 10% du chiffre d'affaires hors taxe manquant. Bien que ce taux de service minimum était uniforme pour tous les fournisseurs, celui-ci était « *manifestement très élevé* », ne semblant pas tolérer « *le moindre défaut* » et « *qu'un tel niveau de taux ne peut prendre sérieusement en compte la complexité de la chaîne d'approvisionnement depuis les commandes des magasins jusqu'aux réceptions de marchandises* ». Surtout, le Tribunal souligne que ce caractère contraignant du taux de service sanctionné par une pénalité était « *dépourvue de réciprocité et de contrepartie* » et qu'il y avait « *une trop grande disproportion entre le manquement et la sanction (pénalité)* ». Par conséquent, la clause prévoyant le taux de service et la pénalité sanctionnant son non-respect a été déclarée comme créant un déséquilibre significatif au sens de l'ancien article L. 442-6-I-2° du Code de commerce. La Cour d'appel de Paris a confirmé ce jugement dans son arrêt du 11 septembre 2013. Cette dernière reconnaît que la clause litigieuse était générale et imprécise puisqu'elle ne précisait pas si le taux de service prévu « *se référait à un taux par magasin, par*

¹⁵³¹ CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 12 oct. 2018, n° 16/08227.

¹⁵³² Cass., civ. 1^{ère}, 26 sept. 2019, n° 18-10.891.

¹⁵³³ Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525.

entrepôt ou au plan national, ni la notion de « chiffre d'affaires manquant » à partir duquel la pénalité était calculée ». Aussi, la Cour confirme que la pénalité applicable en cas de non-respect dudit taux de service revêtait un « caractère automatique, source de disproportion entre le manquement et la sanction, et qu'elle est dépourvue de réciprocité et de contrepartie ». La Cour de cassation valide ces constats établis par les juges du fond et considère que la clause litigieuse a créé un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

Dans un arrêt du 27 mai 2015 rendu par la Cour de cassation¹⁵³⁴, des clauses pénales étaient stipulées dans un contrat-cadre annuel conclu entre un courtier (la société Galec) mettant en relation des fournisseurs et distributeurs par le référencement de fournisseurs nationaux et lesdits fournisseurs. Les articles 4.2 et 4.3 b. de l'annexe III du contrat-cadre énoncent que « *Toute somme non payée à son échéance donnera lieu au paiement d'une indemnité de retard, le taux applicable étant de trois fois le taux d'intérêt légal. Les intérêts de retard courent du jour de l'échéance jusqu'au paiement complet de la facture. Indépendamment de cette pénalité légale, le fournisseur encourra une pénalité de 160 Euros par facture de prestation de services réglée au delà de sa date d'échéance, au titre des frais de traitement des retards de paiement engendrés pour les points d'achat* ». Ces pénalités concernaient le paiement des ristournes et des prestations de services par le fournisseur. La Cour conteste la position du Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie partie au présent litige selon lequel la pénalité d'un montant à la fois fixe (160 euros par facture réglée en retard) et variable (trois fois le taux d'intérêt légal en cas de paiement tardif) est « *déconnecté de toute réalité économique* ». En effet, la Cour d'appel rappelle que la clause pénale a pour objet de « *sanctionner l'inexécution des obligations contractuelles des parties* » et que pour être efficace celle-ci doit être d'un montant « *supérieur au préjudice éprouvé par le créancier de l'obligation* ». Au surplus, cette clause peut faire l'objet du pouvoir modérateur du juge le cas échéant en cas de caractère manifestement excessif. Cependant, la Cour d'appel affirme que dans le cadre de la relation distributeur-fournisseur « *la réciprocité de la sanction de l'inexécution des obligations des parties est absente* » et qu'il est mis « *à la charge du distributeur des pénalités ne sont pas appliquées dans la relation distributeur- fournisseur* ». En effet, il appert qu'il n'y a « *à la charge du distributeur aucune pénalité pour ses manquements dans l'exécution des obligations nées des contrats de « coopération commerciale » alors que ces manquements peuvent être dommageables tout autant pour le fournisseur qui, doit-on le rappeler, paye les prestations dans des conditions de délais critiqués (...) qui ne bénéficie pas d'escompte en cas de paiement anticipé et qui ne peut, contrairement à ce que soutient le Galec, user de l'exception d'inexécution pour ne pas les régler* ». Il apparaît donc clairement que le défaut de réciprocité des pénalités applicables au fournisseur à l'égard du distributeur établit un déséquilibre entre le distributeur et le fournisseur. Même s'il est vrai que d'autres éléments relevant du contexte du litige ont renforcé ce déséquilibre, notamment, l'absence pour le distributeur de pouvoir bénéficier de l'escompte en cas de paiement anticipé ou de se prévaloir de l'exception d'inexécution. Partant, la Cour d'appel, compte tenu de l'ensemble de ces éléments, a jugé que les pénalités stipulées aux articles 4.2 et 4.3 b. de l'annexe III du contrat-cadre créaient un déséquilibre significatif au sens de l'ancien article L 442-6-I-2° du Code de commerce. La Cour de cassation confirme le raisonnement retenu par la Cour d'appel de Paris et relève également que les pénalités applicables au fournisseur étaient critiquables « *en ce qu'il n'existait, à l'inverse, à la charge du distributeur, aucune pénalité pour ses manquements dans l'exécution de ses obligations* ». La Cour d'appel a donc pu en déduire à juste titre que ces pénalités créaient un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

¹⁵³⁴ Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387.

Dans un arrêt du 7 octobre 2016 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁵³⁵, des pénalités étaient stipulées au sein d'un contrat-cadre et de Conditions générales d'achat (CGA) entre un fournisseur (la société 5D Média) et un distributeur (la société BAT France) ayant pour activité la fabrication et la commercialisation de produits du tabac. Le fournisseur avait dû verser des pénalités au distributeur en raison de retards dans la livraison d'une commande intervenue en plusieurs fois avec un retard s'étalant de 5 à 10 jours. L'article 2.2.3 du contrat-cadre et l'article 9 de l'annexe 1 des CGA prévoyaient des pénalités de retard ; de sorte que le fournisseur estimait que ces clauses manifestaient un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (sur le fondement des anciennes dispositions de l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce) en raison du cumul de deux pénalités de retard stipulées à la fois dans le contrat-cadre et dans les CGA. Le distributeur contestait ce cumul de pénalités, l'article 2.2.3 du contrat-cadre et l'article 9 des CGA n'ayant pas le même objet (le second article permettant de mettre à la charge du fournisseur des dépenses supplémentaires). La Cour d'appel de Paris a affirmé que « *Considérant que la stipulation de pénalités en cas de mauvaise exécution par une des parties des obligations spécifiques lui incombant, ne constitue pas un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, dès lors qu'il résulte en l'espèce des stipulations de l'article 4.2 du contrat et du droit commun de la responsabilité contractuelle que les manquements éventuels de la société BAT France sont également sanctionnés* ». Ainsi, la Cour d'appel considère que ces pénalités stipulées à la charge du fournisseur ne constituent pas un déséquilibre significatif dans la mesure où l'article 4.2 du contrat-cadre prévoit qu'en cas de manquement de la part du distributeur, celui-ci sera également sanctionné en vertu du contrat-cadre et du droit commun de la responsabilité contractuelle.

On peut également citer une décision où il était moins reproché à une clause pénale d'être non réciproque qu'asymétrique, une pénalité étant bien prévue pour les parties mais de manière inégalitaire. Dans un arrêt du 4 octobre 2016 rendu par la Cour de cassation¹⁵³⁶, les conditions générales d'approvisionnement relevant d'un contrat de distribution prévoyaient que le distributeur (Carrefour) pouvait unilatéralement annuler ou refuser une commande faite à l'égard d'un fournisseur au seul motif d'un retard et moyennant le versement de pénalités financières. En contrepartie, l'article 8-5 desdites conditions générales d'approvisionnement énonçait que le distributeur s'engage « *à tout mettre en œuvre afin de respecter les horaires définis dans la prise de rendez-vous dans une fourchette de une heure maximum au-delà de l'heure fixée. Au-delà, CARREFOUR admet le principe de dédommagement des surcoûts engendrés par le retard dû à son propre fait ... le dédommagement s'établira sur la base d'une négociation préalable entre le fournisseur... et CARREFOUR* ». La Cour d'appel constate un déséquilibre dans les obligations pesant respectivement sur le distributeur et les fournisseurs concernant le « *respect des horaires de livraison* ». En effet, cette dernière estime que pour la pénalité financière applicable au fournisseur, la clause en prévoyait le montant et le mode de calcul alors que pour la pénalité applicable au distributeur, la clause pour fixer le montant de la pénalité renvoyait à « *une négociation préalable entre le fournisseur et CARREFOUR* ». La Cour d'appel considère donc que cette clause crée un déséquilibre significatif au sens de l'ancien article L. 442-6-I-2° du Code de commerce. Selon elle, une « *sanction automatique et chiffrée est prévue à l'encontre des fournisseurs, alors que la pénalité encourue par CARREFOUR est éventuelle et non chiffrée puisque renvoyée à une négociation* ». La Cour de cassation a validé le raisonnement tenu par la Cour d'appel laquelle a fait « *ressortir une absence de réciprocité et une disproportion entre les obligations des parties, qu'aucun*

¹⁵³⁵ CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 7 oct. 2016, n° 13/19175.

¹⁵³⁶ Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013.

impératif ne permettait de justifier ». Ainsi, selon la Cour régulatrice, la Cour d'appel a pu à juste titre « *retenir que de telles dispositions étaient contraires à l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce* ». En outre, l'absence mise en demeure préalable précéder la mise en œuvre d'une clause pénale peut également rendre cette clause abusive¹⁵³⁷.

B) Les clauses pénales disproportionnées du fait de leur montant et/ou de l'absence de contrôle sur la vérification de leurs critères¹⁵³⁸

Sur le fondement du droit consommériste. Il ressort de la jurisprudence que par principe la stipulation d'une clause pénale ne crée pas de déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. On peut citer un arrêt du 17 décembre 2014 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁵³⁹ selon lequel « *la clause pénale a pour objet de sanctionner l'inexécution par une partie de ses obligations contractuelles ; qu'elle ne saurait induire en soi un déséquilibre significatif dans les relations des parties au motif qu'elle est stipulée pour le seul défaut d'exécution de ses obligations par une seule des parties* » (au sens de l'ancien article L 442-6-I-2° du Code de commerce). On peut encore citer un arrêt du 11 février 2009 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁵⁴⁰ affirmant que « *La majoration de 10 % de l'indemnité de résiliation est de pratique courante et ne présente aucun caractère exorbitant. Cette clause ne crée donc pas de déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.* » (au sens de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation). En effet, la jurisprudence considère que la clause pénale ne crée pas de déséquilibre significatif dès lors qu'elle vise d'une part à « *contraindre à l'exécution du contrat* » et d'autre part à « *réparer forfaitairement le préjudice effectivement subi* »¹⁵⁴¹. A fortiori, la clause pénale correspondant « *au montant réel et exact du préjudice subi* »¹⁵⁴² ou étant imposée par la loi¹⁵⁴³ ne constitue pas un déséquilibre significatif.

¹⁵³⁷ CCA, recommandation, Locations de véhicules automobiles, 14 juin 1996, n° 96-02 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet de « *Prévoir le jeu de la clause pénale sans mise en demeure préalable et sans renonciation expresse à cette formalité de la part du locataire* ».

¹⁵³⁸ CCA, recommandation, Établissements d'enseignement, 7 juill. 1989, n° 91-01 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet « *de prévoir des clauses pénales excessives et que, dans tous les cas où une clause pénale est stipulée, soient rappelées les dispositions de l'article 1152 du code civil* » ; CCA, recommandation, 19 nov. 1982, Contrats de distribution de l'eau, n° 85-01 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet « *que la pénalité encourue par l'abonné dans le cas d'usage à titre gratuit ou onéreux de l'eau ne soit ni manifestement excessive ni manifestement dérisoire par rapport au préjudice subi* ».

¹⁵³⁹ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 17 déc. 2014, n° 13/08615.

¹⁵⁴⁰ CA, Paris, 5^{ème} ch., sect. A, 11 févr. 2009, n° 07/09951.

¹⁵⁴¹ CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 13 oct. 2017, n° 15/03694 (sur le fondement de l'article L 442-1 du Code de commerce) ; CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 6 janv. 2017, n° 2014/03114 (sur le fondement de l'article L 442-1 du Code de commerce) ; CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 15 avr. 2016, n° 13/19134 (sur le fondement de l'article L 442-1 du Code de commerce). Ainsi, selon la Cour d'appel de Paris sur le fondement de l'article L 442-1 du Code de commerce affirme que « *l'indemnité contractuelle stipulée en contrepartie de la résiliation représentant le gain manqué par le cocontractant dès lors que le contrat prend fin avant le terme convenu (...), correspondant à des frais exposés* » ne constitue pas « *en tout état de cause un déséquilibre significatif démontré entre les parties.* » (CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 15 déc. 2017, n° 15/24928).

¹⁵⁴² CA, Lyon, 1^{ère} ch. civ., 23 Juin 2005, n° 04/02598 (sur le fondement de l'article L 212-1 du Code de la consommation).

¹⁵⁴³ En effet, la Cour d'appel de Riom affirme que « *La pénalité stipulée étant conforme aux dispositions de l'article R312-3 du code de la consommation, la clause ne saurait être considérée comme instituant une indemnité manifestement disproportionnée et créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment de l'emprunteur.* » (CA, Riom, 3^{ème} ch. civ. et com. réunies, 4 nov. 2020, n° 19/01083)(sur le fondement de l'article L 212-1 du Code de la consommation).

Dans un arrêt du 6 janvier 1994 rendu par la Cour de cassation¹⁵⁴⁴, il était stipulé une clause pénale dans un contrat de bail d'une automobile moyennant le paiement de 36 loyers mensuels. En l'espèce, l'article 9-2 du contrat prévoyait « à titre de clause pénale, le paiement d'une indemnité en cas de résiliation du contrat par suite de défaillance du locataire, et définissant cette indemnité comme la différence entre, d'une part, la somme des loyers encore dus et la valeur résiduelle du véhicule, et, d'autre part, le prix de revente de ce dernier ». La pénalité est donc calculée en fonction de la différence entre les loyers dus auxquelles s'ajoute la valeur résiduelle du véhicule loué et le prix de revente dudit véhicule. Le requérant considère que cette clause ne conférait pas « au professionnel un avantage excessif, dans la mesure où le consommateur est suffisamment protégé par l'intérêt du professionnel de revendre le véhicule au prix le plus élevé pour diminuer sa créance sur un débiteur surendetté et par le pouvoir du juge de réduire la clause pénale même d'office ». Néanmoins, la Cour de cassation confirme l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Grenoble en ce que la clause litigieuse confère « un avantage excessif en privant le preneur, tenu de restituer d'abord le véhicule, de toute possibilité de rechercher lui-même un acquéreur ou d'exercer un contrôle sur les conditions de la revente ». Autrement dit, l'avantage excessif résulte de l'absence de pouvoir pour le locataire d'influer sur la recherche d'un acquéreur ou sur les conditions de la revente. En l'absence d'un tel pouvoir, ce dernier ne peut influencer sur le montant de la pénalité, lequel dépend de la volonté unilatérale du bailleur. Ainsi, les critères de calcul de la pénalité étant soumis à la volonté du bailleur sans possibilité d'influence du locataire, le montant de cette dernière peut être particulièrement élevé. Même si, comme le souligne le bailleur, il est dans son intérêt de revendre le véhicule loué à un prix le plus élevé cela n'empêche pas qu'il dispose d'un avantage excessif concernant les modalités de calcul du montant de la pénalité. Partant, cette clause créait un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation.

A l'inverse, dans un arrêt du 22 avril 2010 rendu par la Cour d'appel de Besançon¹⁵⁴⁵, a été jugée abusive la clause pénale suivante : « Pour le client, les conditions de règlement sont de 15 jours après réception de la facture. Il s'engage en cas de dépassement de délai à verser des intérêts moratoires sur la base de 23,00 € TTC forfaitaire par jour de retard (non considéré le samedi et le dimanche), ceci à compter de la réception par lettre recommandée avec demande d'avis de réception de la relance de l'entreprise ». En effet, selon la Cour d'appel, la pénalité est « totalement indépendante du montant de la créance » et « non limitée dans le temps, est susceptible d'aboutir à l'application d'une indemnité disproportionnée par rapport à la somme due en principal ». Ainsi, la Cour souligne que l'application de la clause conduisait à un « doublement de la créance, d'un montant de 1 832,29 € en principal, au bout de seulement 80 jours de retard ». Les critères d'évaluation de la pénalité étaient donc, par leur imprécision et leur caractère général et déconnecté de la créance principale, extensifs et susceptibles d'induire une pénalité disproportionnée au regard du montant payé pour la créance principale. Partant, cette clause pénale créait un déséquilibre significatif au sens de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation.

Sur le fondement du droit commercial. Dans un arrêt du 3 mars 2015 rendu par la Cour de cassation¹⁵⁴⁶, une clause pénale portait sur le taux de service de fournisseurs concernant les conditions d'approvisionnement au sein d'une convention de distribution. Il était stipulé qu'en cas de non-respect par les fournisseurs d'un taux de service minimum de 98,5 % des pénalités pourraient être appliquées sur une base de 10% du chiffre d'affaires hors taxe

¹⁵⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 1994, n° 91-19.424.

¹⁵⁴⁵ CA, Besançon, 1^{ère} ch. civ., sect. A, 22 avr. 2010, n° 08/02106.

¹⁵⁴⁶ Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525. V. aussi : C.-M. PEGLION-ZIKA, « La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation », thèse, 2013, n°528.

manquant. Bien que ce taux de service minimum fût uniforme pour tous les fournisseurs, celui-ci était « *manifestement très élevé* », ne semblant pas tolérer « *le moindre défaut* » et « *qu'un tel niveau de taux ne peut prendre sérieusement en compte la complexité de la chaîne d'approvisionnement depuis les commandes des magasins jusqu'aux réceptions de marchandises* ». Surtout, le Tribunal souligne que ce caractère contraignant du taux de service sanctionné par une pénalité était « *dépourvue de réciprocité et de contrepartie* » et qu'il y avait « *une trop grande disproportion entre le manquement et la sanction (pénalité)* ». En effet, les « *critères d'exclusion* » de l'application des pénalités n'étaient « *pas connus* » ce qui impliquait « *qu'en définitive le volume des pénalités appliquées reste important* ». Par conséquent, la clause prévoyant le taux de service et la pénalité sanctionnant son non-respect a été déclarée comme créant un déséquilibre significatif au sens de l'ancien article L 442-6-I-2° du Code de commerce. La Cour d'appel de Paris a confirmé ce jugement dans son arrêt du 11 septembre 2013. Cette dernière reconnaît que la clause litigieuse était générale et imprécise puisqu'elle ne précisait pas si le taux de service prévu « *se référait à un taux par magasin, par entrepôt ou au plan national, ni la notion de "chiffre d'affaires manquant" à partir duquel la pénalité était calculée* ». Aussi, la Cour confirme que la pénalité applicable en cas de non-respect dudit taux de service revêtait un « *caractère automatique, source de disproportion entre le manquement et la sanction, et qu'elle est dépourvue de réciprocité et de contrepartie* ». La Cour de cassation valide ces constats établis par les juges du fond et considère que la clause litigieuse a créé un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Force est donc de constater que les difficultés à faire appliquer ces pénalités et leurs montants pouvant être particulièrement disproportionnés au regard des manquements commis ont motivé cette décision de la Cour Régulatrice.

Dans le même sens, on peut également citer un arrêt rendu le 3 février 2021 par la Cour de cassation¹⁵⁴⁷, dans lequel celle-ci a reconnu sur le principe « *qu'une clause pénale imposant une pénalité d'un montant manifestement disproportionné au préjudice subi entraîne un déséquilibre significatif* » et « *qu'il résulte des propres constatations de l'arrêt que la clause du contrat de location prévoyant une indemnité de résiliation "était manifestement excessive" ; qu'en refusant pourtant de constater qu'elle devait être réputée non écrite au prétexte que "l'article L. 442-6, I, 2 invoqué est inapplicable en l'espèce", la cour d'appel a violé, par refus d'application, l'article L. 442-6 du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n 2008-1161 du 13 novembre 2008, applicable en la cause.* ». En l'espèce, une indemnité de résiliation de 97 771 euros hors taxes avait été stipulée et la Cour d'appel s'était contentée de réduire cette indemnité à 40 000 euros. La Cour de cassation a considéré que sur le principe cette indemnité de résiliation devait être réputée non écrite sur le fondement de l'ancien article L. 442-6-I-2° du Code de commerce. Toutefois, la Cour de cassation n'a pas censuré le raisonnement de la Cour d'appel dans la mesure où les juges du fond (le Tribunal de commerce de Nanterre et la Cour d'appel de Versailles) ne disposaient pas de pouvoir juridictionnel pour statuer sur une demande fondée sur l'ancien article L. 442-6-I-2° du Code de commerce. Il ne pouvait donc lui être reproché « *d'avoir violé un texte qu'elle ne pouvait appliquer* ».

Dans un arrêt du 19 avril 2017 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁵⁴⁸, une clause pénale était stipulée dans un contrat de partenariat ayant pour objet le référencement et la vente des produits fabriqués par les sociétés Sofoc destinés à Bricorama SA. Ledit contrat prévoyait un taux de service de 97%. La Cour d'appel estime que les « *modalités d'évaluation* » de ce taux étaient « *peu précises* », ce dernier « *ne prend pas sérieusement en compte la complexité de la chaîne d'approvisionnement depuis les commandes jusqu'à la réception des marchandises ou*

¹⁵⁴⁷ Cass. com. éco. et fin., 3 févr. 2021, n° 19-14.664.

¹⁵⁴⁸ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 19 avr. 2017, n° 15/24221.

la multiplicité des intervenants dans la chaîne logistique ». Le non-respect de ce taux de service était sanctionné par la résiliation mais aussi par des dommages-intérêts et pénalités. En l'espèce, l'article 3.12 du contrat intitulé « *indemnité taux de service et retard de livraison* » énonçait que « *en cas de retard de livraison, Bricorama France se réserve également le droit d'appliquer des pénalités de retard égal à 7,5 % par semaine de la valeur commandée HT, et ce, sans préjudice de tous dommages et intérêts qui pourraient être réclamés, sans préjudice de la faculté pour Bricorama SA de procéder à la résiliation du contrat de référencement pour inexécution fautive du fournisseur conformément aux modalités visées à l'article 3.15 des présentes.* ». La Cour estime que ces sanctions sont « *manifestement disproportionnées à la gravité objective du manquement* » et qu'au surplus le contrat ne prévoyait « *aucun barème pour apprécier de manière objective la gravité du manquement* » lequel mettait « *sur le même plan une commande livrée avec un retard de 24 heures ou une semaine et une commande livrée à 97 % ou 50 %.* ». Les éléments déterminants de cette affaire étaient donc que le montant de la sanction était disproportionné par rapport à la gravité du manquement et qu'aucun barème n'avait été prévu pour apprécier la gravité du manquement. Il en résulte que la clause pénale stipulée au sein du contrat de partenariat a créé un déséquilibre significatif au sens de l'ancien article L. 442-6-I-2° du Code de commerce.

Dans un arrêt du 15 mai 2019 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁵⁴⁹, une clause pénale était stipulée dans un contrat de franchise. En l'espèce, il était stipulé que « *d. dans le cas où le contrat de franchise serait rompu aux torts du franchisé avant l'échéance prévu à l'article 10, le franchisé devra payer au franchiseur une somme fixée au montant de la redevance annuelle multiplié par le nombre d'années à courir jusqu'à l'année du terme du contrat avec un minimum de douze mois* ». De même, le contrat de franchise contenait un article 4 de son annexe 8 selon laquelle « *Si le contrat de franchise venait à être rompu avant le terme fixé pour son expiration, pour quelque cause que ce soit, et notamment par le fait du franchisé, ou à la suite de l'obligation qu'aurait le franchiseur de mettre fin au contrat pour non respect des conditions et notamment pour non paiement, le franchisé sera tenu de rembourser le budget d'enseigne de QUATRE VINGT QUINZE MILLE EUROS (95 000 EUROS), selon les modalités suivantes :(') - si la rupture intervient avant l'expiration de la quatrième année d'entrée en vigueur du présent contrat, le franchisé aura l'obligation de rembourser 70 % du budget d'enseigne* ». La Cour d'appel estime que la clause qui oblige le franchisé « *à régler au franchiseur les redevances restant à courir jusqu'au terme contractuel ne crée aucunement de déséquilibre significatif entre les parties, cette clause prévoyant les effets pécuniaires d'une rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée et n'étant donc pas dépourvue de contrepartie.* ». Ainsi, le montant de la pénalité stipulée n'était pas disproportionné en ce qu'il correspondait aux « *effets pécuniaires* » de la rupture d'un contrat à durée déterminée. S'agissant de l'article 4 de l'annexe 8 du contrat de franchise, le remboursement du budget d'enseigne par le franchisé était calculé au « *prorata temporis de la durée d'exécution du contrat, ce remboursement allant de la totalité du budget en cas de résiliation du contrat la première année, à 10 % de celui-ci en cas de rupture intervenue la dixième année* ». La Cour d'appel considère que la pénalité en son montant était « *juste et proportionnée* » dans la mesure où elle correspond aux dédommagements des frais engagés « *au titre de l'enseigne pour la durée totale du contrat* » dès lors qu'il était mis prématurément fin au contrat à durée déterminée. Par conséquent, ces clauses ne créent aucun déséquilibre significatif au sens de l'ancien article L. 442-6-I-2° du Code de commerce.

¹⁵⁴⁹ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 15 mai 2019, n° 17/20051.

Dans un arrêt du 7 février 2013 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁵⁵⁰, dans un contrat de crédit-bail, il a été déduit du double emploi d'une pénalité son caractère disproportionné. En effet, il était reproché à une clause pénale d'imposer une double stipulation à la fois d'une indemnité de privation de jouissance et d'une indemnité de résiliation contractuelle. Le crédit-preneur invoquait également que le fait d'imposer deux indemnités en cas de résiliation du contrat créait un déséquilibre significatif au sens de l'ancien article L. 442-6-I-2° du Code de commerce de sorte que ces deux indemnités faisaient « *manifestement* » double emploi. La Cour d'appel de Paris considère en l'espèce qu'il n'est pas démontré en quoi les deux pénalités en cause font double emploi « *l'une d'elles répare le préjudice résultant de la résiliation anticipée du contrat par la faute du crédit-preneur tandis que l'autre répare le dommage résultant du défaut de restitution du bien loué dans les 8 jours de la résiliation du contrat* ». Partant, les deux pénalités stipulées n'intervenaient pas « *forcément cumulativement* ». *A contrario*, cette décision pourrait signifier que si ces pénalités avaient été relatives à un même dommage, il y aurait eu cumul des pénalités faisant double emploi, de sorte que dans ces conditions un déséquilibre significatif aurait pu en résulter¹⁵⁵¹.

Dans un arrêt du 11 octobre 2017 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁵⁵², une clause pénale était stipulée dans un contrat de sous-traitance de maintenance et d'entretien de machines dit « *PagePack* » ou « *eClick* ». Ce contrat était conclu en lien avec un contrat de concession et le prestataire commercialisait ses services par l'intermédiaire de concessionnaires qui eux-mêmes les facturaient aux clients finaux. Le contrat de concession prévoit que le concessionnaire conclut un contrat d'entretien directement avec le client utilisateur et sous-traite la maintenance à la société Xerox selon des contrats de sous-traitance de maintenance dits « *PagePack* » ou « *eClick* ». L'article 12.1 des conditions générales « *PagePack* » ou « *eClick* » stipule que « *lorsque l'Équipement est compatible avec les Outils de Relevé Compteur, le Revendeur doit s'assurer que l'Outil de Relevé Compteur prescrit par Xerox est installé et fonctionnel en permanence dans les locaux du client. À défaut, Xerox pourrait facturer au Revendeur des frais dans les conditions spécifiées sur le Portail Partenaire* ». Les concessionnaires soutiennent que cette clause crée un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens de l'ancien article L. 442-6-I-2° du Code de commerce car le prestataire réclame sur le fondement de l'article 12.1 desdites conditions générales l'application de « *pénalités trimestrielles par équipement qui ne serait pas connecté en permanence à son logiciel de comptage* ». De plus, il était reproché à cette clause son manque de détails s'agissant des « *équipements de leur parc concernés par l'application des frais, dans les factures trimestrielles, qui leur sont envoyées* » par le prestataire, ce qui empêchait les concessionnaires de pouvoir vérifier l'exactitude du calcul de la pénalité. De la même façon que les motifs de déconnexion n'étaient pas connus. La Cour d'appel estime que le prestataire a souhaité imputer au concessionnaire la responsabilité des déconnexions des équipements en appliquant cette pénalité, sans que ces déconnexions ne soient systématiquement imputables au concessionnaire. Cette clause pénale était donc mise en œuvre de façon « *systématique* » et était conjuguée avec « *l'impossibilité pratique pour les concessionnaires de vérifier le bien-fondé de l'application de la pénalité par la société Xerox, interdit aux concessionnaires d'être en mesure de contrôler la réalité des griefs* ». Les vérifications de factures que devaient donc effectuer les concessionnaires étaient « *très*

¹⁵⁵⁰ CA, Paris, pôle 5, ch. 9, 7 févr. 2013, n° 12/01230.

¹⁵⁵¹ V. aussi : CCA, recommandation, Accès à l'internet (FAI), 26 sept. 2002, n° 03-01 : « *Considérant que certains contrats assortissent la résiliation aux torts de l'abonné d'une clause imposant à celui-ci de verser une somme très élevée à titre de clause pénale et sans préjudice des dommages – intérêts que pourrait demander le fournisseur ; que le cumul d'une clause pénale avec des dommages et intérêts réparant le même préjudice est abusif* ».

¹⁵⁵² CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 11 oct. 2017, n° 15/03313.

lourde(s) et fastidieuse(s) » ce qui impliquait une « *absence de contrôle de la mise en œuvre des frais* ». Par conséquent, la Cour d'appel en a déduit que cette clause infère « *des rapports disproportionnés entre les parties (...) sans compensation* », le prestataire ne supportant « *aucune contrepartie* » à cette obligation et aux frais imposés aux concessionnaires. Il en résultait donc un déséquilibre significatif au détriment des concessionnaires au sens de l'ancien article L. 442-6-I-2° du Code de commerce.

La jurisprudence a pu également considérer que certaines pénalités dont le montant était assez modeste ne pouvaient créer de déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Dans un arrêt du 20 juin 2019 rendu par la Cour d'appel de Bourges¹⁵⁵³, il était stipulé des pénalités dans un contrat de bail dont le montant n'excédait pas la valeur de deux envois recommandés. En l'espèce, il s'agissait de pénalités clairement identifiées comme telles dans le contrat et qui ne sauraient se confondre avec des « *frais de relance ou d'expédition de la quittance* » ou des « *frais de procédure* ». De sorte que cette clause ne pouvait être jugée comme étant une clause abusive et cet arrêt a été confirmé par la Cour de cassation¹⁵⁵⁴. Il en va de même d'une clause pénale prévoyant qu'en cas de retard de livraison, un maître d'œuvre sera redevable d'une indemnité « *égale à 1/3000èmes du montant T.T.C. du prix convenu par jour calendaire de retard, cette pénalité ne pouvant excéder 5% du montant du contrat et des avenants* »¹⁵⁵⁵ laquelle ne créait pas de déséquilibre significatif au sens de l'ancien article L. 442-6-I-2° du Code de commerce.

Quid de l'article 1171 du Code civil ? Comme pour le droit consommériste et commercial, le déséquilibre significatif de droit commun appliqué aux clauses pénales devrait permettre de faire réputer non écrites les pénalités disproportionnées¹⁵⁵⁶ du fait de leur montant et/ou de l'absence de contrôle sur la vérification de leurs critères ou les pénalités non réciproques ou asymétriques. La Cour d'appel de Lyon¹⁵⁵⁷ a pu par exemple faire application de l'article 1171 à une clause pénale particulière car stipulée lors de la mise en œuvre d'une clause résolutoire dans un contrat de location financière. En l'espèce, l'appelant soutenait que cette clause « *qui ne bénéficie qu'au loueur et qui met à sa charge une somme égale à la totalité des loyers restant à courir jusqu'à la fin du contrat majorée d'une clause pénale de 10 %, crée un déséquilibre significatif à son détriment en ce qu'elle instaure une répartition inégale des risques, ainsi que des avantages sans contrepartie et une absence de réciprocité.* » Après avoir écarté l'argument du caractère non réciproque de la clause résolutoire (car cette faculté était stipulée dans un contrat de location financière et se justifiait donc par « *la nature des obligations auxquelles sont respectivement tenues les parties, l'exécution instantanée du contrat par le loueur écartant l'opportunité d'inclure une faculté de résiliation par le locataire* », argument déjà affirmé par la Cour de cassation¹⁵⁵⁸), la Cour s'est penchée sur la clause pénale de 10% qui s'ajoute à la somme des mensualités à échoir. Elle estime que cette pénalité ne crée pas un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties car le bailleur justifie cette indemnité « *par le fait qu'elle s'est acquittée auprès du fournisseur de la totalité du prix du matériel en mobilisant sur demande* » du locataire « *un capital ayant normalement vocation à s'amortir sur la durée contractuellement prévue entre les parties* ». L'indemnité comprenant les mensualités à échoir et la pénalité de 10% était valable car, d'une

¹⁵⁵³ CA, Bourges, ch. civ., 20 juin 2019, n° 18/00570.

¹⁵⁵⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 3 déc. 2020, n° 19-22.011.

¹⁵⁵⁵ CA, Colmar, 2^{ème} ch. civ., sect. B, 19 nov. 2010, n° 07/03189.

¹⁵⁵⁶ Ch. LACHIÈZE, « *Société coopérative - Réforme du droit des contrats et coopératives agricoles* », Droit rural, n° 460, févr. 2018, dossier 10, n° 9 ; S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « *Protection du consommateur - La protection du consommateur emprunteur insolvable* », JCP E et aff., n° 24, 16 juin 2016, 1364.

¹⁵⁵⁷ CA, Lyon, ch. A, 7 juill. 2022, n° 19/01741.

¹⁵⁵⁸ Cass. com. fin. et éco., 26 janv. 2022, n° 20-16.782.

part, son montant équivalait au montant du prix payé par le bailleur auprès du fournisseur et, d'autre part, ce montant était d'ores et déjà payé au fournisseur (car il s'agit d'un contrat de location financière). Partant, cette pénalité ne créait pas un déséquilibre significatif au sens de l'article 1171 du Code civil.

III. Les clauses facilitant l'exception d'inexécution

Parmi ces clauses nous examinerons les clauses de suspension arbitraire ou discrétionnaire (A.), de suspension en raison de motifs illégitimes ou injustifiés (B.), de suspension non réciproque ou asymétrique (C.), de suspension « *par contagion* » à l'égard de contrats distincts (D.) et de suspension sans mise en demeure ou préavis (E.). Au terme de cet examen, nous analyserons la validité de ces clauses sur le fondement de l'article 1171 du Code civil.

A) Les clauses de suspension arbitraire ou discrétionnaire

Sur le fondement du droit consommériste. Dans plusieurs décisions, la jurisprudence a estimé qu'une clause est abusive dès lors que la faculté de suspension est discrétionnaire en raison de l'absence de manquement commis ou de la commission de manquements mineurs ou de l'imprécision des motifs de suspension¹⁵⁵⁹.

Dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 23 janvier 2013¹⁵⁶⁰, une clause réservait la faculté de suspendre tout ou partie de services « *sans aucun préavis ni formalités, en cas d'utilisation non conforme aux présentes conditions générales, notamment en cas de non-paiement de l'abonnement* ». La Cour a jugé cette clause comme étant abusive en raison de sa « *généralité* » et de l'imprécision de la notion « *d'utilisation non conforme* » qui ainsi conférait un « *pouvoir discrétionnaire* » au professionnel pour supprimer des services prévus par l'abonnement. Dans le même sens, une clause prévoyant la possibilité de suspendre un contrat en fonction d'un « *indice de performance* » dont les facteurs ne sont pas « *clairement définis* » et évoluent de manière « *discrétionnaire* » a été jugée comme créant un déséquilibre significatif¹⁵⁶¹. Dans une autre affaire, il a été stipulé qu'« *En cas d'utilisation frauduleuse et/ou non conforme* », il est possible de suspendre le contrat¹⁵⁶². Mais la liste des hypothèses donnant lieu à la suspension n'était pas exhaustive au regard de l'emploi de l'adverbe « *notamment* » et était imprécise, octroyant ainsi un pouvoir d'appréciation discrétionnaire au professionnel. Enfin, a également été jugée abusive la clause réservant le droit de suspendre un service de téléphonie en cas « *d'abus massifs* », cette notion n'étant pas définie précisément¹⁵⁶³.

Puis, le fait de prévoir que la suspension peut être mise en œuvre en raison de la commission de manquements contractuels n'est pas arbitraire, dès lors que la clause énumérant ces cas de suspension correspond « *à des manquements de l'abonné à ses obligations, la mesure de suspension n'est pas du domaine de l'arbitraire* »¹⁵⁶⁴. De surcroît, il était prévu en l'espèce

¹⁵⁵⁹ V. aussi : CCA, recommandation, 4 févr. 1980, n° 80-01 selon laquelle doit être éliminée la clause ayant pour objet ou effet de « *permettre au preneur de suspendre temporairement le contrat pour une raison qu'il apprécie unilatéralement* ».

¹⁵⁶⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 23 janv. 2013, n° 10-21.177.

¹⁵⁶¹ T. com., Paris, 1^{ère} ch., 2 sept. 2019, n° 2017050625.

¹⁵⁶² CA, Versailles, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 8 févr. 2019, n° 17/05367.

¹⁵⁶³ TGI, Paris, 1^{ère} ch., sect. soc., 21 févr. 2006, n° 04/02910.

¹⁵⁶⁴ TGI, Nanterre, 1^{ère} ch., sect. A, 17 mars 1999, n° 12/00498.

une possibilité de régularisation par l'abonné pour obtenir le rétablissement des services. Aussi, il a été jugé que les clauses qui sanctionnent un « *manquement grave* » (en l'espèce, « *toute fausse déclaration* »)¹⁵⁶⁵ ou un « *manquement grave ou persistant* »¹⁵⁶⁶ ne sont pas abusives. A l'inverse, une clause permettant « *au fournisseur de suspendre l'exécution de ses obligations sans faute de la part de l'utilisateur.* »¹⁵⁶⁷ est abusive, l'absence de faute contractuelle permettant au professionnel de suspendre le contrat de manière arbitraire.

Une série de décisions ont été rendues concernant les clauses de suspension pouvant être mises en œuvre en cas de manquements minimes ou de faible gravité. Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Rennes le 3 mars 2017¹⁵⁶⁸, une clause prévoyait la suspension du contrat pour « *tout événement professionnel ou familial survenant dans la vie de l'emprunteur* ». Compte tenu de son « *extrême généralité* », la clause permettait au prêteur de suspendre « *à sa discrétion* » le contrat pour « *tout événement, même mineur, faisant douter de la solvabilité de l'emprunteur* », ce qui lui octroyait un pouvoir discrétionnaire d'appréciation pour mettre en œuvre l'exception d'inexécution. Un autre arrêt dans lequel était stipulée une clause prévoyant la suspension de prestations pour « *tout défaut de paiement* »¹⁵⁶⁹ a été jugée abusive, mais il convient de souligner que celle-ci ne comprenait pas de préavis ou formalité préalable à l'égard du consommateur, ce qui peut parfois être déterminant pour le sort de la clause en cause¹⁵⁷⁰. En effet, le caractère discrétionnaire de la suspension peut parfois être caractérisé du seul fait de la stipulation d'une clause de suspension sans préavis lequel ne permet pas au consommateur de contester l'incident reproché¹⁵⁷¹. Il reste également possible de régulariser une clause de suspension en cas de non-respect par le consommateur « *d'une des clauses du contrat* » dès lors que cette faculté est symétrique entre les parties¹⁵⁷².

B) Les clauses de suspension en raison de motifs illégitimes ou injustifiés (généralement l'atteinte à un droit fondamental)

Sur le fondement du droit consommériste. Tout d'abord, certains motifs donnant droit à se prévaloir de l'exception d'inexécution ont été jugés comme illégitimes par la jurisprudence. Dans un jugement rendu par l'ancien Tribunal d'instance de Niort, celui-ci estime qu'une clause d'un contrat d'ouverture de crédit permettant au prêteur de suspendre l'utilisation du crédit par l'emprunteur en cas « *d'arrêt de travail* » est abusive¹⁵⁷³. En effet, l'arrêt de travail ne constituait pas une faute contractuelle et rien ne justifiait « *une telle méfiance à l'égard des personnes malades* ». Le motif lié à l'existence d'un arrêt de travail était donc injustifié. De manière plus explicite, le caractère injustifié du motif de suspension du contrat a pu être déduit de l'atteinte à certains droits fondamentaux. Par exemple, une clause prévoyait qu'il était possible de suspendre l'utilisation d'un crédit « *en cas de modification de la situation*

¹⁵⁶⁵ TI, Roubaix, 6 août 2002, n° 11-01-000843.

¹⁵⁶⁶ TGI, Paris, 4^{ème} ch., 1^{ère} sect., 15 sept. 2009, n° 07/12483.

¹⁵⁶⁷ TGI, Nanterre, ch. 1, 9 févr. 2006, n° JurisData : 2006-304649.

¹⁵⁶⁸ CA, Rennes, 2^{ème} ch., 3 mars 2017, n° 14/01219.

¹⁵⁶⁹ CA, Paris, pôle 5, ch. 6, 15 oct. 2010, n° 07/21494.

¹⁵⁷⁰ V. par exemple : TGI, Nanterre, 1^{ère} ch. sect. A, 3 mars 1999, n° 12/16697 dans lequel une clause de suspension en cas de manquement du consommateur pour l'une quelconque de ses obligations n'est pas abusive dès lors qu'un délai de régularisation et une mise en demeure préalable étaient prévues ; TGI, Paris, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 16 mars 1999, n° RG inconnu dans lequel une clause de suspension immédiate et sans délai en cas du moindre manquement du consommateur à l'une quelconque de ses obligations est abusive.

¹⁵⁷¹ TGI, Paris, 1^{ère} ch., sect. soc., 21 févr. 2006, n° 04/02910.

¹⁵⁷² TGI, Nanterre, 6^{ème} ch., 3 mars 2006, n° 04/03016.

¹⁵⁷³ TI, Niort, 16 déc. 1998, n° 11-98-000825.

familiale, professionnelle ou patrimoniale de l'emprunteur », ce qui permettait au prêteur d'exercer sa faculté de suspension en cas de mariage, divorce, paternité ou maternité de l'emprunteur. Il en résultait donc une « *ingérence injustifiée dans la vie privée du consommateur* » protégée au titre de l'article 8-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CEDH) et que cette clause était abusive¹⁵⁷⁴. Dans cette même décision, le Tribunal a également jugé qu'une clause de suspension de l'utilisation d'un crédit en cas de saisine par l'emprunteur de la Commission de surendettement, laquelle empêche l'emprunteur de saisir cette commission en cas de situation de surendettement ainsi que le juge de l'exécution, prive ce dernier de son droit d'accès au juge prévu par l'article 6-1 de la CEDH et était donc abusive¹⁵⁷⁵. De la même manière, la Cour d'appel de Rennes a pu juger abusive une clause de suspension portant atteinte à la liberté d'aller et venir d'un emprunteur, lequel pouvait faire l'objet d'une telle sanction en cas d'établissement de l'emprunteur à l'étranger¹⁵⁷⁶. De même, une recommandation n°16-01¹⁵⁷⁷ concernant les contrats de déménagement, garde-meubles et stockage en libre-service reconnaît que la clause prévoyant en raison du non-paiement du loyer par le consommateur ou non-professionnel, la suspension de l'accès au local où sont entreposés des meubles est abusive car elle entrave leur droit de propriété consistant à pouvoir accéder librement aux biens entreposés.

En revanche, il existe également des motifs reconnus comme légitimes par les juges comme justifiant le recours à l'exception d'inexécution à l'instar de l'objectif de prévention des difficultés financières ou de la sécurité des personnes. L'ancien Tribunal d'instance de Rennes¹⁵⁷⁸ a jugé que la clause de suspension unilatérale d'un contrat de crédit en cas de dépassement du découvert autorisé, de saisine de la Commission de surendettement ou de fragilisation de la situation financière n'était pas abusive puisqu'elle était de nature à « *prévenir une situation difficile de l'emprunteur* ». Cependant, est abusive et ne constitue pas un motif légitime la clause prévoyant que le simple « *événement susceptible de faire douter de la solvabilité de l'emprunteur* » autorise la mise en œuvre de l'exception d'inexécution¹⁵⁷⁹. Ensuite, un autre motif de suspension relatif à la sécurité des personnes est reconnu comme légitime par la jurisprudence. La Cour d'appel de Paris a relevé la clause suivante : « *La banque se réserve le droit de suspendre l'accès aux services en ligne si elle devait relever des faits laissant présumer la tentative ou l'utilisation frauduleuse de ces services, ce dont le client serait immédiatement informé* »¹⁵⁸⁰. La Cour a considéré que cette clause ne crée pas un déséquilibre significatif puisqu'elle vise à assurer la protection des clients de la banque et à sécuriser l'utilisation de ses services en ligne, sans chercher à imputer au consommateur un comportement frauduleux. Ensuite, dans un jugement rendu par l'ancien Tribunal de grande instance de Paris n'est pas non plus abusive la clause suivante : « *En cas de violation des dispositions légales, notamment en matière d'ordre public et de bonnes mœurs, ou en cas d'agissements de nature à perturber le réseau S ou le réseau Internet, S se réserve le droit de suspendre immédiatement les services d'accès au réseau Internet.* »¹⁵⁸¹. En effet, le Tribunal a considéré que les hypothèses visées par la clause de suspension correspondent à « *la nécessité de protéger le réseau et l'ensemble des abonnés* ». Enfin, n'a pas non plus été considérée comme abusive la clause de suspension en cas de non-justification de la conformité des

¹⁵⁷⁴ TI, Niort, 16 déc. 1998, n° 11-98-000825.

¹⁵⁷⁵ TI, Niort, 16 déc. 1998, n° 11-98-000825.

¹⁵⁷⁶ CA, Rennes, 2^{ème} ch., 3 mars 2017, n° 14/01219.

¹⁵⁷⁷ CCA, recommandation, Contrats de déménagement, garde-meubles et stockage en libre-service, 24 mars 2016, n°16-01.

¹⁵⁷⁸ TI, Rennes, 7 mai 2007, n° 11-07-000345.

¹⁵⁷⁹ CA, Poitiers, 2^{ème} ch. civ., 16 janv. 2001, n° 99/01486.

¹⁵⁸⁰ CA, Paris, pôle 5, ch. 6, 9 févr. 2018, n°16/03064.

¹⁵⁸¹ TGI, Paris, 1^{ère} ch. sect. soc., 30 sept. 2008, n° 06/17792.

installations à la réglementation et aux normes en vigueur car cette clause avait pour but de garantir la « *sécurité des personnes occupant les locaux immobiliers.* »¹⁵⁸².

C) Les clauses de suspension non réciproque ou asymétrique

Sur le fondement du droit consommériste. Il convient également de relever les clauses de suspension ou prévoyant la mise en œuvre de l'exception d'inexécution de manière non réciproque ou asymétrique entre les parties à un contrat¹⁵⁸³. Ces clauses sont légalement et irréfragablement considérées comme abusives puisqu'elles ont pour objet ou effet de « *Contraindre le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service* » (art. R. 212-1, 5° Code de la consommation). Plusieurs jurisprudences ont jugé comme abusives plusieurs clauses de suspension non réciproque. Ainsi, la Cour d'appel de Toulouse a jugé que la clause « *consistant à décharger le cessionnaire de tout rôle et responsabilité dans la fourniture des prestations due au consommateur, notamment au titre du fonctionnement du site internet, alors que le particulier souscripteur est contraint d'exécuter son obligation contractuelle de paiement, même en cas de dysfonctionnements de ce site, et ce en étant dans l'impossibilité d'invoquer l'exception d'inexécution qui doit régir tout contrat* » est abusive¹⁵⁸⁴. Puis, une clause de suspension du contrat a été jugée abusive car « *cette clause ne prévoit pas bilatéralement la même faculté au client* »¹⁵⁸⁵. Ensuite, une clause d'ouverture de crédit qui subordonne la suspension à l'accord du prêteur a été déclarée abusive en ce qu'elle « *soumet à des conditions plus défavorables au consommateur* »¹⁵⁸⁶. Enfin, une clause de suspension des services d'un site de vente en ligne a été jugée abusive car elle était réservée « *au seul professionnel la faculté de sanctionner la violation du règlement, imputée à un utilisateur* »¹⁵⁸⁷. Par ailleurs, la « *bilatéralisation* » des clauses de suspension permet de réduire le risque que ces clauses puissent avoir un caractère abusif¹⁵⁸⁸, l'exception d'inexécution bénéficiant ainsi aux deux parties¹⁵⁸⁹ indépendamment du fait que cette prérogative ait été mise en œuvre par une seule des parties¹⁵⁹⁰.

D) Les clauses de suspension « par contagion » à l'égard de contrats distincts

Sur le fondement du droit consommériste. Par principe, la Cour de cassation, après avoir un temps affirmé une position contraire¹⁵⁹¹, considère depuis 2005 que l'exception d'inexécution

¹⁵⁸² TGI, Paris, 30 oct. 2018, n° 13/03227.

¹⁵⁸³ V. aussi : CCA, recommandation, 23 mars 1990, n° 91-02, selon laquelle est présumée abusive la clause ayant pour objet ou effet d' « *Obliger le non-professionnel ou consommateur à exécuter ses obligations lors même que le professionnel n'aurait pas exécuté les siennes, par dérogation aux règles régissant l'exception d'inexécution et, spécialement, à la nécessité d'un équilibre raisonnable des inexécutions réciproques* ».

¹⁵⁸⁴ CA, Toulouse, 3^{ème} ch., 1^{ère} sect., 16 sept. 2014, n° 13/06268.

¹⁵⁸⁵ TGI, Paris, 30 oct. 2018, n° 13/03227.

¹⁵⁸⁶ TI, Grenoble, 28 juin 2012, n° 11-09-000872.

¹⁵⁸⁷ TI, Lorient, 19 mai 2011, n° 11-11-000266.

¹⁵⁸⁸ CA, Bordeaux, 24 juin 2019, n° 16/07291.

¹⁵⁸⁹ CA, Paris, 7 nov. 2016, n° 15/10249.

¹⁵⁹⁰ CA Paris, 13 janvier 2016, n° 13/11338.

¹⁵⁹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2003, n° 00-19.751 ; Cass. com. 26 nov. 1973, Bull. civ., n° 340 ; Cass. req., 17 mai 1938, D.H. 1938, p. 419.

peut être invoquée « *si le cocontractant n'a lui-même pas satisfait à une obligation contractuelle, même découlant d'une convention distincte, dès lors que l'exécution de cette dernière est liée à celle de la première* »¹⁵⁹². Il convient dans ce cas de démontrer l'interdépendance du contrat contenant l'obligation contractuelle inexécutée avec le contrat faisant l'objet de la suspension. Il s'agit donc plus d'une nuance de la jurisprudence antérieure que d'un véritable revirement de jurisprudence. De ce fait, certains contractants prévoient dans leur contrat des clauses permettant d'étendre l'exception d'inexécution fondée sur l'inexécution d'un contrat à un ou plusieurs autres contrats distincts. En effet, comme le souligne le Professeur STORCK « *Bien qu'étant nées de contrats différents entre les mêmes parties, des obligations peuvent être interdépendantes si les parties l'ont convenu* »¹⁵⁹³. La jurisprudence semble sur la validité de ces clauses plutôt accueillante même dans le cadre de décisions antérieures à cet arrêt de 2005¹⁵⁹⁴. Dans une décision du 30 septembre 2008 rendue par l'ancien Tribunal de grande instance¹⁵⁹⁵, il était stipulé une clause selon laquelle « *En cas de non paiement par l'abonné des sommes dues, S se réserve le droit de restreindre la ligne de l'abonné et le cas échéant, en l'absence de contestation sérieuse dûment motivée, les autres lignes dont celui-ci pourrait être titulaire, à la réception d'appels dans les conditions décrites au § II.1 sans préjudice de son droit à suspendre les services selon les modalités précisées ci-dessous.* ». Le Tribunal constate que cette clause établit un lien d'interdépendance entre plusieurs abonnements les uns avec les autres de sorte que le défaut de paiement de l'un des contrats permet d'entraîner la suspension ou restriction des prestations d'un autre abonnement. Cette faculté de suspendre un abonnement en raison du non-paiement d'un autre abonnement souscrit ne constitue pas une clause abusive. Aussi, la Cour d'appel de Paris, le 25 février 1998¹⁵⁹⁶, a considéré que la clause prévoyant « *la suspension de l'exécution d'une obligation en raison du non paiement par le cocontractant du solde d'un contrat précédent, ayant de plus pour objet la même nature de prestation* » ne constituait pas un « *abus de puissance économique* » ni un « *caractère abusif* ». Dans le même sens, l'ancien Tribunal de grande instance de Nanterre¹⁵⁹⁷ a estimé que la clause permettant « *de suspendre l'abonnement lorsqu'il apparaît que le consommateur est débiteur à son égard au titre d'autres abonnements* » ne crée pas de déséquilibre significatif.

Sur le fondement du droit commercial. Dans une autre affaire, la Cour d'appel de Paris¹⁵⁹⁸ constate qu'une clause octroyait la possibilité à un concédant de « *suspendre toute commande de nouveaux contrats de maintenance, en cas de retards de paiement des factures de maintenance* » et de « *suspendre également la maintenance des contrats en cours jusqu'à régularisation des factures impayées* ». Le Tribunal a considéré que cette clause ne créait pas un déséquilibre significatif car plusieurs contreparties étaient accordées au concessionnaire ; ce dernier n'était pas tenu par une clause d'exclusivité territoriale, ni par une clause de non concurrence post-contractuelle.

¹⁵⁹² Cass. com. 12 juill. 2005, n° 03-12.507 ; RTD civ. 2006. 307, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; JCP 2005, I., 194, n° 19, obs. A. CONSTANTIN ; Defrénois 2006. 610, obs. R. LIBCHABER.

¹⁵⁹³ M. STORCK, JCl Civil Code, Art. 1219 et 1220 – fasc. unique Contrat-Inexécution du contrat-Exception d'inexécution, 4 mai 2017 (mis à jour le 1^{er} septembre 2020), n°46.

¹⁵⁹⁴ V. toutefois : CCA, recommandation, 7 déc. 2017, n° 17-02 : « *Considérant qu'un contrat de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande contient une clause selon laquelle le professionnel peut étendre les sanctions prévues (résiliation, suspension) contre un non-professionnel ou un consommateur à l'ensemble des comptes qu'il détient auprès du professionnel ; qu'elle a pour conséquence la généralisation de la sanction à des comptes indépendants de celui au titre duquel cette sanction a été prononcée ; que cette clause entraîne un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du non-professionnel ou du consommateur* ».

¹⁵⁹⁵ TGI Paris, 1^{ère} ch. sect. soc., 30 sept. 2008, n° 06/17792.

¹⁵⁹⁶ CA, Paris, 5^e ch. A, 25 févr. 1998, n° 96/00851.

¹⁵⁹⁷ TGI, Nanterre, 1^{ère} ch. sect. A, 3 mars 1999, n° 12/16697.

¹⁵⁹⁸ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 17 juin 2020, n° 18/23452.

E) Les clauses de suspension sans mise en demeure ou préavis

Sur le fondement du droit consommériste. Dans plusieurs affaires, la jurisprudence a exigé qu'une clause de suspension pour ne pas être jugée comme créant un déséquilibre significatif devait prévoir une formalité préalable à l'instar d'une mise en demeure, d'un délai de préavis ou *a minima* d'une information préalable¹⁵⁹⁹.

Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles le 15 septembre 2005¹⁶⁰⁰, une clause imposait aux abonnés d'un service de mettre à jour leurs données personnelles pour répondre aux prescriptions de la loi du 1^{er} août 2000. Ainsi, si cette mise à jour n'a pas été effectuée par les abonnés, la suspension du contrat d'abonnement pouvait être mise en œuvre. Le Tribunal considère que la suspension n'est pas précédée d'un avertissement donnant un délai pour mettre à jour les données personnelles et demandant à l'abonné de régulariser sa situation ce qui rend cette clause abusive. Dans un arrêt du 15 octobre 2010 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁶⁰¹, une clause de suspension pour tout défaut de paiement, sans préavis, ni formalités a été jugée abusive car l'absence de préavis et formalités ne permettait pas au consommateur de régulariser sa situation. Dans un jugement en date du 15 septembre 2009¹⁶⁰², une clause de suspension de services prévoyait une mise en demeure préalable suivie d'un délai de 8 jours mais ne prévoyait pas cette même mise en demeure en cas d'urgence. Le Tribunal a considéré que cette clause était abusive car il n'a pas été prévu l'envoi d'une mise en demeure avec accusé de réception en cas d'urgence et que cette suspension pouvait intervenir « *sans même que le client en soit avisé.* ». Dans un jugement rendu par l'ancien Tribunal de grande instance de Paris le 21 février 2006¹⁶⁰³, une clause de suspension d'un contrat en cas de violation grave ou renouvelée de ses conditions générales de vente a été jugée abusive car celle-ci ne prévoyait aucune « *mise en demeure préalable, ni même de préavis* » ce qui « *prive l'utilisateur de toute possibilité de contester la violation contractuelle alléguée par le fournisseur* ». Il n'est toutefois pas nécessaire en toute hypothèse de prévoir une mise en demeure préalable sous forme de lettre Recommandée avec accusé de réception (RAR). En l'espèce, une clause prévoyait que « *la suspension ou la limitation à la seule réception d'appels ne peut intervenir qu'après que S ait avisé l'abonné* » mais que l'exigence d'une « *mise en demeure par voie de lettre recommandée avec avis de réception n'apparaît pas adaptée dans certaines hypothèses, telle l'utilisation de mobile volé* »¹⁶⁰⁴. L'abonné ayant été avisé préalablement de la suspension sans que cela soit effectué au moyen d'une lettre RAR, la clause n'a pas été considérée comme créant un déséquilibre significatif. Dans le même sens et dans d'autres affaires, il a été jugé qu'une clause de suspension de plein droit sans préavis n'était pas abusive car une mise en demeure préalable était prévue¹⁶⁰⁵ et la clause de suspension en cas de défaut de paiement de sommes dues au professionnel n'était pas abusive car le consommateur était « *avisé, à*

¹⁵⁹⁹ V. aussi : CCA, recommandation, 28 mai 1999, Radiotéléphones portable (mobiles), n° 99-02 selon laquelle doit être éliminée la clause ayant pour objet ou effet de « *permettre la suspension sans préavis des services, en cas de manquement même mineur de l'abonné à l'une de ses obligations* » ; CCA, recommandation, 24 avr. 1997, Télésurveillance, n° 97-01 : « *Considérant que plusieurs contrats stipulent que les prestations du télésurveilleur pourront être suspendues pour des causes qui ne sont pas clairement définies et parfois même à sa seule initiative et sans information préalable du consommateur ; que de telles stipulations sont abusives en ce qu'elles déséquilibrent la relation contractuelle à l'avantage exclusif du professionnel* ».

¹⁶⁰⁰ CA Versailles, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 15 sept. 2005, n° 04/05564.

¹⁶⁰¹ CA, Paris, pôle 5, ch. 6, 15 oct. 2010, n° 07/21494.

¹⁶⁰² TGI, Paris, 4^{ème} ch., 1^{ère} sect., 15 sept. 2009, n° 07/12483 ; V. aussi la clause de suspension de services d'un professionnel sans que « *l'utilisateur n'en soit clairement informé* » (TGI, Paris, 1^{ère} ch., sect. soc., 21 févr. 2006, n° 04/02910).

¹⁶⁰³ TGI, Paris, 1^{ère} ch., sect. soc., 21 févr. 2006, n° 04/02910.

¹⁶⁰⁴ TGI Paris, 1^{ère} ch. sect. soc., 30 sept. 2008, n° 06/17792.

¹⁶⁰⁵ J. prox., Mantes-la-jolie, 14 janv. 2008, n° 91-07-000219.

défaut de paiement, des conséquences clairement déterminées »¹⁶⁰⁶. Ainsi, on comprend que les clauses prévoyant que « "(...)Tout défaut de paiement ouvre la faculté (...) de suspendre les prestations sans préavis ni formalités" est abusive dès lors que les modalités de cette suspension sans préavis ni formalités ne permettent pas au consommateur de régulariser sa situation, créant ainsi un déséquilibre significatif à son détriment »¹⁶⁰⁷. Le préavis et la mise en demeure exigés en droit consumériste sont destinés à accorder un délai de régularisation au consommateur ou non-professionnel.

Sur le fondement du droit commercial. En revanche, s'agissant de l'ancien article L. 442-6-1-2° du Code de commerce, les juges ne semblent pas aussi sensibles à l'absence de préavis comme élément permettant d'induire le caractère abusif de la clause de suspension. A titre d'illustration, une clause qui stipulait qu'en cas « de défaut de paiement à l'échéance contractuelle, Ecritel se réserve le droit d'interrompre sans préavis tout ou partie du Service dans l'attente d'une solution amiable à ce litige. » n'a pas donné lieu au constat d'un déséquilibre significatif. Selon le Tribunal de commerce de Paris, cette clause faisait partie de « clauses classiques qui respectent les exigences légales »¹⁶⁰⁸. Dans une autre espèce, une clause permettait à une société exploitant une plateforme de vente en ligne avec référencement de vendeurs tiers de résilier ou de suspendre le contrat¹⁶⁰⁹. Cette clause a été jugée comme créant un déséquilibre significatif sur le fondement de l'ancien article L. 442-6-1-2° du code de commerce. Toutefois, à bien lire la motivation de cette décision, il ne semble pas que ce soit l'absence de préavis qui ait justifié cette dernière. Après avoir jugé qu'une clause créait un déséquilibre significatif, le tribunal énonce qu' « Il en va de même de la clause qui permet à la société exploitant la plateforme de résilier ou de suspendre le contrat à tout moment sans préavis et pour tout motif et de la clause permettant la suspension du compte du vendeur tiers en fonction de l'indice de performance, puisque les facteurs de performance ne sont pas clairement définis, évoluent de façon discrétionnaire et que la durée de la suspension est indéterminée ». Le tribunal pour motiver sa décision se focalise donc essentiellement sur le caractère discrétionnaire de la clause de suspension, il ne relève à aucun moment l'absence de préavis comme un élément motivant également sa décision. Partant, à rebours du droit consumériste, le droit commercial ne semble pas exiger le respect d'un préavis ou d'une mise en demeure préalable.

Quid de l'article 1171 du Code civil ? Un grand nombre de ces clauses, clauses de suspension arbitraire ou discrétionnaire, clauses de suspension en raison de motifs illégitimes, clauses de suspension non réciproque ou asymétrique ou encore clauses de suspension « *par contagion* » à l'égard d'autres contrats, pourraient être jugées de la même façon sur le fondement de l'article 1171 du Code civil. En revanche, il devrait en aller autrement de la clause de suspension ne prévoyant aucune mise en demeure ou préavis préalable. L'article 1171 du Code civil devrait davantage se rapprocher de l'article L. 442-1 du code de commerce en n'exigeant pas le respect d'un préavis ou d'une mise en demeure préalable. En effet, la jurisprudence admet qu'aucune mise en demeure n'est requise préalablement à la mise en œuvre de l'exception d'inexécution¹⁶¹⁰ ce que confirme l'article 1219 du Code civil. On ne voit donc pas pour quelle raison une clause de suspension qui serait mise en œuvre sans

¹⁶⁰⁶ TI, Vanves, 28 déc. 2005, n° 11-05-000354. V. aussi : TI, Lorient, 19 mai 2011, n° 11-11-000266.

¹⁶⁰⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 23 janv. 2013, n° 10-21.177.

¹⁶⁰⁸ T. com. Paris, 17^{ème} ch., 7 juin 2016 <https://www.legalis.net/jurisprudences/tribunal-de-commerce-de-paris-17eme-ch-jugement-du-7-juin-2016/>.

¹⁶⁰⁹ T. com., Paris, 1^{ère} ch., 2 sept. 2019, n° 2017050625.

¹⁶¹⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 27 oct. 2016, n° 15-16.903 ; Cass. 1^{ère} civ., 4 févr. 1992, n° 90-12.242 ; Cass. com., 28 avr. 1982 ; JCP G 1982, IV, p. 240 ; Cass. com., 26 mai 1981, Bull. civ. IV, n° 248 ; Cass. com., 10 déc. 1979, Bull. civ. IV, n° 327 ; Cass. com. 27 janv. 1970 : JCP 1970. II. 16554, note A. Huet.

préavis ou mise en demeure serait *per se* de nature à créer un déséquilibre significatif au sens de l'article 1171 du Code civil. Les juges se rapprocheront probablement des décisions rendues sur le fondement de l'article L. 442-1 du code de commerce. Il reste toutefois que pourrait créer un tel déséquilibre significatif la clause de suspension qui imposerait le respect d'un préavis ou d'une mise en demeure à l'égard d'un seul des contractants. Dans ce cas, une telle clause pourrait être contestée en ce qu'elle prévoit un droit de suspension asymétrique, les modalités de suspension étant alourdies s'agissant d'une des parties au contrat. Toutefois, à notre connaissance, il n'y a pour l'heure pas encore de jurisprudence rendue sur ces clauses au visa de l'article 1171 du Code civil.

IV. Les clauses facilitant l'action en réduction du prix

Sur le fondement du droit consommériste. Plusieurs décisions de justice ont été rendues s'agissant de clauses assouplissant l'action en réduction du prix sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance du 10 février 2016, lesquelles peuvent être mobilisées par analogie au regard de l'article 1223 du Code civil¹⁶¹¹. Dans un arrêt du 12 juin 2019 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁶¹², il était stipulé différents taux d'escompte bancaire visant à réduire le montant de factures. Or, la Cour d'appel a considéré que « *la réduction consécutive de la facture du cocontractant sans contrepartie et sans qu'un rééquilibrage ne soit opéré par d'autres clauses du contrat caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.* ». On peut également citer un arrêt en date du 16 mai 2018 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁶¹³ estimant que « *le fait d'imposer des réductions de prix, unilatéralement ou par l'usage de menaces ou de moyens de rétorsion, non convenues dans la convention cadre annuelle, sans aucune contrepartie, bouleverse nécessairement de manière significative l'équilibre des droits et obligations des parties.* ». Aussi, la Cour constate qu'un groupement coopératif de commerçants indépendants exploitant des magasins, la société Système U, avait imposé unilatéralement une réduction du prix non consentie par son fournisseur (la société Bonduelle Conserve International) via l'application de codes promotionnels de 5% sur deux produits. La Cour a considéré que la preuve du déséquilibre significatif était rapportée et que « *la réduction de prix sur deux des références de la société Bonduelle Conserve International sans aucune contrepartie constitue un abus manifeste de la part de la société Système U à l'égard de son fournisseur et a déséquilibré significativement les droits et obligations des parties.* ». La mise en œuvre d'une réduction unilatérale du prix est donc de nature à créer un déséquilibre significatif dès lors qu'aucune contrepartie n'est prévue en faveur de la partie subissant cette sanction. Aujourd'hui, la réduction du prix est consacrée au niveau légal à l'article 1223 du Code civil et il semble que cette jurisprudence a vocation à perdurer dès lors qu'une clause visera à faciliter les modalités de la réduction du prix en faveur d'une partie sans contrepartie pour l'autre partie. Cette contrepartie pouvant consister en l'octroi de tout avantage (par exemple, l'octroi d'un prix initial inférieur au prix du marché) ou plus simplement en « *bilatéralisant* » cette clause de réduction du prix.

Sur le fondement du droit commercial. Le droit commercial s'inscrit sur la même ligne que le droit consommériste sur ce point. Comme pour le droit consommériste, si des contreparties sont établies, la clause devrait être jugée valable. En ce sens, le Tribunal de commerce a rendu

¹⁶¹¹ V. F.-L. SIMON, « *Panorama de jurisprudence sur les clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en vue de l'application de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce (2016-2017)* », LPA, 20 févr. 2018, n° 37, p. 3.

¹⁶¹² CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 12 juin 2019, n° 18/20323.

¹⁶¹³ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 16 mai 2018, n° 17/11187.

un jugement en date du 28 mai 2018¹⁶¹⁴ dans lequel il considère qu'une clause de réduction de prix de 5% ne créait pas un déséquilibre significatif. Ainsi, l'acheteur ne pouvait soutenir que « *la clause du contrat de fourniture qui prévoit une réduction des prix de vente de 5 pour-cent en contrepartie du plan marketing mis en place par l'acheteur constitue un avantage sans contrepartie.* ». En effet, selon le tribunal, l'acheteur rapportait la preuve de la réalité de cet accompagnement marketing par de nombreux exemples. La jurisprudence exige donc l'existence d'une « *contrepartie* » pour chaque réduction du prix appliquée à l'égard d'un contractant.

Quid de l'article 1171 du Code civil ? A notre connaissance, il n'y a pour l'heure pas encore de jurisprudence rendue sur ces clauses au visa de l'article 1171 du Code civil. Néanmoins, sur le fondement de l'article 1171, l'exigence d'une contrepartie à la faculté de réduire le prix pourrait perdurer. A la différence qu'aujourd'hui la réduction du prix est désormais érigée en tant que sanction de droit commun à l'article 1223 du Code civil. Ce n'est donc pas l'existence d'un droit de réduire le prix qui pourrait justifier une contrepartie mais un assouplissement de la faculté de réduction du prix de l'article 1223 prévoyant que celle-ci peut être obtenue en cas « *d'exécution imparfaite* » et dès lors qu'elle est réalisée « *de manière proportionnelle* » au prix. Il en résulte que l'application d'une réduction du prix (par exemple, de 5% du prix) proportionnée par rapport à l'inexécution subie ne devrait pas nécessiter par principe l'existence d'une contrepartie, cette réduction étant justifiée par l'exécution imparfaite du débiteur. En revanche, si la réduction devait être obtenue de manière disproportionnée par rapport à l'inexécution subie, les juges pourraient dans ce cas exiger que soit apportée une contrepartie. A défaut, cette clause serait de nature à créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

V. Les clauses facilitant l'action en exécution forcée, destruction et en remplacement

Sur le fondement du droit consommériste. L'article 1222 du Code civil prévoit que le créancier peut, après l'obtention d'une autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation d'une obligation. Antérieurement à l'entrée en vigueur de cet article, quelques décisions de justice ont été rendues s'agissant des anciens articles 1143 et 1144 du Code civil, lesquels imposaient une autorisation préalable du juge. L'ancien Tribunal de grande instance de Grenoble¹⁶¹⁵ avait statué sur une clause stipulée dans un contrat de bail d'habitation. Cette clause imposait l'entretien d'un jardin et d'espaces verts et, à défaut, le bailleur pouvait faire procéder à cet entretien par une entreprise aux frais exclusifs du locataire. Le Tribunal a considéré que cette clause est contraire à l'ancien article 1144 du Code civil car elle permet au bailleur de faire exécuter sans autorisation en justice et unilatéralement des travaux incombant au locataire « *en l'absence de tout contrôle judiciaire* ». Dans une autre décision, l'ancien Tribunal de grande instance de Grenoble¹⁶¹⁶ a estimé qu'est abusive la clause prévoyant le remboursement par le locataire défaillant du coût d'installation des plaques nominatives sur une boîte aux lettres et une porte palière. En effet, l'ancien article 1144 du Code civil imposait au créancier d'une obligation inexécutée d'être préalablement autorisé à faire exécuter lui-même cette obligation aux dépens du débiteur. Il en résulte donc que le fait de stipuler une clause dispensant de l'autorisation préalable du juge pour obtenir le remplacement du débiteur

¹⁶¹⁴ T. com., Paris, 13^{ème} ch., 28 mai 2018, n° 2016065475.

¹⁶¹⁵ TGI, Grenoble, 4^{ème} ch. civ., 4 nov. 2013, n° 11/02833.

¹⁶¹⁶ TGI, Grenoble, 2 déc. 2002, n° 20010333.

est susceptible d'être abusive. On peut également penser que cette clause aurait pour conséquence de priver les parties de leur droit d'accès au juge. Néanmoins, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, la faculté de remplacement ne doit désormais plus faire l'objet d'une autorisation judiciaire préalable en vertu de l'actuel article 1222 du Code civil. Il reste que cette exigence reste requise pour la faculté de détruire ce qui a été fait en violation d'une obligation. Par conséquent, les jurisprudences précitées peuvent être appliquées *mutatis mutandis* à la faculté de destruction, il y aurait même, compte tenu du caractère potentiellement irréversible de cette sanction, d'autant plus de raison de considérer une clause écartant l'autorisation judiciaire préalable comme créant un déséquilibre significatif. Par ailleurs, l'article 1222 du Code civil exige pour la faculté de destruction et de remplacement le respect d'un délai et d'un coût raisonnable. Ainsi, la stipulation d'une clause imposant un délai de destruction ou de remplacement excessivement court et/ou un coût de remplacement ou de destruction excessivement élevé pourrait créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. En effet, en ce sens, on peut se référer sur ces points aux clauses pénales, de résiliation ou de suspension imposant de tels délais et/ou coûts.

Par ailleurs, il est possible d'envisager une clause visant à assouplir l'exécution forcée en nature en évinçant une des restrictions prévues à l'article 1221 du Code civil. Si l'éviction du caractère « impossible » de l'exécution forcée n'aurait pas de sens en termes juridiques et pratiques¹⁶¹⁷ (à l'impossible nul n'est tenu), celle de l'existence d'une « disproportion manifeste » entre le « coût pour le débiteur de bonne foi » de la mesure d'exécution forcée « et son intérêt pour le créancier » peut être envisagée. Il est probable que si cette clause est stipulée, de manière unilatérale, sans que cette exclusion soit applicable à l'autre contractant, qu'elle soit de nature à créer un déséquilibre significatif. De même, il n'est pas certain que, même réciproque, l'impossibilité pour les parties de contester la mise en œuvre d'une telle mesure d'exécution forcée ne crée pas un déséquilibre significatif. En effet, compte tenu de l'intensité et de l'importance de la « disproportion manifeste » visée par l'article 1221 du Code civil, l'abus de droit inféré pourrait créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

Quid de l'article 1171 du Code civil ? Le raisonnement tenu s'agissant de ces clauses facilitant l'action en exécution forcée, en destruction et en remplacement est transposable à l'article 1171. Toutefois, à notre connaissance, il n'y a pour l'heure pas encore de jurisprudence rendue sur ces clauses au visa de l'article 1171 du Code civil.

Paragraphe III : Les clauses de freinage des sanctions contractuelles

A présent, nous analyserons, parmi ces clauses de freinage, la validité des clauses restreignant l'action résolutoire (I.), celle des clauses limitatives de responsabilité restreignant l'action en dommages-intérêts (II.), celle des clauses restreignant l'exception d'inexécution (III.), celle des clauses restreignant l'action en réduction du prix (IV.) et celle des clauses restreignant l'action en exécution forcée, en remplacement et en destruction (V.).

¹⁶¹⁷ V. toutefois : CCA, recommandation, 30 sept. 2020, Contrats de location de transports individuels en libre-service, n° 20-01 « Une clause d'un contrat de location de moyens de transport en libre-service prévoit qu'à défaut de restitution de l'ensemble des accessoires et documents fournis avec le véhicule, le consommateur sera redevable de la facturation horaire du véhicule jusqu'à leur restitution ou la production d'une déclaration officielle de perte auprès du professionnel. (...) De plus, cette clause, qui ne prévoit pas l'hypothèse du vol ou de la destruction, aboutit à contraindre le consommateur à exécuter en nature une obligation impossible en méconnaissance des dispositions de l'article 1221 du code civil. ».

I. Les clauses restreignant l'action résolutoire

Parmi ces clauses nous examinerons les clauses de résiliation restreignant les motifs de résiliation (A.) et celles imposant une indemnité de résiliation (B.).

A) Les clauses de résiliation restreignant les motifs de résiliation

Sur le fondement du droit consommériste. Une série de décisions démontrent la nécessité que les clauses prévoyant des restrictions à l'action en résiliation ne soient pas limitatives de manière excessive et permettent aux parties de se prévaloir de l'action en résiliation en cas de motif légitime.

Dans un arrêt du 26 novembre 2018 rendu par la Cour d'appel de Colmar¹⁶¹⁸, une clause concernant un élève inscrit à une école stipulait que « *toute inscription entraîne obligation du règlement de la totalité des frais de scolarité du cycle* » et qu'il n'en sera autrement « *qu'en cas de force majeure ou de circonstances exceptionnelles et graves, soumises à l'approbation de la direction* ». La Cour d'appel a relevé que la recommandation n° 91-01¹⁶¹⁹ préconise de prohiber les clauses empêchant la résiliation du contrat à la demande du professionnel en cas de motif sérieux et légitime de résiliation. De ce fait, la Cour a considéré que la clause litigieuse créait un déséquilibre significatif au détriment de l'étudiant car ce dernier ne pouvait « *résilier le contrat qu'en cas de force majeure et de circonstances exceptionnelles et graves, cette notion étant plus restrictive que celle de motif légitime et sérieux voire même impérieux* ». En effet, l'étudiant était contraint de régler l'intégralité du prix durant cinq années de formation à moins de démontrer des « *cas de force majeure et de circonstances exceptionnelles et graves* ». En revanche, le fait de ne pas mentionner parmi les motifs légitimes de résiliation la perte ou le vol d'un téléphone mobile ne constituait pas une clause abusive dès lors que ces événements n'empêchaient pas « *la poursuite du contrat de service moyennant l'acquisition d'un nouveau téléphone* », ne constituait pas un cas de force majeure et que la clause litigieuse « *énumère de manière limitative les motifs légitimes pour lesquelles l'abonné peut résilier son contrat* »¹⁶²⁰.

Plus précisément, les juges considèrent que ne sont pas valables les clauses limitant de manière excessive les motifs légitimes pouvant être invoqués. Ainsi, l'ancien Tribunal de grande instance de Nanterre¹⁶²¹ a pu juger que la clause qui « *énumère limitativement les cas de résiliation pour motif légitime, ne répond pas à la possibilité de l'abonné de résilier son contrat à tout moment pour un motif légitime qui doit s'apprécier in concreto* » et crée donc un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Il a pu être jugé qu'était trop limitative la clause autorisant la résiliation en cas de demande d'indemnité à l'assureur pour une mutation professionnelle « *seule raison professionnelle envisagée avec le licenciement économique, soit d'au minimum six mois consécutifs* »¹⁶²². Alors que la recommandation n° 87-03¹⁶²³ préconisait de permettre au client de pouvoir résilier le contrat « *pour des raisons de santé ou professionnelles* ». De surcroît, même en cas de résiliation « *justifiée* », il était prévu que les sommes versées seraient conservées par le centre sportif. C'est pourquoi le Tribunal a estimé que « *dans de très nombreux cas la résiliation sera soit*

¹⁶¹⁸ CA, Colmar, 3^{ème} ch. civ., 26 nov. 2018, n° 17/04286.

¹⁶¹⁹ CCA, recommandation n° 91-01, établissements d'enseignement, 7 juill. 1989.

¹⁶²⁰ CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 30 mars 2018, n° 15/08688.

¹⁶²¹ TGI, Nanterre, ch. 1, sect. A, 10 sept. 2003, n° JurisData : 2003-221400.

¹⁶²² TGI, Quimper, 24 avr. 2001, n° 00565.

¹⁶²³ CCA, recommandation n° 87-03, clubs de sport à caractère lucratif, 26 juin. 1987.

carrément impossible, soit restera pour le client un concept abstrait puisqu'il n'y aura pas de restitution financière à son profit. » et qu'il en découle un déséquilibre significatif au détriment du client. La Cour d'appel de Chambéry le 11 avril 2013¹⁶²⁴ a jugé qu'était « assez restrictive du côté du consommateur » la clause de résiliation stipulée dans un contrat de courtage matrimonial limitant le droit de résiliation à trois motifs légitimes limitatifs de rupture. Alors que selon la Cour il aurait également pu être envisagé d'autres causes légitimes de résiliation dans le cadre de ce contrat à l'instar d'un « *déménagement, un Pacs, des difficultés personnelles diverses* ». De façon similaire, la Cour d'appel de Grenoble dans un arrêt rendu le 1^{er} juin 2004¹⁶²⁵ s'est penchée sur une clause limitant la faculté de résiliation d'un contrat aux seuls cas de non mise à disposition dans un délai convenu d'un véhicule du modèle et de l'année spécifiée ou ne comprenant pas les caractéristiques jugées essentielles par le client. En effet, la résiliation n'était possible que si « *le vendeur ne peut mettre à la disposition du client dans le délai convenu un véhicule du modèle et de l'année-modèle spécifiés lors de la commande* » ou si « *le véhicule livré ne comprend pas les caractéristiques que le client a jugé essentielles et auxquelles il a subordonné son engagement.* ». Il en résulte que cette clause était abusive dans la mesure où « *d'autres circonstances* » auraient pu justifier de manière légitime que ce contrat fasse l'objet d'une action en résiliation. Il en va de même d'une clause de résiliation limitant « *la possibilité laissée au consommateur de résilier sa commande aux seules modifications des caractéristiques techniques ou matérielles du véhicule* »¹⁶²⁶. Puis, a pu être jugée abusive la clause ne permettant pas à un élève d'une auto-école de résilier le contrat en cas d'inexécution par cette dernière de ses obligations¹⁶²⁷ ou la clause réservant uniquement l'hypothèse d'une résiliation pour inexécution¹⁶²⁸. Même le fait de réserver la possibilité de résilier un contrat, d'une part, en cas d'inexécution et, d'autre part, pour certains motifs légitimes limitatifs (« *limités au surendettement, chômage, hospitalisation d'urgence, changement de domicile à l'étranger imposé par l'employeur* ») a pu être jugé abusif¹⁶²⁹.

La jurisprudence souligne également que le fait de limiter à de certaines hypothèses restrictives la faculté de résiliation est abusif en ce que cela induit un pouvoir discrétionnaire pour le professionnel de se faire juge du caractère fondé et légitime de la cause de résiliation du contrat¹⁶³⁰. Aussi, la jurisprudence condamne les clauses limitant le droit de résiliation à certaines hypothèses limitativement prévues pour le consommateur alors que réciproquement le professionnel bénéficie de conditions de résiliation plus souples¹⁶³¹. Enfin, il convient de

¹⁶²⁴ CA, Chambéry, 2^{ème} ch., 11 avr. 2013, n° 12/00560.

¹⁶²⁵ CA, Grenoble, 1^{ère} ch. civ., 1^{er} juin 2004, n° 02/01499.

¹⁶²⁶ CA, Grenoble, 1^{ère} ch. civ., 7 nov. 2005, n° 03/02668.

¹⁶²⁷ CA, Grenoble, 1^{ère} ch. civ., 19 mars 2013, n° 11/01733.

¹⁶²⁸ Il en va ainsi de la clause limitant la résiliation d'un contrat de prêt « *au seul cas de défaillance (...) dans la mesure où cette stipulation prive le consommateur de certains des droits que lui confèrent le minimum légal fixé par la loi et le modèle type* » (TI, Roubaix, 22 janv. 2004, n° 11-03-001608).

¹⁶²⁹ TGI, Nanterre, 3 mars 2006, n° 04/03016.

¹⁶³⁰ Pour un contrat de halte-garderie contenant des conditions restrictives de résiliation ne mettant pas en mesure le consommateur « *d'apprécier le bien-fondé de la décision de la direction de l'établissement* » (CA, Paris, pôle 4, ch. 9, 5 déc. 2013, n° 12/03408) ; pour un contrat énonçant de manière limitative les seuls cas de résiliation pour motif légitime « *le professionnel ne pouvant se faire juge du caractère légitime du motif invoqué* » (CA, Versailles, ch. 14, 4 févr. 2004, n° 03/07368, 03/08320).

¹⁶³¹ Pour une clause stipulée dans un contrat de courtage matrimonial restreignant la faculté de résiliation à trois causes limitatives pour l'adhérent « *uniquement pour maladie grave, hospitalisation et mariage hors contrat* » alors que le professionnel peut restituer ses honoraires « *pour motif légitime* » (CA, Pau, 1^{ère} ch., 29 janv. 2015, n° 13/03858) ; pour une clause permettant au professionnel de résilier « *pour tout manquement du client à ses obligations alors que ce dernier n'a de faculté de résiliation que dans deux hypothèses limitativement prévues (retard de livraison de plus de 7 jours non consécutif à un cas de force majeure ou impossibilité pour le vendeur de livrer un véhicule conforme à la commande).* » (TGI, Grenoble, 4^{ème} ch. civ., 26 mai 2008, n° 05/03119).

relever le cas particulier de la clause éladant le droit de résiliation uniquement en cas d'augmentation du prix d'une prestation, rendant ainsi celle-ci abusive¹⁶³².

Quid de l'article 1171 du Code civil ? Il ressort ainsi que si les parties restreignent de manière excessive la possibilité de se prévaloir de l'action en résiliation (notamment en écartant cette action en cas de motifs légitimes) cela est susceptible de créer un déséquilibre significatif. Il est probable que la jurisprudence qui sera rendue sur le fondement de l'article 1171 sera assez similaire à celle rendue sur le fondement du droit consommériste même si à notre connaissance, il n'y a pour l'heure pas encore de jurisprudence rendue sur ces clauses au visa de l'article 1171 du Code civil.

B) Les clauses imposant une indemnité de résiliation

A titre liminaire, il convient de distinguer les clauses imposant une indemnité de résiliation et celles imposant une pénalité de résiliation. Les premières relèvent d'indemnités imposées en dehors de tout manquement, correspondant bien souvent aux frais ou dépenses subi(e)s du fait de la rupture anticipée du contrat, alors que les secondes sont imposées en raison de manquements contractuels commis. Elles relèvent donc de la qualification de clause pénale et visent donc à faciliter l'action en dommages-intérêts, c'est pourquoi celles-ci ont été abordées précédemment concernant les clauses pénales susceptibles de créer un déséquilibre significatif. A titre d'exemple, on peut citer une décision rendue par la Cour de cassation illustrant cette dichotomie entre les indemnités de résiliation et les pénalités de résiliation : *« qu'ayant retenu que les sommes réclamées par la société SCT au titre d'indemnités liées à la résiliation anticipée des contrats de téléphonie fixe étaient destinées à réparer le fait que le contrat avait disparu de façon anticipée, quel qu'en soit le motif, et relevé qu'elles n'étaient pas stipulées comme sanction des manquements du client dans le cadre de l'exécution du contrat, la cour d'appel a pu en déduire que la clause ne pouvait s'analyser en une clause pénale, susceptible de modération par le juge »*¹⁶³³.

Sur le fondement du droit consommériste. Ainsi, la jurisprudence invalide certaines indemnités de résiliation restreignant de manière excessive l'action résolutoire¹⁶³⁴. Dans un

¹⁶³² Pour une clause abusive dans une première affaire *« dès lors que cette limitation du droit de résiliation de la commande en cas d'augmentation de prix donne au professionnel un avantage injustifié. »* ou encore dans une seconde affaire *« en ce qu'elle limite le droit de résiliation de la commande ouvert au consommateur en cas d'augmentation de prix du véhicule. »* (CA, Grenoble, 1^{ère} ch. civ., 7 nov. 2005, n° 03/02668) ; pour une clause abusive limitant *« la faculté de résiliation en cas de majoration de prix en excluant les cas où celle-ci serait fondée sur une intervention des pouvoirs publics »* (CA, Grenoble, 1^{ère} ch. civ., 16 mars 2004, n° 01/03912) ; pour une clause abusive *« dès lors qu'elle limite le droit qu'a le consommateur de résilier la commande en cas d'augmentation de prix. »* (CA, Grenoble, 1^{ère} ch. civ., 10 févr. 2004, n° 02/00966).

¹⁶³³ Cass. com., 24 mai 2017, n° 15-18.484.

¹⁶³⁴ V. aussi : CCA, recommandation, 22 févr. 2001, Durée des contrats conclus entre professionnels et consommateurs, n° 01-02 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet *« de subordonner, en cas de force majeure ou d'inexécution par le professionnel de ses obligations, la résiliation du contrat par le consommateur au paiement d'une indemnité contractuelle au profit du professionnel »* ; CCA, recommandation, 28 mai 1999, n° 99-02 selon laquelle devraient être éliminées les clauses ayant pour objet ou effet de *« prévoir des frais de résiliation à la charge du consommateur même sans faute de sa part »* ; CCA, recommandation, 18 sept. 1999, Maintenance de certains équipements d'immeubles, n°97-02, selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet *« de stipuler en cas de résiliation anticipée du contrat une indemnité à la charge du consommateur, alors même que la résiliation ne lui serait pas imputable »* ; CCA, recommandation, 14 juin 1996, Location de véhicules automobiles, n° 96-02, selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet de *« Stipuler en cas de résiliation anticipée du contrat à longue durée par le*

arrêt du 29 octobre 2002 rendu par la Cour de cassation¹⁶³⁵, une clause pénale était stipulée dans le cadre d'un contrat d'abonnement de télésurveillance destiné à surveiller les locaux d'habitation d'un client moyennant le versement de redevances au prestataire en sécurité pour une durée d'un an. Le contrat d'abonnement prévoyait qu'en cas de résiliation anticipée du contrat « *ce pour quelque motif que ce soit, le solde des mensualités de la période contractuelle en cours, majoré de 15 %, deviendra immédiatement et de plein droit exigible à titre d'indemnité contractuelle de résiliation anticipée et pour compensation du préjudice en résultant* ». Parallèlement, un contrat de vente du matériel de détection et de télésurveillance a été conclu entre le prestataire et le client pour un montant de 29 215,92 francs. En raison de la signature par le client d'un contrat d'abonnement de télésurveillance, ce montant a été ramené à 11 686,40 francs en lieu et place de 29 215,92 francs. La Cour de cassation considère que la remise concédée par le prestataire de 17 565,52 francs sur le matériel vendu constitue la contrepartie du contrat d'abonnement de télésurveillance. Elle relève que les modalités de résiliation du contrat d'abonnement créaient un déséquilibre significatif au sens de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation. En effet, la clause précitée imposait au client en cas de résiliation de l'abonnement « *de renoncer au bénéfice d'une telle remise, représentant 60% du prix de vente du matériel* » ; il en résulte qu'une telle clause faisait « *peser sur l'exercice de cette faculté de résiliation une contrainte excessive* ». Partant, cette indemnité de résiliation revenait à restreindre excessivement le droit du client de résilier le contrat d'abonnement.

Dans un arrêt du 9 décembre 2019 rendu par la Cour d'appel de Colmar¹⁶³⁶, il a été jugé qu'une clause d'indemnité de résiliation stipulée dans un contrat de location « *ne crée pas un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, en ce que le montant des loyers trimestriels a été déterminé en fonction du capital investi par la Sas G. Location (le bailleur), qui a acquitté auprès du fournisseur une facture de 7392,37 € le 18 janvier 2013 pour le prix du matériel loué, en fonction également des intérêts courant sur toute la durée du bail et de la marge commerciale de l'opérateur financier* ». Ainsi, la résiliation anticipée du contrat avait induit « *une perte financière pour le bailleur, du fait du locataire, compensée par l'indemnité de résiliation égale à la somme des loyers restant à courir jusqu'à la fin initiale de la location* ». De surcroît, le locataire a continué à conserver et donc à bénéficier du matériel loué, ce qui a privé le bailleur de la possibilité de revendre ou de louer à un autre locataire ledit matériel pour « *amortir sa perte* ». Dans le même sens, s'agissant d'un contrat d'abonnement de télésurveillance et de location du matériel du site à télésurveiller d'une durée de 48 mois, il a été jugé que l'indemnité de résiliation en cas de résiliation anticipée stipulée « *n'entraînent aucun déséquilibre significatif (...) et aucun avantage excessif (...) dans la mesure où le matériel choisi par le client a nécessité de la part du prestataire un investissement dont l'amortissement exige un délai* »¹⁶³⁷ (sur le fondement de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation).

Dans un autre arrêt du 26 novembre 2020 rendu par la Cour d'appel de Colmar¹⁶³⁸, il a été stipulé concernant un contrat d'architecte qu'en « *cas de résiliation partielle ou totale du contrat, le maître d'œuvre aura droit à une indemnité fixée forfaitairement à 20 % de la partie des honoraires qui lui auraient été versés si sa mission n'avait pas été interrompue, et ce, sans préjudice des dommages-intérêts complémentaires qui pourraient être réclamés* ». La Cour d'appel a considéré que cette clause prévoyant une indemnité de résiliation n'était pas

locataire le paiement de sommes équivalentes à la totalité des loyers restant à courir quelle que soit la date d'effet de cette résiliation ».

¹⁶³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 29 oct. 2002, n° 99-20.265.

¹⁶³⁶ CA, Colmar, 3^{ème} ch. civ., sect. A, 9 déc. 2019, n° 18/01713.

¹⁶³⁷ CA, Nîmes, 2^{ème} ch. com., sect. B, 24 mars 2011, n° 08/05262.

¹⁶³⁸ CA, Colmar, 2^{ème} ch. civ., 26 nov. 2020, n° 19/00789.

abusive sur le fondement des articles L. 212-1 et R. 212-2 du code de la consommation. En l'espèce, la clause litigieuse ne faisait que « *fixer à un montant raisonnable le préjudice de l'architecte en cas de résiliation du contrat à l'initiative du maître de l'ouvrage, consistant dans le manque à gagner de l'architecte.* ». Partant, cette clause « *n'apparaît pas disproportionnée et ne présente pas de caractère abusif.* ».

Sur le fondement du droit commercial. Dans un arrêt rendu le 21 novembre 2011 par la Cour d'appel de Bordeaux¹⁶³⁹, les juges ont invalidé une indemnité de résiliation stipulée dans un contrat de vente d'une semi-remorque. L'acheteur a annulé la vente d'une semi-remorque (celle-ci étant d'occasion car le vendeur n'a pas pu livrer la semi-remorque initiale dans les délais convenus). Le vendeur a considéré que cette résiliation l'a pénalisé et a réclamé conformément aux conditions générales de vente la réparation de son préjudice. Outre la réparation de dommages-intérêts à hauteur de 40% du montant de la commande, le vendeur sur le fondement de l'article 4.3 des conditions générales de vente invoquait la clause stipulant que « *en cas de résiliation, il nous sera dû à titre de dommages et intérêts une indemnité de 20 % (vingt pour cent) du prix de vente s'il s'agit d'un matériel de série, et de 40 % (quarante pour cent) s'il s'agit d'une fabrication spécifique* ». La Cour d'appel de Bordeaux a considéré que cette clause créait un déséquilibre significatif au sens de l'ancien article L. 442-6-I-2° du Code de commerce. En effet, selon la Cour « *appliquer une telle clause reviendrait sans contrepartie à priver l'acquéreur de toute possibilité de résiliation et à le contraindre à payer des dommages et intérêts à son vendeur, alors que celui-ci a manqué à l'une de ses obligations essentielles : livrer la chose commandée à la date convenue.* ». L'indemnité imposée à l'acheteur était d'un montant tel que la Cour d'appel a considéré qu'elle avait pour conséquence de priver l'acheteur « *de toute possibilité de résiliation* », puisqu'il était prévu un cumul d'indemnité au titre des dommages-intérêts dus (40% du montant de la commande) et du montant de l'indemnité de résiliation (20% pour un matériel en série ou 40% pour une fabrication spécifique). De plus, le vendeur réclamait une indemnité dont le montant était important alors qu'il avait lui-même manqué à l'une de ses obligations essentielles, soit livrer la semi-remorque dans les délais convenus.

En revanche, dans un certain nombre d'autres décisions, le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties n'a pas été retenu par les juges. Dans une décision en date du 31 mars 2021¹⁶⁴⁰, la Cour de cassation a relevé une clause prévoyant « *le paiement d'une compensation raisonnable* » en cas de résiliation unilatérale anticipée à la discrétion d'une société cliente. Celle-ci était bénéficiaire d'une prestation de service réalisée par un prestataire notamment dans l'objectif de renforcer et développer son portefeuille de brevets. La Cour Régulatrice en conclut « *qu'aucun déséquilibre dans les droits et obligations des parties ne résultait de la clause litigieuse* » au sens de l'ancien article L. 442-6-I-2° du Code de commerce.

Dans un jugement du 4 mai 2017 rendu par le Tribunal de commerce de Paris¹⁶⁴¹, deux clauses d'indemnité de résiliation distinctes ont été stipulées dans deux contrats de maintenance pour du matériel informatique et bureautique. La première clause stipulait qu'en cas de résiliation du contrat « *123043* » le client s'engagerait à « *payer une indemnité égale à quatre-vingt-quinze pour cent du montant global des redevances restant à courir jusqu'au terme du contrat (période initiale ou période renouvelée)* ». Dans la seconde clause du contrat « *120693* », il était prévu en cas de résiliation anticipée que « *le client sera redevable envers Netmakers d'une indemnité de résiliation égale à 95% de la facturation restant à courir pour la période, initiale ou renouvelée, de la durée du contrat, ce montant sera calculé sur la base*

¹⁶³⁹ CA Bordeaux, 21 nov., 2011, n° 10/02746.

¹⁶⁴⁰ Cass. com. éco. et fin., 31 mars 2021, n° 19-16.214.

¹⁶⁴¹ T. com., Paris, 4^{ème} ch., 4 mai 2017, n° 2015029174.

de la moyenne de facturation des douze mois précédents l'évènement générateur ou la lettre de résiliation du client envoyée en recommandé avec AR ». Le Tribunal a considéré que les indemnités de résiliation prévues dans ces contrats visaient à « compenser le préjudice financier subi » par le prestataire de maintenance du fait de la résiliation anticipée des contrats. En effet, l'indemnité de résiliation couvre « ni plus ni moins ce qu'aurait perçu NETMAKERS (le prestataire) si le contrat avait perduré jusqu'à son terme, certes » même s'il s'agit d'un paiement immédiat en lieu et place d'un paiement étalé dans le temps avec pour compenser cet effet, un abattement de 5%. Le Tribunal relève également que le client ne parvient pas à démontrer « le caractère manifestement excessif des indemnités de résiliation au regard de la valeur du service rendu ». Le Tribunal en conclut donc que ces clauses d'indemnité de résiliation ne créent pas de déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce, « même en l'absence de réciprocité quant aux conditions de résiliation de contrat ».

Dans un arrêt en date du 21 novembre 2019 rendu par la Cour d'appel de Grenoble¹⁶⁴², il a été considéré qu'une clause d'indemnité de résiliation stipulée dans un contrat de crédit-bail ne créait pas de déséquilibre significatif au sens de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce. En effet, la Cour a reconnu que cette indemnité de résiliation visait à compenser la perte des loyers subie par le crédit-bailleur et était la contrepartie du coût d'acquisition du matériel par ce dernier. Aussi, cette indemnité visait à compenser « le préjudice résultant de la gestion du contrat en phase contentieuse d'autant que l'intimé a conservé l'usage du matériel sans rien verser depuis plus de deux ans, ce qui a engendré une dépréciation importante de l'investissement. ».

Quid de l'article 1171 du Code civil ? Comme déjà mentionné *supra*, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Lyon¹⁶⁴³ a pu faire application de l'article 1171 à une indemnité de résiliation stipulée dans un contrat particulier, de location financière. En l'espèce, l'appelant soutenait que cette clause « qui ne bénéficie qu'au loueur et qui met à sa charge une somme égale à la totalité des loyers restant à courir jusqu'à la fin du contrat majorée d'une clause pénale de 10 %, crée un déséquilibre significatif à son détriment en ce qu'elle instaure une répartition inégale des risques, ainsi que des avantages sans contrepartie et une absence de réciprocité. » Après avoir écarté l'argument du caractère non réciproque de la clause résolutoire (car cette faculté était stipulée dans un contrat de location financière et se justifiait donc par « la nature des obligations auxquelles sont respectivement tenues les parties, l'exécution instantanée du contrat par le loueur écartant l'opportunité d'inclure une faculté de résiliation par le locataire », argument déjà affirmé par la Cour de cassation¹⁶⁴⁴), la Cour s'est penchée sur la clause pénale de 10% qui s'ajoute à la somme des mensualités à échoir. Elle estime que cette pénalité ne crée pas un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties car le bailleur justifie cette indemnité « par le fait qu'elle s'est acquittée auprès du fournisseur de la totalité du prix du matériel en mobilisant sur demande » du locataire « un capital ayant normalement vocation à s'amortir sur la durée contractuellement prévue entre les parties ». L'indemnité comprenant les mensualités à échoir et la pénalité de 10% était valable car, d'une part, son montant équivalait au montant du prix payé par le bailleur auprès du fournisseur et, d'autre part, ce montant était d'ores et déjà payé au fournisseur (car il s'agit d'un contrat de location financière). Partant, cette pénalité ne créait pas un déséquilibre significatif au sens de l'article 1171. S'il ne s'était pas agi d'un contrat de location financière, une telle clause d'indemnité de résiliation compte tenu de son caractère non réciproque et du

¹⁶⁴² CA, Grenoble, ch. com., 21 nov. 2019, n° 17/00741.

¹⁶⁴³ CA, Lyon, ch. A, 7 juill. 2022, n° 19/01741.

¹⁶⁴⁴ Cass. com. fin. et éco., 26 janv. 2022, n° 20-16.782.

fait qu'elle soit majorée par une clause pénale de 10% aurait pu créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

II. Les clauses limitatives de responsabilité restreignant l'action en dommages-intérêts

A titre liminaire, il convient d'écarter des clauses limitatives de responsabilité, les clauses relatives à la responsabilité, lesquelles ont pour objet de « limiter les hypothèses dans lesquelles la responsabilité du débiteur pourrait être engagée, notamment en fonction de l'origine du dommage subi par le cocontractant. »¹⁶⁴⁵ et ne font pas partie des clauses limitatives de responsabilité. En effet, comme le souligne la jurisprudence, ces clauses « ne vise(nt) pas à la limitation ou au plafonnement de l'indemnisation due (...) mais tend(ent) à limiter sa condamnation à sa part de responsabilité »¹⁶⁴⁶. Ainsi, ces dernières cantonnées à la seule responsabilité personnelle et éludant la responsabilité en raison des fautes commises par des tiers, de manière solidaire ou *in solidum*, ne créent pas de déséquilibre significatif entre les parties au sens de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation. Celles-ci ne relèvent donc pas de la qualification de clauses limitatives de responsabilité. Aussi, les clauses portant sur la prolongation des délais de livraison¹⁶⁴⁷ ou stipulant des délais indicatifs¹⁶⁴⁸ ne relèvent pas de la catégorie des clauses limitatives de responsabilité, mais davantage de celle de clauses limitatives d'obligations. Enfin, il en va de même des clauses limitatives de l'obligation de garantie¹⁶⁴⁹, de performance ou fonctionnement¹⁶⁵⁰ ou de prescription¹⁶⁵¹. En effet, les clauses limitatives de responsabilité sont ici uniquement les clauses relatives à la réparation en ce qu'elles « visent à plafonner l'indemnité pouvant être due par un contractant en cas d'inexécution du contrat de son fait à un montant donné

¹⁶⁴⁵ W. DROSS, « Clausier – dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne », LexisNexis Litec, 4^{ème} éd., p. 299.

¹⁶⁴⁶ CA, Rennes, 4^{ème} ch., 18 mars 2021, n° 18/07997 ; CA, Rennes, 4^{ème} ch., 7 mai 2020, n° 16/08701, CA, Rennes, 4^{ème} ch., 3 oct. 2019, n° 16/09689 ; CA, Aix-en-Provence, 3^{ème} ch. B, 23 juin 2016, n° 15/01462.

¹⁶⁴⁷ Selon la jurisprudence, il est possible de prolonger conventionnellement des délais de livraison de travaux de construction dès lors qu'il s'agit de causes relevant de la « force majeure » (CA, Fort-de-France, ch. civ., 19 mars 2019, n° 17/00006), des « jours d'intempéries » (CA, Amiens, ch. civ., 27 mai 2014, n° 12/01612 ; v. aussi CCA, n° 17-01 du 29 septembre 2016) « d'événements précisément définis dans le contrat » (CA, Toulouse, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 4 déc. 2006, n° 05/06196) ou encore « d'événements objectifs et extérieurs au vendeur, qui en est aussi pénalisé, et qui prennent en compte les aléas du chantier » (CA, Fort-de-France, ch. civ., 19 mars 2019, n° 17/00006) et qu'il soit possible s'agissant de ces événements de « contrôler l'incidence effective de la cause invoquée sur le délai de livraison » (CA, Toulouse, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 4 déc. 2006, n° 05/06196) en veillant à distinguer « sans ambiguïté » les causes alléguées (CA, Rennes, 1^{ère} ch., 4 juin 2019, n° 17/03768).

¹⁶⁴⁸ Il ressort de la jurisprudence que les clauses visant à suspendre ou prolonger les délais de livraison pour des causes légitimes ne sont pas qualifiées de clauses stipulant des délais indicatifs (CA, Aix-en-Provence, 3^{ème} ch. A, 5 avr. 2018, n° 16/04853 ; CA, Aix-en-Provence, 3^{ème} ch. A, 17 sept. 2015, n° 14/02726 ; CA, Aix-en-Provence, 3^{ème} ch. A, 10 sept. 2015, n° 14/07395) lesquels sont réputés par principe non écrits, sauf preuve contraire, en vertu de l'article R 212-2 du Code de la consommation. La jurisprudence a pu juger à plusieurs reprises des clauses stipulant des délais à titre indicatifs comme créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (CA, Aix-en-Provence, 3^{ème} ch. B, 31 mars 2016, n° 14/12735 ; CA, Reims, ch. civ., 1^{ère} sect., 5 juin 2012, n° 11/00385 ; CA, Paris, pôle 4, ch. 9, 28 janv. 2010, n° 08/17923 ; TGI, Paris, ch. soc. 1, 4 févr. 2003, n° JurisData : 2003-218093 ; v. notamment en sens contraire : CA, Paris, ch. 19 sect. B, 9 sept. 2004, n° 03/12068 ; CA, Reims, ch. civ., 1^{ère} sect., 3 nov. 2015, n° 14/00183).

¹⁶⁴⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 20 mars 2013, n° 12-11.797 ; Cass. civ. 1^{ère}, 5 juill. 2005, n° 04-10.779 ; CA, Colmar, 2^{ème} ch. civ., sect. A, 8 mars 2018, n° 16/01109 ; CA, Versailles, 12^{ème} ch., 12 sept. 2017, n° 16/07743.

¹⁶⁵⁰ CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 30 mars 2018, n° 15/08688 ; CA, Caen, 1^{ère} ch. civ., 23 sept. 2014, n° 13/00800.

¹⁶⁵¹ V. par exemple : CA, Paris, pôle 2, ch. 1, 14 déc. 2010, n° 08/09544 ; CA, Aix-en-Provence, 1^{ère} ch. A, 16 janv. 2007, n° 06/09104.

d'euros » à la différence des clauses relatives à l'obligation lesquelles interviennent en amont et « ont pour objet de limiter les obligations elles-mêmes qu'une partie entend assumer à l'égard de son cocontractant », ce qui est supprimé c'est « l'obligation elle-même »¹⁶⁵². Ces clauses relatives à la réparation seront jugées abusives dès lors qu'elles limitent la responsabilité à un montant dérisoire¹⁶⁵³. C'est pourquoi nous examinerons les clauses limitant la responsabilité par la détermination d'un plafond au regard du prix d'une prestation (A.) et celles limitant la responsabilité par la détermination d'un plafond au regard de la valeur d'un bien (B.). On abordera également dans ce qu'il convient de dénommer les clauses limitatives de responsabilité, les clauses relatives à l'étendue de la réparation en matière de dommages-intérêts directs ou indirects, plus précisément les clauses limitant la responsabilité aux seuls dommages directs (C.). Au terme de cet examen, nous analyserons la validité de ces clauses au regard de l'article 1171 du Code civil.

A) Les clauses limitant la responsabilité par la détermination d'un plafond au regard du prix d'une prestation¹⁶⁵⁴

Sur le fondement du droit consommériste. Dans un arrêt du 4 février 2016 rendu par la Cour de cassation¹⁶⁵⁵, une Société civile immobilière (SCI) (le Patio ou le maître d'ouvrage) a commandé la réalisation d'un ensemble de villas avec piscine vendu en l'état futur d'achèvement. Cette dernière a désigné un maître d'ouvrage délégué (la société Primus). Le lot gros œuvre (charpente, voiries et réseaux divers) a été réalisé par une société (la société Cimba) et une mission de contrôle technique a été effectuée par une société (la société Qualiconsult) concernant la solidité des ouvrages et des équipements construits. La SCI ayant constaté des désordres dans la réalisation des cinq piscines a assigné en réparation de son préjudice la société Qualiconsult, Cimba, l'assureur de cette dernière et l'assureur de l'architecte l'ouvrage ayant été réalisé sous la maîtrise d'œuvre de ce dernier. La Cour d'appel de Montpellier avait déclaré abusive la clause limitative de responsabilité prévue au contrat du contrôleur technique de la solidité des ouvrages. Celle-ci prévoyait que le contrôleur technique peut plafonner le montant du préjudice subi par la SCI au double des honoraires perçus. La Cour de cassation reconnaît que cette clause a pour objet de fixer « le

¹⁶⁵² W. DROSS, « *Clausier – dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne* », LexisNexis Litec, 4^{ème} éd., p. 298-299 ; V. aussi, M. LAMOUREUX, « *clause limitative ou exclusive de responsabilité* », in « *Les principales clauses des contrats d'affaires* », F. BUY ; M. LAMOUREUX ; J. MESTRE ; J.-Chr. RODA (sous la dir.), Lextenso, 2019, p. 473.

¹⁶⁵³ C.-M. PEGLION-ZIKA, « *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation* », thèse, 2013, n°519.

¹⁶⁵⁴ CCA, recommandation, Contrats de déménagement, garde-meubles et stockage en libre-service, 24 mars 2016, n° 16-01 selon laquelle devraient être éliminées les clauses ayant pour objet ou effet « *de plafonner le montant des réparations dû en cas de responsabilité du professionnel dans le préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur sans couvrir la valeur déclarée ou à défaut la valeur réelle des biens* » ou « *de plafonner le montant des réparations dû au non-professionnel ou au consommateur, en cas de manquement du professionnel à l'une quelconque de ses obligations* ».

CCA, avis, 29 sept. 2005, Télévision par câble & accès internet, n° 05-05 : « *Considérant que, dans la version des conditions générales d'abonnement de juin 2003, la clause 9.3 prévoit que la responsabilité de N... n'excèdera en aucun cas le montant des sommes dues par le client, tandis que dans la version des conditions générales d'abonnement de novembre 2004, elle fixe la limite à un montant correspondant à six mois d'abonnement ; qu'en ce qu'elle est de nature à limiter de façon excessive le droit à réparation du consommateur, cette clause est de nature à créer un déséquilibre significatif au détriment du consommateur au sens de l'article L.132-1 du Code de la consommation* »

¹⁶⁵⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 4 févr. 2016, n°14-29.347.

maximum de dommages-intérêts que le maître d'ouvrage pourrait recevoir en fonction des honoraires perçus » constituait une « *clause de plafonnement d'indemnisation* » laquelle contredisait « *la portée de l'obligation essentielle souscrite par le contrôleur technique en lui permettant de limiter les conséquences de sa responsabilité contractuelle quelles que soient les incidences de ses fautes* ». Par conséquent, cette clause limitative de responsabilité en ce qu'elle plafonnait le montant de l'indemnisation pouvant être réclamée au contrôleur technique au double des honoraires perçus pour toutes ses fautes sans distinction constituait une clause abusive sur le fondement de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation.

Sur le fondement du droit commercial. Dans un arrêt rendu le 18 juin 2019 par la Cour d'appel de Versailles¹⁶⁵⁶, un client (la société Afis Consulting) a conclu un contrat de fourniture d'une ligne de téléphonie fixe dénommé « *Complelude* » avec un prestataire (la société Completel) pour une durée de 2 ans et moyennant le paiement mensuel de 171 euros. En vertu de ce contrat, le prestataire était tenu de respecter un délai de résolution des dysfonctionnements de la ligne téléphonique et en cas de dépassement dudit délai, il était convenu que ce dernier devra verser une indemnisation forfaitaire au client (à hauteur du paiement mensuel). La Cour d'appel souligne que les parties ont prévu le traitement des conséquences en cas de dysfonctionnement de cette ligne téléphonique « *en prévoyant une limitation pécuniaire de la réparation* ». Or, le client se plaignait d'un préjudice induit par l'interruption du service de téléphonie pendant 9 jours. La Cour d'appel considère que cette clause limitative de responsabilité non seulement ne vidait pas « *de sa substance une obligation essentielle du débiteur* » mais aussi ne créait pas « *davantage un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». En effet, selon la Cour « *l'indemnisation forfaitaire ne s'applique qu'au préjudice subi en cas de non respect de la garantie* ». Par conséquent, le prestataire était redevable à l'égard du client d'un avoir de 171 euros au titre de la garantie des délais de rétablissement.

De même, dans un autre arrêt du 27 septembre 2018¹⁶⁵⁷ rendu par la Cour d'appel de Pau, une clause limitant la responsabilité « *au montant total payé au prestataire dans le cadre du contrat* » pour un montant de 1321 euros HT par an avait été stipulée dans un contrat de télésurveillance d'une bijouterie. Ce montant correspondait aux redevances versées au prestataire en sécurité. La Cour d'appel souligne que ce système de télésurveillance revêtait « *nécessairement un caractère essentiel pour le client au regard des enjeux financiers en cas de commission d'un vol dans un établissement de ce type et des contraintes imposées par les compagnies d'assurance.* ». Selon la Cour, la « *pérennité* » de ce système de télésurveillance assurée par la réalisation de travaux de maintenance rigoureux constituait un « *élément essentiel* » pour le client lequel gérait de surcroît une bijouterie. Partant, la Cour d'appel affirme qu'« *Au regard de l'importance du risque encouru en cas de mauvaise exécution de la prestation de maintenance, le montant de la clause limitative d'indemnisation tel qu'il est prévu au contrat doit être considéré comme dérisoire et peut être assimilé à une exclusion de garantie.* ». Ainsi, l'importance des risques auxquels est exposé le client rendait dérisoire le montant de 1321 euros HT par an stipulé dans la clause limitative de responsabilité, celle-ci a donc été jugée abusive.

En revanche, dans un arrêt du 4 mars 2020 rendu par la Cour d'appel de Rouen¹⁶⁵⁸, il avait été stipulé une clause limitant la responsabilité d'un prestataire à hauteur de deux fois le montant de ses honoraires demandés pour son intervention, en l'espèce, 6 400 euros. La Cour d'appel considère que la responsabilité contractuelle du prestataire était recherchée pour un manquement à son obligation de conseil, lequel constitue un « *manquement à une obligation essentielle du contrat* ». Toutefois, la Cour estime que le plafond de cette clause limitative de

¹⁶⁵⁶ CA, Versailles, 12^{ème} ch., 18 juin 2019, n° 18/02669.

¹⁶⁵⁷ CA, Pau, 2^{ème} ch., 1^{ère} sect., 27 sept. 2018, n° 15/03621.

¹⁶⁵⁸ CA, Rouen, 1^{ère} ch. civ., 4 mars 2020, n° 18/01209.

responsabilité n'est pas « *dérisoire* » et « *n'a pas pour effet de décharger par avance la société Apave du manquement à son obligation essentielle* ». Il en résulte donc que cette clause n'avait pas pour objet de créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens de l'ancien article L. 442-6-I du Code de commerce. La prise en compte du montant des honoraires d'un prestataire dans le calcul du plafond d'indemnisation s'avère donc être un moyen pertinent pour déterminer ce montant. Un arrêt du 11 janvier 2013 rendu par la Cour d'appel de Poitiers¹⁶⁵⁹ souligne l'importance de tenir compte de ce montant. Dans cette affaire, une clause limitative de responsabilité fixait un plafond de 8 170 € HT et celle-ci n'avait pas été jugée abusive car le plafond ainsi fixé devait être analysé « *au regard du faible montant des honoraires* » versés au prestataire.

B) Clauses limitant la responsabilité par la détermination d'un plafond au regard de la valeur d'un bien¹⁶⁶⁰

Sur le fondement du droit consommériste. Plusieurs affaires illustrent les conditions de validité des clauses limitatives de responsabilité fixées par les transporteurs en fonction de la valeur du bien transporté.

Dans un arrêt du 29 octobre 2020 rendu par la Cour d'appel de Paris¹⁶⁶¹, plusieurs clauses limitatives de responsabilité avaient été stipulées entre un transporteur de colis et un client au sein de l'article 7-1 des conditions générales de vente. Une première clause intitulée « *perte et avarie des conditions générales de vente Lettre de transport Manuelles et saisies sur automate* » stipulait que « *Si elle est établie, la responsabilité de CHRONOPOST est engagée pour la valeur de la marchandise au jour du sinistre, le montant de sa réparation ou les frais directs de reconstitution des documents, dans la limite de 250 euros par colis, et sur présentation de justificatifs. Pour les colis dont le poids excède 7,57 kg, l'indemnisation est portée à 33 € par kilogramme sans pouvoir excéder 1000 € par colis.* ». Une deuxième clause intitulée « *perte et avarie des conditions générales de vente prêt-à-expédier et Chronopei* » stipulait que « *Si elle est établie, la responsabilité de CHRONOPOST est engagée pour la valeur de marchandise au jour du sinistre, le montant de sa réparation ou les frais directs de reconstitution des documents, dans la limite de 500 euros par colis et sur présentation de justificatifs.* ». Une troisième clause figurant sur les enveloppes à disposition dans les bureaux de poste prêt-à-expédier France Métropolitaine stipulait que « *Si elle est établie, la responsabilité de CHRONOPOST est engagée pour la valeur de la marchandise au jour du sinistre, le montant de sa réparation ou les frais directs de reconstitution, dans la limite de 500 euros par colis, et sur présentation de justificatifs.* ». Une quatrième et dernière clause figurait sur les enveloppes prêt-à-expédier International et DOM, elle stipulait que « *Si elle est établie, la responsabilité de CHRONOPOST est engagée pour la valeur de la marchandise au jour du sinistre, le montant de sa réparation ou les frais directs de reconstitution, dans la limite de 250 euros par colis, et sur présentation de justificatifs.* ». Ainsi, l'ensemble de ces clauses limitait la responsabilité du transporteur à hauteur de la valeur de la marchandise livrée au jour du sinistre avec un plafond maximum déterminé en fonction du type d'offre de livraison proposé par le transporteur (250 euros par colis, 500 euros par colis, etc.). La Cour d'appel de Paris considère que ces clauses « *viennent limiter*

¹⁶⁵⁹ CA, Poitiers, 1^{ère} ch. civ., 11 janv. 2013, n° 12/00827.

¹⁶⁶⁰ V. aussi : CCA, recommandation, 19 févr. 1982, Déménageurs, n°82-02 selon laquelle devrait être éliminée la clause ayant pour objet ou effet « *de limiter la responsabilité du déménageur en cas de perte ou d'avarie, à moins que la limitation ne résulte d'une clause particulière effectivement négociée pour un objet déterminé* ».

¹⁶⁶¹ CA, Paris, pôle 2, ch. 2, 29 oct. 2020, n° 17/04299.

le droit à réparation du consommateur, en cas de retard et donc en cas de non-respect par la société Chronopost de son engagement conventionnel de livrer les plis et colis qui lui sont confiés dans un délai précis ». Par conséquent, ces clauses devront être réputées non écrites sur le fondement de l'article R. 212-1 du Code de la consommation.

Une série de jurisprudences ont été rendues concernant les systèmes de déclaration de valeur de biens transportés. Ces derniers visent à déterminer un plafond maximum de responsabilité global concernant l'ensemble des biens transportés et un plafond de responsabilité pour chaque objet transporté n'ayant pas fait l'objet de déclaration particulière par le client. Si le client déclare la valeur du bien transporté, le plafond de responsabilité est fixé au montant déclaré. Par principe, ce système de limitation de responsabilité combiné avec la déclaration de valeur du client est valable¹⁶⁶². Il en a été jugé ainsi pour une clause limitant la responsabilité du transporteur à hauteur de la valeur globale déclarée de 20 000 euros et de la valeur par objet de 300 euros¹⁶⁶³. La Cour a considéré que cette clause n'était pas abusive dans la mesure où les valeurs étaient déclarées par le client tant s'agissant des valeurs globales que des valeurs particulières de tel ou tel bien. Dans une autre affaire¹⁶⁶⁴, un plafond de responsabilité était fixé à 27 300 euros s'agissant de la valeur globale des biens transportés et à 300 euros pour chaque objet individuellement. Le client avait la possibilité de déclarer une valeur réelle différente des objets transportés dont le transporteur s'engageait à tenir compte en lieu et place des deux plafonds susmentionnés. En l'espèce, le client n'avait pas procédé à une telle déclaration et la Cour en a déduit que ces plafonds limitatifs de responsabilité devaient s'appliquer, en particulier, le plafond fixé à 300 euros. En revanche, il a été considéré que, malgré la possibilité pour le client de faire une déclaration de valeur contraire, la fixation d'un montant manifestement dérisoire par rapport au préjudice subi constitue une clause abusive¹⁶⁶⁵. En l'espèce, le plafond de limitation de responsabilité par objet était de 46 euros, soit une somme « *ridiculement minime* » alors que le bien avait une valeur réelle de 907,31 euros. Aussi, la Cour d'appel de Versailles¹⁶⁶⁶ a précisé que lorsque le client a déclaré le montant réel du bien transporté mais que la clause limitant la responsabilité du transporteur (en l'espèce à 300 euros par bien transporté) et exigeant pour tenir compte de ladite déclaration que soit indiquée la valeur « *précise* » la valeur des meubles transportés est abusive. Même si en l'espèce le préjudice subi était inférieur au montant prévu par ce plafond de responsabilité, la Cour d'appel indique qu' « *en omettant de détailler, meuble par meuble la valeur vénale du bien à transporter, le client peut ainsi faire valoir le caractère abusif de la clause contractuelle de limitation du droit à réparation.* ».

On peut encore citer une clause limitative de responsabilité concernant un prestataire de développement de pellicules cinématographiques auquel avait été confié lesdites pellicules par un client¹⁶⁶⁷. Le prestataire avait limité sa responsabilité « *à la remise d'une pellicule vierge et à son tirage gratuit, ou à leur contre-valeur, faute d'avoir déclaré que les travaux avaient une importance exceptionnelle "afin de faciliter une négociation de gré à gré"* ». La Cour de cassation a considéré que cette clause est abusive car elle visait à « *laisser croire au consommateur qu'elle autorisait seulement la négociation du prix de la prestation* » et affranchissait « *le prestataire de service des conséquences de toute responsabilité moyennant le versement d'une somme modique* ». Cette clause constituait au sens de la recommandation^o 82-04 rendue par la Commission des clauses abusives, une clause abusive permettant aux

¹⁶⁶² V. par exemple : CA, Chambéry, 2^{ème} ch., 11 juin 2015, n° 14/01997 ; CA, Riom, 1^{ère} ch. civ., 22 sept. 2011, n° 10/02243 ; CA Rennes, 1^{ère} ch. A, 19 févr. 1993, JurisData n° 1993-052293.

¹⁶⁶³ CA, Chambéry, 2^{ème} ch., 11 juin 2015, n° 14/01997.

¹⁶⁶⁴ CA, Nîmes, 1^{ère} ch. civ., 29 sept. 2016, n° 16/00569.

¹⁶⁶⁵ CA, Rennes, 2^{ème} ch., 8 mars 2019, n° 15/09167.

¹⁶⁶⁶ CA, Versailles, 1^{ère} ch., 2^{ème} sect., 29 juill. 2014, n° 13/03247.

¹⁶⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 2001, n° 99-13.395.

laboratoires photographiques ou cinématographiques de « limiter leur responsabilité au simple remplacement des films perdus ou avariés par des films vierges ».

Il convient aussi de signaler que dans certaines décisions le plafond de responsabilité est fixé indépendamment de la référence au montant du prix ou de la valeur d'un bien objet du contrat. Par exemple, il a pu être jugé qu'une clause limitant l'indemnisation du mandant à la somme de 150 € TTC crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au sens de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation¹⁶⁶⁸. Ou encore dans un contrat de télésurveillance a été stipulé une clause limitative de responsabilité fixant un plafond de 8 000 euros par sinistre sauf faute lourde laquelle n'a pas été jugée abusive¹⁶⁶⁹.

C) Les clauses limitant la responsabilité aux seuls dommages directs

Sur le fondement du droit consommériste. Par principe, ces clauses visant à exclure des dommages-intérêts indirects sont reconnues comme valables par la jurisprudence¹⁶⁷⁰. La validité de ces clauses doit être nuancée dans un rapport contractuel entre un consommateur ou non-professionnel et un professionnel, du fait de l'interdiction posée à l'article R. 212-1, 6° du Code de la consommation (c'est-à-dire les clauses ayant pour objet ou effet de « Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations »)¹⁶⁷¹. On peut par exemple citer une affaire où était stipulée une clause limitant la responsabilité contractuelle d'un déménageur s'agissant du préjudice indirect à hauteur de la somme de 750 euros¹⁶⁷². La Cour d'appel considère que la réparation de ce dommage indirect était tellement limitée « à hauteur de moins de 0,80 % du préjudice matériel direct garanti » qu'il ne pouvait que découler d'une telle clause « une véritable dispense d'indemnisation de ce préjudice par le professionnel fautif ». Ainsi, cette clause devait être réputée non écrite sur le fondement des anciens articles L. 132-1 et R. 132-1 du Code de la consommation.

¹⁶⁶⁸ CA, Riom, ch. com., 18 juin 2014, n° 13/01093.

¹⁶⁶⁹ CA, Lyon, 3^{ème} ch. A, 14 oct. 2010, n° 09/06130.

¹⁶⁷⁰ Cass. com. éco. et fin., 6 Juin 2018, n° 17-15.155 pour une clause stipulant que « en aucune circonstance, le fournisseur ne sera tenu d'indemniser les dommages immatériels ou indirects tels que : perte d'exploitation, perte de profit, perte d'une chance, préjudice commercial, manque à gagner », dans son arrêt, la Cour casse l'arrêt rendu par la Cour d'appel au motif que cette dernière s'est déterminée « sans préciser en quoi la clause litigieuse qui se limitait à exclure les dommages immatériels était toute portée à une obligation essentielle de la société M., la cour d'appel a privé sa décision de base légale ». V. aussi : CA, Angers, ch. com., sect. A, 24 sept. 2019, n° 18/01851 pour clause limitant la responsabilité des parties aux dommages directs et excluant une liste de dommages-intérêts indirects, la Cour d'appel affirme que ces « clauses limitatives de réparation conclues entre professionnels sont en soi licites, nonobstant le fait que les parties interviennent dans des secteurs d'activité différents, sauf comme l'a rappelé la cour de cassation dans l'arrêt du 6 juin 2018 lorsqu'elles ôtent toute portée à l'obligation essentielle du prestataire. » ; CA, Chambéry, ch. civ., 1^{ère} sect., 6 nov. 2018, n° 17/00893 pour clause limitant la responsabilité des parties aux dommages directs et excluant une liste de dommages-intérêts indirects, la Cour d'appel affirme que « Il est de principe que ces clauses sont régulières, car relevant de la liberté contractuelle édictée par l'article 1134 ancien du code civil et repris par l'article 1103. Ainsi, les parties au contrat sont libres d'aménager à leur guise l'économie de celui-ci et de prévoir, notamment, que la réparation du dommage résultant de l'inexécution, de l'exécution défectueuse ou du retard sera plafonnée à concurrence d'un certain montant. ».

¹⁶⁷¹ V. aussi : CCA, recommandation, Contrats de fourniture de gaz et d'électricité, 16 oct. 2014, n°14-01 selon laquelle devrait être considérée comme abusive la clause stipulant « que le professionnel « exclut toute responsabilité quant aux éventuels dommages indirects, immatériel et financiers » ».

¹⁶⁷² CA, Nîmes, 2^{ème} ch. com., sect. B, 7 oct. 2010, n° 08/05219.

Sur le fondement du droit commercial. En revanche, la condamnation de ces clauses visant à exclure les dommages-intérêts indirects semble moins importante s'agissant du déséquilibre significatif prévu à l'article L. 442-1 du Code de commerce dès lors que cette « *clause ne vide pas de sa substance une obligation essentielle du débiteur* »¹⁶⁷³. Il a ainsi été admis que la clause limitant l'obligation de réparation aux seuls préjudices directs constitue une clause limitative de réparation ne limitant pas la responsabilité du prestataire mais ne fait que « *réduire les conséquences de celle-ci* » et institue « *une limitation pécuniaire de la réparation* ». Il en a été jugé de même d'une clause excluant la réparation des dommages indirects sur le fondement de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce¹⁶⁷⁴.

Quid de l'article 1171 du Code civil ? Il ressort de l'ensemble de ces développements que les clauses limitant la responsabilité par la détermination d'un plafond au regard du prix d'une prestation, par la détermination d'un plafond au regard de la valeur d'un bien ou encore aux seuls dommages directs dont la validité est examinée au regard du déséquilibre significatif font l'objet d'une double vérification. Les juges vérifient si cette clause contredit une obligation essentielle du contrat et si le plafond de responsabilité déterminé par les parties est suffisamment élevé par rapport au préjudice réellement subi. Ces mêmes clauses pourront être sanctionnées dès lors qu'elles créent un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties¹⁶⁷⁵ et il est probable que les juges retiennent peu ou prou les mêmes indices lorsqu'il s'agira d'examiner ces clauses sur le fondement de l'article 1171. Néanmoins, à notre connaissance, il n'y a pour l'heure pas encore de jurisprudence rendue sur ces clauses au visa de l'article 1171 du Code civil.

III. Les clauses restreignant l'exception d'inexécution

Sur le fondement du droit consommériste. Il existe également des clauses visant à restreindre la possibilité pour une partie de se prévaloir de l'exception d'inexécution en conditionnant sa mise en œuvre à l'accomplissement d'un événement particulier.

On peut citer plusieurs affaires dans lesquelles une clause imposait comme moyen de paiement possible le prélèvement bancaire à l'exclusion de tout autre moyen de paiement. La Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 13 février 2009 a considéré que cette clause est abusive dans la mesure où celle-ci permet « *difficilement d'opposer immédiatement au professionnel une exception d'inexécution* »¹⁶⁷⁶. Dans le même sens, les juges ont estimé qu'une telle clause est abusive car elle ne permet pas d'opposer utilement, en cas de défaillance, l'exception d'inexécution¹⁶⁷⁷ ou qu'elle réduit fortement les possibilités de recours du consommateur en cas de contestation du prix¹⁶⁷⁸. En revanche, la clause prévoyant comme modes de paiement possibles le paiement par carte bancaire ou le prélèvement automatique n'est pas abusive en ce qu'elle n'empêche pas le consommateur de bénéficier de l'exception d'inexécution, ni d'en faire usage¹⁶⁷⁹. On peut aussi citer des affaires dans lesquelles la mise en œuvre de l'exception d'inexécution est conditionnée à l'accomplissement d'une formalité prévue par le contrat. Par exemple, l'ancien Tribunal de

¹⁶⁷³ CA, Versailles, 12^{ème} ch., 2^{ème} sect., 24 nov. 2015, n° 14/06172.

¹⁶⁷⁴ CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 16 févr. 2018, n° 16/05737.

¹⁶⁷⁵ G. CHANTEPIE, « *Contrat : effets – Sanctions de l'inexécution du contrat* », janv. 2018 (actualisation : déc. 2020), n°308.

¹⁶⁷⁶ CA, Paris, 25^{ème} ch., sect. B, 13 févr. 2009, n° 06/06059.

¹⁶⁷⁷ TGI Paris, 1^{ère} ch. sect. soc., 5 avr. 2005, n° 04/02911.

¹⁶⁷⁸ TI Toulon, 6 oct. 2005, n° 11-03-001759.

¹⁶⁷⁹ TGI Paris, 1^{ère} ch. sect. soc., 10 oct. 2000, n° 99/11184.

grande instance de Nanterre¹⁶⁸⁰ a jugé, le 10 septembre 2003, dans un contrat de mise à disposition d'une ligne téléphonique, que la clause exigeant la production d'un écrit préalable pour prendre en compte la suspension de la ligne téléphonique en cas de vol est abusive. En effet, la déclaration de vol ou perte de la carte SIM doit « *pouvoir être effectuée par téléphone et être prise en compte dès cet appel* » à défaut, cela reviendrait à mettre à la charge de l'abonné des communications qu'il n'aura pas passé personnellement. En revanche, le Tribunal précise qu'il aurait pu être stipulé dans cette clause que l'opérateur téléphonique puisse demander que la déclaration de vol « *soit confirmée dans les jours qui suivent, par écrit en y joignant les pièces justificatives du vol ou de la perte.* ». Enfin, dans une autre affaire, l'ancien Tribunal d'instance a pu juger que le fait de subordonner la suspension du remboursement d'un crédit à « *l'accord du prêteur* » est abusive dans la mesure où cela soumet le consommateur à des conditions plus défavorables pour invoquer l'exception d'inexécution¹⁶⁸¹.

Quid de l'article 1171 du Code civil ? A notre connaissance, il n'y a pour l'heure pas encore de jurisprudence rendue sur ces clauses au visa de l'article 1171 du Code civil. Toutefois, il nous semble que si les parties restreignent de manière excessive la possibilité de se prévaloir de l'exception d'inexécution cela est susceptible de créer un déséquilibre significatif. Il est probable que la jurisprudence qui sera rendue sur le fondement de l'article 1171 sera assez similaire à celle rendue sur le fondement du droit consommériste.

IV. Les clauses restreignant l'action en réduction du prix

Sur le fondement du droit consommériste/quid de l'article 1171 du Code civil ? A notre connaissance, il ne semble pas y avoir de jurisprudence concernant de telles clauses visant à restreindre l'action en réduction du prix. Le Professeur NOBLOT¹⁶⁸² relevait à juste titre que la réduction du prix avait pour vertu de dispenser le créancier « *d'avoir à prouver son préjudice* » et que « *la clause supprimant ou limitant la réduction du prix obligerait le créancier à apporter cette preuve, alors que quand une exécution partielle est reprochée, c'est au débiteur de prouver qu'il a intégralement exécuté* ». Cette clause pourrait être jugée abusive par les juges en droit consommériste en ce qu'elle contreviendrait à l'article R. 212-1, 12° du Code de la consommation selon lequel est irréfragablement présumée abusive la clause ayant pour objet ou effet d' « *Imposer au consommateur la charge de la preuve, qui, en application du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat.* ». La réduction du prix étant désormais consacrée comme une sanction contractuelle par l'article 1217 du Code civil, il est probable que les juges feront preuve d'une vigilance particulière à l'égard des clauses qui viseraient à restreindre de manière excessive l'action en réduction du prix par l'ajout d'une condition de fond ou de forme, tout particulièrement sur le fondement de l'article 1171 du Code civil.

¹⁶⁸⁰ TGI, Nanterre, ch. 1, sect. A, 10 sept. 2003, n° JurisData 2003-221400.

¹⁶⁸¹ TI, Grenoble, 28 juin 2012, n° 11-09-000872.

¹⁶⁸² C. NOBLOT, « *Contrats - Article 1223 du Code civil : la clause de définition de l'exécution imparfaite* », CCC, n°2, févr. 2019, form. 2.

V. Les clauses restreignant l'action en exécution forcée, en remplacement et en destruction

Sur le fondement du droit consommériste/quid de l'article 1171 du Code civil ? A notre connaissance, il ne semble pas y avoir eu de jurisprudence rendue concernant les clauses de freinage visant l'action en exécution forcée, en remplacement et en destruction. Il reste que sur le plan théorique, plusieurs typologies de clauses de freinage peuvent être identifiées. Tout d'abord, il est naturellement possible d'ajouter une ou plusieurs condition(s) contractuelle(s) à la mise en œuvre de l'exécution forcée. Par exemple, il peut être stipulé que l'exécution forcée ne pourra être mise en œuvre qu'en cas d'inexécution suffisamment grave ou moyennant l'accord de l'autre partie. Ces clauses ne devraient pas être de nature à créer un déséquilibre significatif dès lors qu'elles sont stipulées de manière réciproque entre les parties. Il peut être également envisagé de stipuler une clause soumettant la faculté de remplacement à l'autorisation préalable du juge, c'est-à-dire de revenir à la rédaction de l'ancien article 1144 du Code civil. Comme expliqué s'agissant des clauses de facilitation des facultés de remplacement et de destruction¹⁶⁸³, la suppression d'une autorisation judiciaire préalable prévu par la loi est de nature à remettre en cause une garantie importante pour les contractants de disposer d'un accès au juge. En revanche, le fait de simplement ajouter cette garantie matérialisée par une autorisation judiciaire préalable alors qu'elle n'est pas exigée par la loi ne semble pas porter atteinte aux droits des contractants. Cependant, si une telle clause devait s'appliquer de manière non réciproque, à la charge d'une partie, le caractère unilatéral de cette restriction pourrait être de nature à créer un déséquilibre significatif. Aussi, il pourrait être prévu de soumettre la faculté de remplacement à l'accord des parties, ce qui tronquerait le caractère unilatéral de cette sanction contractuelle. Il nous semble que cette clause serait davantage problématique dans la mesure où l'accord donné par l'autre partie peut revêtir un caractère discrétionnaire en l'absence de précision dans cette clause des motifs du refus. Ainsi, pour consolider cette clause, il devra être recommandé de préciser les motifs objectifs et justifiés pouvant donner droit à l'autre partie de refuser d'autoriser la mise en œuvre de la faculté de remplacement. Par exemple, il serait justifié pour un créancier de solliciter cette mesure en cas de non-paiement du prix par le débiteur, en revanche, il serait contestable de pouvoir remplacer le débiteur pour tout manquement même minime. Au surplus, il serait préférable de rendre réciproque entre les parties cette clause de freinage de la faculté de remplacement. Un tel raisonnement devrait, de façon similaire, pouvoir être tenu sur le fondement de l'article 1171 du Code civil.

¹⁶⁸³ TGI, Grenoble, 4^{ème} ch. civ., 4 nov. 2013, n° 11/02833 ; TGI, Grenoble, 2 déc. 2002, n° 20010333.

CONCLUSION DU TITRE II

Après être arrivé au terme de cet examen de l'équilibre du contenu des clauses d'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat, on constate que la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 1171 du Code civil reste encore à ce jour parcimonieuse. Il est certain que les décisions rendues sur le fondement du droit consommériste et commercial pourront naturellement servir d'éléments de comparaison pour aiguiller les juges dans leur appréciation du déséquilibre significatif introduit en droit commun. Comme nous avons pu l'établir, les juges du fond semblent d'ores et déjà s'inspirer des solutions rendues sur le fondement de l'article L. 212-1 du Code de la consommation et de l'article L. 442-1 du Code de commerce.

Dans certaines hypothèses c'est l'analogie avec le droit commercial qui devrait l'emporter, par exemple, la solution rendue au regard de l'article L. 442-1 du code de commerce n'exigeant pas le respect d'un préavis ou d'une mise en demeure préalable pour la clause de suspension ou un droit à la régularisation pour la clause de résiliation. Dans d'autres hypothèses, c'est l'analogie avec l'article L. 212-1 du Code de la consommation qui devrait l'emporter ; il en va par exemple ainsi des clauses qui tendent à la négation des droits du non-professionnel ou consommateur¹⁶⁸⁴ jugées abusives à l'aune du droit consommériste, ce critère de la négation des droits devrait être repris en droit commun par l'article 1171 du Code civil.

Enfin, il se dégage de l'ensemble de ces développements une distinction assez nette entre les clauses relatives au choix des sanctions de l'inexécution du contrat (c'est-à-dire les clauses de renonciation anticipée individuelles et collectives) et celles relatives aux modalités de mise en œuvre de ces sanctions (les clauses de facilitation et de freinage des sanctions contractuelles). L'appréciation juridique de ces deux typologies de clauses n'est pas identique ; la première est d'une gravité plus importante que la seconde. Ce titre aura ainsi permis de démontrer toute la pertinence de cette dichotomie eu égard au degré de gravité de la clause stipulée et de déterminer les conditions de validité de ces deux typologies de clause.

¹⁶⁸⁴ C.-M. PEGLION-ZIKA, « *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation* », thèse, 2013, n°393.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Nous avons démontré par les précédents développements à quel point l'appréciation juridique des clauses d'aménagement relatives au choix de la sanction contractuelle et celles relatives aux modalités de la sanction contractuelle font l'objet d'une appréciation juridique différente. Les premières de par leurs effets juridiques énergiques présentent un degré de gravité plus important que les secondes, ce qui justifie que l'appréciation de leur validité soit opérée différemment. Cette première partie a permis ainsi de mesurer l'importance de cette différence d'appréciation juridique que ce soit en mobilisant les standards juridiques de l'ordre public, de la privation d'une obligation essentielle ou de la création d'un déséquilibre significatif. Cette différence se manifeste particulièrement s'agissant des articles 1170 et 1171 du Code civil ; la jurisprudence rendue sur la validité des clauses d'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat au regard de l'ordre public est moins prolifique et semble, de manière générale, plus libérale à l'endroit de ces clauses.

Il reste que la jurisprudence bien qu'elle ne soit pas totalement stabilisée sur ces sujets semble manifester une certaine circonspection à l'égard des clauses de renonciation anticipée individuelles ou collectives aux sanctions contractuelles. Ces clauses sont plus attentatoires quant à la privation des prérogatives contractuelles initialement à la disposition du contractant, supprimer une sanction contractuelle n'est pas la même chose qu'assouplir ou alourdir une modalité de cette dernière.

Nous espérons au terme de cette première partie être parvenus à faire la démonstration de cette distinction. Il reste à présent à savoir si cette distinction entre, d'une part, les clauses relatives à l'aménagement du choix des sanctions contractuelles et, d'autre part, celles relatives à l'aménagement de leurs modalités peut être prolongée au stade de l'efficacité de ces clauses.

SECONDE PARTIE : L'EFFICACITE DES CLAUSES D'AMENAGEMENT DES SANCTIONS DE L'INEXECUTION DU CONTRAT

Pour déterminer les conditions d'efficacité du contenu de ces clauses d'aménagement, il reviendra d'analyser le respect du principe général de bonne foi contractuelle applicable à l'objet des clauses d'aménagement (TITRE I) et le respect des exigences spécifiques du régime juridique applicable au contenu de ces clauses relatives à l'action résolutoire et en dommages-intérêts (TITRE II).

TITRE I : le respect du principe général de bonne foi contractuelle applicable à l'objet des clauses d'aménagement

Émergence de la notion moderne de bonne foi. La notion de bonne foi en matière contractuelle a été consacrée en droit français depuis le Code Napoléon de 1804 lequel prévoyait en son article 1134, alinéa 3 que les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* ». Depuis cette époque, la notion de bonne foi a connu une « *éclipse* » jusqu'à faire l'objet d'une « *renaissance* » à compter de la moitié du XX^{ème} siècle, soit plus d'un siècle après la promulgation du Code civil¹⁶⁸⁵. Augurant de ce que deviendra ultérieurement la bonne foi, DEMOGUE faisait le constat que « *les conséquences qu'on a tirées de l'idée de bonne foi entre contractants sont encore assez pauvres et que le contrat moderne peut être conçu d'une façon plus vivante et plus complexe en faisant sortir de l'idée de bonne foi de nouveaux rameaux. (...) En réalité le contrat s'exécute autrement. Les contractants forment une sorte de microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par chacun, absolument comme dans la société civile ou commerciale. Alors à l'opposition entre le droit du créancier et l'intérêt du débiteur tend à se substituer une certaine union. Le créancier quant à la prestation qu'il doit recevoir n'est pas seulement créancier, il peut avoir un devoir de collaboration. Les buts, au moins les buts essentiels ne peuvent pas toujours être atteints par la voie rectiligne que les contractants avaient conçue. La voie à suivre pour atteindre le plus essentiel du but se transformera par la volonté des parties, par la décision du juge.* »¹⁶⁸⁶. En effet, depuis la Restauration, la thèse de l'autonomie de la volonté et du libéralisme contractuel a connu ses heures de gloire¹⁶⁸⁷. Les vicissitudes de cette thèse vont la conduire à décliner à la fin du XIX^{ème} siècle¹⁶⁸⁸ ; son déclin¹⁶⁸⁹ couplé au rayonnement de celle relative au solidarisme contractuel¹⁶⁹⁰ va engendrer une mutation profonde de la bonne foi qui va sortir de son « *état*

¹⁶⁸⁵ D. COHEN, « *La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance* », in « *1804-1904, Le code civil, un passé, un présent, un avenir* », 2004, Dalloz, p. 517.

¹⁶⁸⁶ R. DEMOGUE, « *Traité des obligations en général* », t. 6, éd. 1923-1933, p. 9.

¹⁶⁸⁷ V. notamment sur cette thèse : M. WALINE, « *L'individualisme et le droit* », éd. Domat Montchrestien, 1945 ; E. GOUNOT, « *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme* », thèse, Paris Rousseau, 1912 ; R. PONCEAU, « *La volonté dans le contrat suivant le Code civil, Essai d'une construction nouvelle* », thèse, Paris Rousseau, 1921 ; N. COUMAROS, « *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique, Étude critique de la conception classique* », thèse, Recueil Sirey, 1931. La thèse de l'autonomie de la volonté peut être résumé par l'aphorisme attribué à Alfred Fouillée selon lequel « *Qui dit contractuel dit juste* » (A. FOUILLÉE, « *La science sociale contemporaine* », Paris Hachette, 1880, p. 410).

¹⁶⁸⁸ V. not. pour une description de cette évolution historique : P.-Y. GAHDOUN, JCl. Civil, V° Libertés, Fasc. 20 : Libertés. – Liberté contractuelle, 19 déc. 2019, n° 41 à 55.

¹⁶⁸⁹ Pour une relativisation du passage de l'adhésion à la thèse de l'autonomie de la volonté vers celle du solidarisme contractuel V. : V. RANOUIL, « *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept* », Paris, PUF, 1980, p. 145 (selon laquelle loin d'en avoir fait la promotion, Emmanuel Gounot a décrit la thèse de l'autonomie de la volonté « *pour mieux l'attaquer* », celle-ci connaîtra sous sa plume « *sa plus sérieuse remise en cause* ») ; F. CHENEDE, « *De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, Du mythe à la réalité* », Annuaire de l'Institut Michel Villey, vol. 4, 2012.

¹⁶⁹⁰ C. THIBIERGE-GUELFI, « *Libres propos sur la transformation du droit des contrats* », RTD civ. 1997 ; D. MAZEAUD, « *Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ?* », mélanges en hommage à Fr. TERRE, l'avenir du droit, Dalloz PUF JCl., 1999 ; Ch. JAMIN, « *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel* », Mélanges Ghestin : LGDJ 2001 ; Ch. JAMIN, D. MAZEAUD, « *La nouvelle crise du contrat* », *Economica*, 2003 ; L. GRYNBAUM, M. NICOD, « *Le solidarisme contractuel* », *Economica*, 2004 ; A.-S. COURDIER-CUISINIER, « *Le solidarisme contractuel* », Litec, 2006, vol. 27. La thèse du solidarisme contractuel peut être résumé ainsi, il ne faut plus considérer que « *cela est juste parce que*

de léthargie »¹⁶⁹¹. En ce sens, le Professeur GHESTIN dira de la bonne foi qu'elle est « *le complément nécessaire de la justice contractuelle* »¹⁶⁹², le professeur MAZEAUD que la bonne foi est « *le premier ferment de cette éthique contractuelle* »¹⁶⁹³ ou encore les Professeurs Le TOURNEAU et POUMAREDE que la bonne foi est le « *fleuron d'un « monde contractuel meilleur* » »¹⁶⁹⁴. Mais il convient de rappeler qu'avant que la bonne foi ne devienne « *franchement conquérante* »¹⁶⁹⁵, celle-ci ne fut comprise que comme étant une simple règle d'interprétation du contrat¹⁶⁹⁶, comme « *l'âme des relations sociales* »¹⁶⁹⁷. Elle avait davantage vocation à marquer le rejet en droit français de la distinction issue du droit romain entre les contrats *stricti juris* et *bonoe fidei* (dans les premiers, il ne pouvait être demandé au-delà de ce qui avait été expressément promis dans le contrat alors que, dans les seconds, il pouvait être demandé ce qui n'était pas exprimé expressément dans le contrat si l'équité et la bonne foi l'exigeaient)¹⁶⁹⁸ ; cette distinction n'a ainsi jamais été admise en droit français et est restée étrangère à nos institutions¹⁶⁹⁹. La bonne foi deviendra alors, avec sa notion « *cousine* »¹⁷⁰⁰ l'équité prévue par l'ancien article 1135 du Code civil¹⁷⁰¹, le

cela a été voulu » mais que « *cela doit être voulu, parce que cela est juste* » (R. SALEILLES, « *De la déclaration de volonté* », Paris, Pichon, 1901, p. 351). V. toutefois l'avis du Professeur FAGES selon lequel, à propos de la bonne foi, « *Il n'entre pas dans sa fonction de constituer l'instrument d'un « solidarisme contractuel » ou d'une politique de justice sociale menée à grande échelle.* » (B. FAGES, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 10^{ème} éd., 2020, n° 37).

¹⁶⁹¹ Y. PICOD, JCl. Civil Code, art. 1103 et 1104 - Fasc. unique : CONTRAT. – Force obligatoire du contrat. – Bonne foi, 20 nov. 2019 (actualisation : 1^{er} sept. 2020), n° 17.

¹⁶⁹² J. GHESTIN, « *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, Formation* », Paris, LGDJ, 2e éd., 1988, n° 255.

¹⁶⁹³ D. MAZEAUD, « *La politique contractuelle de la Cour de cassation* », Mélanges en l'honneur de Ph. JESTAZ, Dalloz 2006, n° 16.

¹⁶⁹⁴ Ph. LE TOURNEAU, M. POUMAREDE, Rép. de dr. civ. Dalloz, v° « *Bonne foi* », janv. 2017 (actualisation avr. 2019), n° 22.

¹⁶⁹⁵ J. MESTRES, « *Une bonne foi franchement conquérante ... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat !* », RTD Civ. 1993, p. 124.

¹⁶⁹⁶ C., DEMOLOMBE, « *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles et général* », t. I, vol. 24, 1868, p. 371 : selon ce dernier « *c'est toujours, en effet, le devoir du juge (...) d'interpréter la convention et d'en ordonner l'exécution, conformément à l'intention des parties, eu égard au but qu'elles se sont proposé d'atteindre.* ».

¹⁶⁹⁷ C., DEMOLOMBE, « *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles et général* », t. I, vol. 24, 1868, p. 370.

¹⁶⁹⁸ C.B.M. TOULLIER, « *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code Napoléon* », éd. J.-M. Vatar (Rennes), 1811-1820, t. VI, p. 228 et p. 409 : selon cet auteur, le principe de bonne foi consacré à l'ancien article 1134 du Code civil signifie que « *toutes les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Ce qui ne veut pas dire seulement que le dol ou la fraude doive en être bannie ; mais encore que nous rejettons la division des conventions, qu'on trouve dans le droit romain ou dans ses interprètes, en contrats de bonne foi et contrats de droit étroit, contractus bonoe fidei, contractus stricti juris.* ».

¹⁶⁹⁹ C., DEMOLOMBE, « *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles et général* », t. I, vol. 24, 1868, p. 370.

¹⁷⁰⁰ Ph. LE TOURNEAU, M. POUMAREDE, Rép. de dr. civ. Dalloz, v° « *Bonne foi* », janv. 2017 (actualisation avr. 2019), n° 23 : « *En définitive, nous croyons pouvoir affirmer que l'équité et la bonne foi, expressions de la morale, sont cousines et vivent en bonne intelligence.* » ; V. aussi : R. DESGORCES, « *La bonne foi dans le droit des contrats rôle actuel et perspectives* », thèse, 1992, p. 49 et s. ; V. en sens contraire : R. JABBOUR, « *La bonne foi dans l'exécution du contrat* », thèse, 2016, LGDJ, n°92 : selon laquelle « *afin de restituer à la bonne foi son individualité, il a fallu montrer que sa substituabilité avec l'équité de l'article 1135 n'était qu'un leurre. (...) Le regard sur l'histoire corroborée par l'étude du Code civil permet donc d'écarter l'article 1134, alinéa 3 de tout rôle dans l'interprétation des conventions* ».

¹⁷⁰¹ L'équité (ancien article 1135 du Code civil) et la bonne foi (ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil) ne seraient alors pas des notions identiques, l'office de la première serait « *d'ordre quantitatif* » quand celui de la seconde serait « *d'ordre qualitatif* » (Ph. JACQUES, « *Regards sur l'article 1135 du Code civil* », Dalloz, collect. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 10 mars 2005, n° 166, p. 315-316).

« *fondement des règles d'interprétation prévues par le code civil* »¹⁷⁰² aux anciens articles 1156 à 1164 du Code civil énumérés au sein de la Section 5 « *De l'interprétation des conventions* » du Code. Ainsi, la bonne foi était mobilisée à des fins d'interprétation du contenu contractuel¹⁷⁰³ faisant un pont avec l'article 1188 du Code civil. Classiquement, en doctrine¹⁷⁰⁴, il ressort deux types d'interprétation des contrats, d'une part, l'interprétation « *subjective* » ou « *explicative* » et, d'autre part, l'interprétation « *objective* » ou « *créatrice* ». La première est fondée sur l'article 1188 alinéa 1^{er} du Code civil, elle est inhérente à la volonté des parties et invite le juge à interpréter le contrat en décelant la commune intention des parties, indépendamment du sens littéral de ses termes¹⁷⁰⁵. La seconde s'applique à titre subsidiaire, dès lors que la commune intention des parties ne peut être décelée ; dans ce cas, le contrat devra s'interpréter « *selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation* », ce qui insuffle davantage d'objectivité dans le cadre de l'office du juge. L'interprétation « *objective* » comprend les directives d'interprétation prévues aux articles 1189 à 1191 du Code civil¹⁷⁰⁶ et selon un auteur une interprétation « *systémique* »¹⁷⁰⁷ du contrat devrait lui être adjointe sur le fondement de l'article 1189 du Code civil (décelant les arguments *a contrario*, *a simili*, *a fortiori*, *a coherentia* du contrat). Cette dernière interprétation a également donné lieu par un « *forçage du contrat* »¹⁷⁰⁸ à la reconnaissance prétorienne des obligations de sécurité¹⁷⁰⁹, d'information¹⁷¹⁰ ou de renégociation¹⁷¹¹. On voit bien que s'agissant de cette création d'obligations, la bonne foi déborde de sa fonction interprétative et vise en réalité à compléter le contrat, « *sous le couvert d'un mécanisme d'interprétation, le juge verse dans la révision du contrat* »¹⁷¹². Si la fonction interprétative de la bonne foi¹⁷¹³ « *conserve certainement toujours une indéniable part de vérité* »¹⁷¹⁴, force est

¹⁷⁰² Ph. LE TOURNEAU, M. POUMAREDE, Rép. de dr. civ. Dalloz, v° « *Bonne foi* », janv. 2017 (actualisation avr. 2019), n°70.

¹⁷⁰³ A. E. de SAINTE MARIE, « *L'interprétation créatrice* » : *l'interprétation et la détermination du contenu du contrat* », RDC 2015, n°1, p. 166, n° 11 : « *la bonne foi de l'article 1134, alinéa 3, était classiquement conçue comme le respect de la volonté réelle des parties, laquelle doit prévaloir sur la volonté exprimée au besoin en complétant celle-ci par l'intention tacite des parties : l'article 1134, alinéa 3, relevait donc de la même idée que l'article 1156* ».

¹⁷⁰⁴ V. notamment : D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 5^{ème} éd., 2021, éd. Bruylant, collection paradigme, n° 663 à 677 ; F. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2018, Dalloz, 124.32 et 124.33 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 417-418 ; A. BENABENT, « *Droit des obligations* », L.G.D.J. préc. domat droit privé, 18^{ème} éd., 2019, n° 287 à 302 ; Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, « *Droit des obligations* », 15^{ème} éd., 2019, Lexisnexis, n° 466 à 469 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 11^{ème} éd., 2020, n° 445 à 454 ; A. E. de SAINTE MARIE, « *L'interprétation créatrice* » : *l'interprétation et la détermination du contenu du contrat* », RDC 2015, n°1, p. 166, n° 2 et 3 ; Ph. LE TOURNEAU, M. POUMAREDE, Rép. de dr. civ. Dalloz, v° « *Bonne foi* », janv. 2017 (actualisation avr. 2019), n° 69 à 76.

¹⁷⁰⁵ Cette recherche de la volonté réelle des parties relève du pouvoir souverain des juges du fond depuis 1808 (Cass., sect. réun., 2 févr. 1808, *Lubert c/ Wancareghem*: GAJC, 11^e éd., n° 159).

¹⁷⁰⁶ G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n°502.

¹⁷⁰⁷ D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 5^{ème} éd., 2021, éd. Bruylant, collection paradigme, n° 668 à 672.

¹⁷⁰⁸ P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 11^{ème} éd., 2020, n° 447.

¹⁷⁰⁹ Celle-ci a été dégagée par la jurisprudence en 1911 (Cass. civ. 21 nov. 1911, DP 1913. I. 249, note Sarrut ; S. 1913. I. 73, note Lyon-Caen).

¹⁷¹⁰ Celle-ci a été consacrée par le législateur à l'article L 1112-1 du Code civil.

¹⁷¹¹ V. les jurisprudences Huard (Cass. com., 3 nov. 1992, 90-18.547) et Chevassus-Marche (Cass. com., 24 nov. 1998, 96-18.357) ; cette dernière a été consacrée par le législateur à l'article 1195 du Code civil.

¹⁷¹² B. LEFEBVRE, « *La bonne foi : notion protéiforme* », (1996), 26 R.D.U.S. 321, p. 343.

¹⁷¹³ Sur la vocation interprétative de la bonne foi V. notamment : A. BENABENT, « *La bonne foi dans l'exécution du contrat* », in travaux de l'association H. Capitant, Travaux Louisiane 1992, La bonne foi, t. XLIII, 1994, Litec, p. 294.

de constater que la bonne foi a évolué et s'est ainsi découverte sa fonction « *complétive* »¹⁷¹⁵ et « *adaptative* »¹⁷¹⁶. Il convient également de joindre à ces trois fonctions « *interprétative* », « *complétive* » et « *adaptative* », une fonction « *limitative* »¹⁷¹⁷ correspondant au fait de ne pas agir de mauvaise foi¹⁷¹⁸. Après avoir retracé l'évolution de la notion de bonne foi, il nous est à présent possible de déterminer ses contours.

Délimitation des contours de la bonne foi. En droit français, la notion de bonne foi est polysémique et peut avoir plusieurs acceptions tant il est vrai que cette notion peut être « *tellement flexible qu'elle devient insaisissable* »¹⁷¹⁹. Comme a pu le faire de la même manière Mme JABBOUR, à titre liminaire, dans sa thèse¹⁷²⁰, la présente étude portera sur une seule des acceptions admises de la notion de bonne foi. Selon le Vocabulaire juridique du Doyen CORNU, une première acception consiste à définir la bonne foi comme « *la croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière* », ce qui inclut la « *croyance reposant sur la seule ignorance. Ex. mariage putatif, chèque sans provision...* » et « *la croyance reposant sur une apparence trompeuse : signes extérieurs de pouvoir (mandat apparent), possession (héritier apparent)* »¹⁷²¹ (ce qui rejoint la notion allemande de *Guter Glaube*¹⁷²²). Celle-ci ne fera pas l'objet de notre étude. Nous nous focaliserons davantage sur la seconde acception de la bonne foi où cette notion est définie comme un « *Comportement loyal que requiert not. l'exécution d'une obligation ; attitude d'intégrité et d'honnêteté ; esprit de droiture qui vaut un bienfait à celui qu'il anime* »¹⁷²³. Plus précisément, et à l'image de son équivalent en droit allemand (la *Treu und Glauben*¹⁷²⁴), la bonne foi « *s'identifie alors à une règle de comportement qui suppose tant l'absence de mauvaise foi qu'une conduite active, synonyme de loyauté et d'honnêteté* »¹⁷²⁵. Dit autrement, il y aurait alors dans la notion de bonne foi des exigences négatives impliquant le fait de s'abstenir d'agir de mauvaise foi et des exigences positives impliquant le fait d'agir de bonne foi¹⁷²⁶. Dans le cadre de ces développements, nous laisserons donc de côté l'interprétation du contrat à l'aune de la bonne foi pour nous intéresser exclusivement à la bonne foi en tant que norme comportementale du contractant¹⁷²⁷ dans son versant négatif (l'absence de mauvaise foi ou la fonction « *limitative* »

¹⁷¹⁴ Ph. LE TOURNEAU, M. POUMAREDE, Rép. de dr. civ. Dalloz, v° « *Bonne foi* », janv. 2017 (actualisation avr. 2019), n° 71.

¹⁷¹⁵ B. LEFEBVRE, « *La bonne foi : notion protéiforme* », (1996), 26 R.D.U.S. 321, p. 344.

¹⁷¹⁶ B. LEFEBVRE, « *La bonne foi : notion protéiforme* », (1996), 26 R.D.U.S. 321, p. 352.

¹⁷¹⁷ B. LEFEBVRE, « *La bonne foi : notion protéiforme* », (1996), 26 R.D.U.S. 321, p. 346.

¹⁷¹⁸ D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 5^{ème} éd., 2021, éd. Bruylant, collection paradigme, n° 501.

¹⁷¹⁹ Y. PICOD, JCl. Civil Code, art. 1103 et 1104 - Fasc. unique : CONTRAT. – Force obligatoire du contrat. – Bonne foi, 20 nov. 2019 (actualisation : 1^{er} sept. 2020), n° 58.

¹⁷²⁰ R. JABBOUR, « *La bonne foi dans l'exécution du contrat* », thèse, 2016, LGDJ, n°3.

¹⁷²¹ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *bonne foi* », p. 133-134.

¹⁷²² V. à ce sujet : B. JALUZOT, « *La bonne foi dans les contrats : Étude comparative des droits français, allemand et japonais* », thèse, Dalloz, 2001.

¹⁷²³ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *bonne foi* », p. 133-134.

¹⁷²⁴ V. à ce sujet : B. JALUZOT, « *La bonne foi dans les contrats : Étude comparative des droits français, allemand et japonais* », thèse, Dalloz, 2001.

¹⁷²⁵ Ph. LE TOURNEAU, M. POUMAREDE, Rép. de dr. civ. Dalloz, v° « *Bonne foi* », janv. 2017 (actualisation avr. 2019), n° 4.

¹⁷²⁶ D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 5^{ème} éd., 2021, éd. Bruylant, collection paradigme, n° 635 à 642-2 ; B. FAGES, « *Droit des obligations* », L.G.D.J, 10^{ème} éd., 2020, n° 278 à 280.

¹⁷²⁷ V. par exemple sur cette distinction : Ph. LE TOURNEAU, M. POUMAREDE, Rép. de dr. civ. Dalloz, v° « *Bonne foi* », janv. 2017 (actualisation avr. 2019), n° 66 : « *Quoi qu'il en soit, la bonne foi, aujourd'hui consacrée en tant que véritable principe d'exécution du contrat (C. civ., art. 1104), gouverne tant leur interprétation que le comportement des cocontractants. Alors que, dans le premier cas, la bonne foi permet au juge de s'immiscer, de manière plus ou moins flagrante, dans le contenu contractuel, dans le second, elle lui permet de contrôler le comportement des contractants* ».

de la bonne foi) et positif (l'exigence de bonne foi ou la fonction « *complétive* » de la bonne foi)¹⁷²⁸.

L'application de la bonne foi aux clauses relatives à l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat. L'article 1104 du Code civil dispose que « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.* ». A première vue, il apparaît que le champ d'application de la bonne foi a été étendu à la *punctuation*, c'est-à-dire à la période des négociations contractuelles et celle de la formation du contrat. En effet, l'ancien article 1134 du Code civil prévoyait seulement que les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi.* », c'est le « *domaine historique* »¹⁷²⁹ de la bonne foi. En réalité, ce changement est de pure forme dans la mesure où la jurisprudence consacrait déjà le respect de la bonne foi au stade des pourparlers¹⁷³⁰ et de la formation du contrat (indépendamment de la caractérisation du dol et de l'existence d'une obligation d'information spécifique¹⁷³¹). Ainsi, l'article 1112 du Code civil dispose désormais que « *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles (...) doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.* » et l'article 1112-1 du Code civil a consacré une obligation légale d'information précontractuelle. Le champ d'application de la bonne foi en ressort donc davantage clarifié que modifié. En ce sens, le rapport remis au président de la République et accompagnant l'ordonnance du 10 février 2016 évoque une codification à droit constant¹⁷³². La négociation, formation et

¹⁷²⁸ V. aussi la distinction retenue entre les différentes manifestations de la bonne foi relevant, d'une part, d'une « *question de fond* », par la « *félonie* », « *la trahison de la foi contractuelle* » et, d'autre part, d'une « *question de forme* », matérialisée par « *l'arbitraire d'une partie* » lequel est combattu par le respect d'un « *préavis* » et d'une « *motivation* » (R. JABBOUR, « *La bonne foi dans l'exécution du contrat* », thèse, 2016, LGDJ, n° 329 à 363).

¹⁷²⁹ B. FAGES, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 10^{ème} éd., 2020, n° 278.

¹⁷³⁰ V. par exemple sur la loyauté et sincérité dans le cadre des pourparlers : Cass. com. 12 mai 2004, n° 00-15.618 : l'arrêt d'une Cour d'appel avait été censuré car elle n'avait pas vérifié s'il n'avait pas été « *caché l'existence des négociations conduites avec un tiers en vue du rachat ou de l'apport de ces mêmes actions, et ainsi manqué à l'obligation de loyauté qui s'impose au dirigeant de société à l'égard de tout associé en dissimulant aux cédants une information de nature à influencer sur leur consentement* » ; Cass. com. 18 juin 2002, n° 99-16.488 : « *tout en n'ignorant pas que la situation de la société était désespérée et ne pouvait conduire qu'à la déclaration de son état de cessation des paiements, M. Y... a cependant poursuivi des négociations de reprise jusqu'au 29 mai 1998, après le prononcé du redressement judiciaire, entretenant de manière illusoire l'espoir d'une cession, alors que les motifs invoqués dans la lettre de rupture lui étaient connus depuis la mi-avril et auraient dû être portés beaucoup plus tôt à la connaissance de la société qui a perdu de ce fait une chance, fût-elle ténue, de trouver un autre repreneur* » ; Cass. com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243, n° 00-10.949 : « *Le simple fait de contracter, même en connaissance de cause, avec une personne ayant engagé des pourparlers avec un tiers ne constitue pas, en lui-même et sauf s'il est dicté par l'intention de nuire ou s'accompagne de manœuvres frauduleuses, une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur* » ; Cass. civ. 2^{ème}, 4 juin 1997, n° 95-10.574 : a été cassé l'arrêt qui a considéré que « *en continuant de mener ces pourparlers sur la base d'un prix manifestement surévalué, tout en proposant dans le même temps à un tiers un prix de 120 francs, n'avait pas agi dans le seul but de faire échouer les négociations menées avec la SCI* ».

¹⁷³¹ V. par exemple sur la consécration d'une obligation d'information sur le fondement de la bonne foi contractuelle : Cass. com., 20 sept. 2005, n° 03-19.732 (« *qu'en l'état de ces constatations et appréciations faisant ressortir que la crédit-bailleresse détenait, au moment de la conclusion du cautionnement, des informations sur la viabilité de l'opération entreprise par la société emprunteuse dirigée par les cautions, que, par suite de circonstances exceptionnelles, ces dernières ignoraient, la cour d'appel a pu en déduire que cette crédit-bailleresse avait manqué à son obligation de contracter de bonne foi à l'égard de ces cautions* ») ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, n° 01-13.018 (« *Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si Marc X..., pénalement condamné le 29 janvier 1987 pour blessures involontaires et infraction à la législation du travail, n'avait pas manqué à son obligation de contracter de bonne foi en omettant d'informer la société Infimex des conséquences probables d'un accident du travail intervenu avant la cession litigieuse* ») ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 1995, n° 92-20.976 (« *Mais attendu que les juges du fond, qui ont constaté que M. Y... savait la situation de son débiteur irrémédiablement compromise et qu'il avait laissé Mme A... dans l'ignorance de la situation d'insolvabilité totale de M. B..., en ont déduit qu'il avait ainsi manqué à son obligation de contracter de bonne foi* »).

¹⁷³² Selon le rapport remis au président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016, « *L'article 1104 étend l'exigence de bonne foi à la phase de négociation et de formation du contrat, désormais régie par les*

exécution du contrat semble exclure l'application de la bonne foi lors de la phase post-contractuelle. Toutefois, il nous semble que « l'exécution » devrait englober cette phase post-contractuelle. En effet, l'article 1230 du Code civil dispose que certaines clauses sont « destinées à produire effet ». Or l'effet produit par ces clauses suppose leur exécution malgré la fin du contrat¹⁷³³. Par ailleurs, la bonne foi est limitée en droit français à la matière contractuelle, elle suppose « l'existence de liens contractuels »¹⁷³⁴ et, de ce fait, répond à la dénomination « d'obligation » plutôt que de celle de « devoir »¹⁷³⁵. Enfin, la jurisprudence a semblé cantonner l'application de la bonne foi à « l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle », à l'exclusion de « la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties »¹⁷³⁶. Même si l'article 1104 du Code civil n'est pas venu codifier cette jurisprudence, il est probable que cette règle prétorienne perdure¹⁷³⁷. C'est ce qu'augure la jurisprudence rendue non seulement sur le fondement de l'ancien article 1134 du Code civil¹⁷³⁸ mais aussi sur le fondement de l'actuel article 1104 du Code civil¹⁷³⁹. Il appert donc de ces développements que le domaine de la bonne foi est limité dans le cadre de la négociation, formation et exécution (i.) d'un contrat (ii.), à l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle (iii.). Ces éléments n'auront donc pas d'incidence sur l'étendue de notre sujet relatif aux clauses aménageant les sanctions de l'inexécution du contrat. En effet, ces dernières peuvent être stipulées aussi bien au stade de la négociation, formation ou exécution du contrat et, par essence, sont rattachées à l'existence d'un contrat ou éventuellement d'un avant-contrat (par exemple, un pacte de préférence ou une promesse unilatérale de vente). Enfin, l'application de la bonne foi aux prérogatives contractuelles couvre nécessairement l'étendue de notre sujet en lien avec les sanctions de l'inexécution du contrat. En ce sens, le rapport remis au président de la République englobe par l'emploi de ce terme de « prérogative » au moins les clauses relatives à l'aménagement des sanctions contractuelles ; ce dernier dispose dans son article introductif que « 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 (faculté de résolution unilatérale par voie de notification, exception d'inexécution, faculté d'accepter une prestation imparfaite contre une réduction du prix). ». Ces prérogatives sont celles à travers lesquelles « les parties déterminent leurs propres pouvoirs contractuels » comme « les clauses résolutoires, les clauses allégeant les obligations et les clauses de responsabilité proprement dites, aussi bien les clauses de non-responsabilité que les clauses limitatives de responsabilité ou de réparation. »¹⁷⁴⁰. Ces prérogatives contractuelles ont également été rapprochées des « droits potestatifs »¹⁷⁴¹ traités dans le fameux ouvrage éponyme de Mme ROCHFELD, en ce qu'ils sont, d'une part,

articles 1112 et suivants, et non plus seulement à la phase d'exécution comme le fait l'actuel troisième alinéa de l'article 1134, solution déjà consacrée en jurisprudence. ».

¹⁷³³ V. par ex. en faveur de cette thèse : G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n°107.

¹⁷³⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 14 sept. 2005, n° 04-10.856.

¹⁷³⁵ V. par exemple en ce sens : G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n°108.

¹⁷³⁶ Cass. com., 24 nov. 2015, n° 14-20.512 ; Cass. civ. 3^{ème}, 2 déc. 2014, n° 13-23.988 ; Cass. civ. 3^{ème}, 25 juin 2013, n° 11-27.904 ; Cass. civ. 3^{ème}, 26 mars 2013, n° 12-14.870 ; Cass. civ. 3^{ème}, 9 déc. 2009, n° 04-19.923 ; Cass. com. 10 juill. 2007, n° 06-14.768.

¹⁷³⁷ V. notamment en ce sens : J.-B. SEUBE, « *Quel avenir pour la jurisprudence sur l'usage abusif d'une prérogative contractuelle après la réforme du 10 février 2016 ?* », RDC 2017, n°1, p. 69.

¹⁷³⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 14 mai 2020, n° 19-13.355 ; CA, Colmar, ch. civ. 1, sect. A, 11 janv. 2021, n°14/21 ; CA, d'Orléans, ch. com., 23 janv. 2020, n° 19/00617 ; TJ, Strasbourg, 19 févr. 2021, n° 20/00552.

¹⁷³⁹ CA, Paris, pôle 4, ch. 9, 23 janv. 2020, n° 17/02062 ; CA, Paris, pôle 4, ch. 9, 13 févr. 2020, 17/04529.

¹⁷⁴⁰ Ph. DELEBECQUE, « *Prérogative contractuelle et obligation essentielle* », RDC 2011, n°2, p. 681, n° 2.

¹⁷⁴¹ D. FENOUILLET, « *La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ?* », RDC 2011, n° 2, p. 644.

« contractuels », ils sont « accordés par le contrat »¹⁷⁴² et, d'autre part, « adventices » ou « adjoints », ils sont stipulés par des clauses accessoires lesquelles viennent « se greffer sur une situation contractuelle préexistante et introduisent de l'unilatéral dans un mécanisme, le contrat, qui n'en est pas l'espace naturel »¹⁷⁴³. M. FENOUILLET, au sujet des « droits potestatifs adjoints » définis par Madame ROCHFELD, résume que selon cette dernière « certains sont relatifs à la formation de la situation contractuelle (faculté de dédit, de renonciation), d'autres à l'exécution du contrat (faculté de choisir les modalités d'exécution de l'obligation, de modifier l'objet du contrat, de choisir les moyens d'exercice du droit, d'autoriser le sous-contrat, de mettre en œuvre une clause de concurrence, de mobilité), d'autres encore à la dissolution du contrat (ainsi de la faculté de dénonciation, de la faculté de résiliation unilatérale dans les contrats à durée déterminée, de la clause d'intuitus personae permettant la résiliation du contrat si la configuration de la personne morale contractante change, de la clause de non-renouvellement si la tacite reconduction est prévue, de la clause de résolution pour inexécution). »¹⁷⁴⁴. Un autre auteur considère quant à lui que le contrôle des prérogatives contractuelles se manifeste principalement par les conditions d'exercice des « droits accessoires », c'est-à-dire des « droits dont dispose le créancier en sus des créances principales de donner, de faire ou de mettre à disposition »¹⁷⁴⁵. Partant, à la lumière des différentes acceptations des prérogatives contractuelles, les clauses relatives à l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat (action en résolution, exécution forcée, réduction du prix, dommages-intérêts etc.) sont indéniablement soumises à la bonne foi contractuelle. Elles devront donc être analysées sous le prisme de leur efficacité au regard des exigences relevant de la bonne foi prévues au sein des dispositions relatives aux sanctions contractuelles. Avant de procéder à cette analyse, il nous revient de procéder à une exclusion, celle des exigences applicables aux dites clauses relevant de la mauvaise foi, et donc extérieures aux dispositions relatives aux sanctions contractuelles. En effet, la bonne foi comprend « l'approche minimale de la condamnation des comportements déloyaux et l'approche maximale de l'exigence d'agir au mieux des intérêts du cocontractant »¹⁷⁴⁶. Cette approche minimale correspond à l'interdiction d'agir de mauvaise foi, c'est le noyau dur ou le « socle » de la bonne foi contractuelle alors que l'approche maximale correspond à l'obligation d'agir de bonne foi.

L'exclusion des clauses relatives au « noyau dur » de la bonne foi. Pour l'essentiel, la marge de manœuvre des contractants dans l'aménagement des sanctions contractuelles est régulée par le fait que la bonne foi endosse un caractère d'ordre public. L'article 1104, alinéa 2 du Code civil indique expressément que la bonne foi est d'ordre public, ce que la doctrine soutenait déjà avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016¹⁷⁴⁷. Ainsi, à

¹⁷⁴² J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Le contrat au début du XXIème siècle*, Etudes GHESTIN, LGDJ 2001, n° 7.

¹⁷⁴³ J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Le contrat au début du XXIème siècle*, Etudes GHESTIN, LGDJ 2001, n° 7.

¹⁷⁴⁴ D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », RDC 2011, n° 2, p. 644, n°30.

¹⁷⁴⁵ F. CHENEDE, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles 1 », RDC 2011, N°2, p. 709, n°8. Selon cet auteur, les droits « accessoires » se composent de « droits défensifs » et de « droits potestatifs », lesquels sont les « droits plus offensifs ».

¹⁷⁴⁶ J. MESTRE, « Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », RLDC n° 58, 1^{er} mars 2009.

¹⁷⁴⁷ Fr. TERRE., Simler Ph. SIMLER. et Y. LEQUETTE., « Droit civil. Les obligations », Dalloz, 11^e éd., 2013, n° 487 ; J. MESTRE, « Pour un principe de bonne foi mieux précisé », RLDC 2009/58, n° 3322 ; J. MESTRE, « La clause de bonne foi », in « Les principales clauses des contrats d'affaires », J. MESTRE et J.-Chr. RODA (sous la dir.), Lextenso, 2011 ; Ph. LE TOURNEAU et M. POUMAREDE, « Bonne foi », Rép. civ. Dalloz ; B. FAGES, « Droit des obligations », LGDJ-Lextenso, 4^e éd., 2013, n° 32 ; M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », D. 2015,

moins que la loi en dispose autrement, aucune clause ayant pour objet d'aménager les sanctions contractuelles ne pourrait s'affranchir de la bonne foi contractuelle, cette disposition écartant « toute exclusion conventionnelle de la bonne foi dans un contrat »¹⁷⁴⁸. Il ne fait nul doute qu'une clause qui viendrait aménager l'interdiction pour un contractant d'agir de mauvaise foi ne peut être admise, étant donné que l'abus de droit est un « avatar de l'exigence de bonne foi contractuelle »¹⁷⁴⁹ et que dans ce cas ce dernier revêt un caractère d'ordre public¹⁷⁵⁰. Ainsi, une série de clauses ne pourront pas avoir pour objet d'écarter ou limiter la faculté pour le juge de contrôler l'absence de mauvaise foi des contractants¹⁷⁵¹ comme pour les remèdes contractuels¹⁷⁵², la sanction en serait la déchéance du recours et donc ici du droit d'invoquer la clause. Comme nous allons le voir, ces clauses concernent aussi bien les clauses de renonciation à une sanction contractuelle que celles de facilitation ou freinage d'une telle sanction. En premier lieu, les clauses de renonciation anticipée à une sanction contractuelle ne doivent pas être invoquées de mauvaise foi. Par exemple, ne peut être mise en œuvre de mauvaise foi la clause de renonciation à l'action en résolution¹⁷⁵³ (art. 1227 du Code civil) ou

p. 816, n° 44 ; Ph. DUPICHOT, « Les principes directeurs du droit français des contrats », RDC 2013, p. 387, n° 12.

¹⁷⁴⁸ G. CHANTEPIE, M. LATINA, « Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n° 112.

¹⁷⁴⁹ D. HOUTCIEFF, « Droit des contrats », 5^{ème} éd., 2021, éd. Bruylant, collection paradigme, n° 638 ; V. aussi : P. STOFFEL-MUNCK, « L'abus dans le contrat – essai d'une théorie », Thèse, L.G.D.J., 2000, p. 79 ; L. CADIET ; P. le TOURNEAU, « Abus de droit », R. dr. civ. Dalloz, Juin 2015 (actualisation : Mai 2017), n° 81.

¹⁷⁵⁰ V. notamment en ce sens : M. MARKOVITCH, « La théorie de l'abus des droits en droit comparé », thèse, LGDJ, 1936, p. 185 ; G. LARDENNOIS « De l'application de l'article 1384, § I (responsabilité du fait des choses) en matière contractuelle », thèse, Paris : F. Loviton, 1935, p. 126 ; P. STOFFEL-MUNCK, « L'abus dans le contrat – essai d'une théorie », Thèse, L.G.D.J., 2000, n°545.

¹⁷⁵¹ Ainsi, Madame LAMOUREUX affirmait que les parties ne peuvent pas « écarter purement et simplement le contrôle judiciaire de la loyauté et de l'abus, ni retenir des critères restrictifs trop éloignés de ceux qui sont communément admis par les juges en l'absence de clause. » mais que « lorsque les stipulations des parties se contentent d'arrangements qui n'apparaissent pas « manifestement » injustes ou déraisonnables, elles pourront être validées. Les parties sont ainsi admises, dans une certaine mesure, à guider le juge dans l'appréciation de leur comportement et l'imperium des contractants, même en ce domaine, a donc un rôle à jouer » (M. LAMOUREUX, « L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants », Thèse, LGDJ, Tome II, n° 613 et 614). Cette nuance apportée par Madame LAMOUREUX concernait des clauses qui, dans le cadre de notre étude, ne relèvent pas de l'exigence d'absence de mauvaise foi mais de l'exigence d'agir de bonne foi. Par exemple, les clauses en cause étaient relatives aux clauses de préavis en cas de rupture du contrat ou aux clauses relatives aux motifs de décisions unilatérales (lesquelles découlent de l'exigence de bonne foi). En ce sens, Madame LAMOUREUX reconnaît que les parties ne disposent pas de marge de manœuvre concernant les clauses entrant en contradiction avec « la cohérence du comportement du créancier » ou celles « invoquées pour faire obstacle à la sanction d'une véritable intention de nuire ou dolosive » (M. LAMOUREUX, « L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants », Thèse, LGDJ, Tome II, n° 613).

¹⁷⁵² R. JABBOUR, « La bonne foi dans l'exécution du contrat », thèse, 2016, LGDJ, n°532 à 536.

¹⁷⁵³ La Cour de cassation concernant une clause de renonciation anticipée à l'action en résiliation considère que le moyen faisant grief à l'arrêt rendu par la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si cette clause avait été invoquée de bonne foi n'était pas recevable. La Cour n'admet pas ce moyen car celui-ci n'avait pas été soutenu auparavant dans les conclusions du demandeur au pourvoi, le moyen était donc nouveau, mélangé de fait et de droit. Implicitement, cela signifie donc que si le moyen n'était pas nouveau, il aurait été pris en compte par la Cour Régulatrice (Cass. civ. 3^{ème}, 3 nov. 2011, n° 10-26.203). V. en ce sens : C. E. BUCHER, « La clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire », Contrat de vente, CCC., n° 6, juin 2020, form. 6 ; A.-S. LUCAS-PUGET, « Contrats - La clause d'exécution forcée en nature », Responsabilité civile et assurances n° 5, mai 2013, form. 5. ; O. PIGNATARI, « La validité de la renonciation anticipée à l'action en résolution : un pas de plus vers la contractualisation de la résolution judiciaire », LPA 29 mai 2012, n° 107, p. 10 ; Ch. SIZAIRE, « Validité de la renonciation anticipée à la mise en œuvre de l'action résolutoire dès la conclusion du contrat », cons. urb. n° 4, avr. 2012, comm. 74. V. aussi en faveur de la neutralisation de la clause de renonciation anticipée à la résolution en cas de mauvaise foi : Ph. DELEBECQUE, « Les clauses allégeant les obligations dans les contrats », Thèse, 1981, n° 172, p. 207 ; P. DURAND, « Des conventions d'irresponsabilité », Thèse, 1931, n° 46, p. 138).

en demande de dommages-intérêts¹⁷⁵⁴ (art. 1231-1 du Code civil). Il doit en aller de même s'agissant des autres clauses de renonciation anticipée à l'action en réduction du prix (art. 1223 du Code civil), à l'exécution forcée (art. 1221 et 1222 du Code civil) ou à l'exception d'inexécution (art. 1219 et 1220 du Code civil). En second lieu, les clauses de facilitation ou freinage ne doivent pas non plus être invoquées de mauvaise foi. La jurisprudence est particulièrement prolifique en matière de clauses résolutoires où l'invocation de la mauvaise foi permet de neutraliser la mise en œuvre de telles clauses en raison du comportement malveillant ou déloyal¹⁷⁵⁵, contradictoire ou incohérent¹⁷⁵⁶ du contractant auteur de la résiliation, voire même pour lui permettre d'éluder l'exécution de ses obligations¹⁷⁵⁷. Les clauses limitatives ou élusives de responsabilité sont également soumises à l'exigence d'absence de mauvaise foi¹⁷⁵⁸, laquelle ne se confond pas strictement avec la faute dolosive dans l'exécution du contrat¹⁷⁵⁹. Les clauses pénales ou même celles relatives aux dommages-

¹⁷⁵⁴ V. en ce sens : J. GATSI, actualisé par J.-D. PELLIER, JCl. Contrats – distribution, fasc. 310, « Vente .- Obligation de délivrance du vendeur .- Sanction de l'inexécution », 16 juill. 2018, n° 128.

¹⁷⁵⁵ Cass. com. 8 oct. 2013, n° 12-22.952 (pour une clause résolutoire mise en œuvre par un concédant dans le but d'entraver la reconversion professionnelle de concessionnaires) ; Cass. com. éco. et fin., 7 mai 2019, n° 17-29.004 (pour une clause résolutoire mise en œuvre en raison d'un motif de résiliation imputable au contractant à l'origine de cette demande en résiliation) ; Cass. civ. 3^{ème}, 5 juin 1991, n° 89-21.166 (pour une clause résolutoire mise en œuvre pour défaut d'exécution des travaux de ravalement de la façade d'un immeuble sans tenir compte des délais nécessaire à l'exécution de ces travaux, à leur nature et leur importance) ; Cass. civ. 3^{ème}, 16 oct. 1973, n° 72-11.956 (pour une clause résolutoire mise en œuvre en connaissance du départ en vacances des contractants, ainsi que de la durée et des motifs de cette absence).

¹⁷⁵⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 5 nov. 2015, n° 14-11.024 (pour une clause résolutoire mise en œuvre suite au non paiement des charges par le locataire après que le bailleur se soit abstenu durablement de procéder à leur régularisation) ; Cass. civ. 3^{ème}, 18 sept. 2012, n° 11-23.051 (pour une clause résolutoire mise en œuvre alors qu'une mesure d'expertise des travaux à réaliser était en cours et en tirant partie d'informations recueillies lors de la première réunion d'expertise) ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 févr. 1999, n° 96-21.997 (pour une clause résolutoire mise en œuvre alors que la crédiérentière agissait en recouvrement d'une créance envers sa mère échue depuis plus de douze ans sans protestation de la crédiérentière qui avait accepté deux augmentations successives du montant annuel des arrérages)

Cass. civ. 3^{ème}, 8 avr. 1987, n°85-17.596 (pour une clause résolutoire mise en œuvre après s'être abstenu de réclamer la rente aux débirentiers pendant plus de dix ans et manifestant un brusque changement de comportement du crédiérentier). Par exemple, Madame SKRZYPNIAK considère que la stipulation d'une clause de tolérance « peut rendre plus difficile la preuve d'une confiance légitime née dans l'esprit du débiteur et, donc, la preuve de l'incohérence du créancier. En aucun cas, toutefois, elle ne saurait annihiler le pouvoir d'appréciation du juge dans le comportement des parties et encore moins son pouvoir de sanctionner la déloyauté contractuelle » (H. SKRZYPNIAK, « La clause de tolérance », D. 2016, p. 218) ; V. aussi : D. MAZEAUD, « L'encadrement du pouvoir du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », RDC 2015, n°1, p. 187, n° 15.

¹⁷⁵⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 25 oct. 2018, n° 17-17.384 (pour une clause résolutoire mise en œuvre pour un simple retard de quelques jours de l'envoi d'un justificatif d'assurance afin de permettre au bailleur d'éluder ses propres manquements tenant à la mise en conformité du bien loué) ; Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} févr. 2018, n° 16-28.684 (pour une clause résolutoire mise en œuvre dans le but pour le bailleur de se soustraire aux travaux lui incombant et réclamés par le locataire avant la délivrance de la mise en demeure).

¹⁷⁵⁸ V. en ce sens : Ph. STOFFEL-MUNCK, « Créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier », D. 2007, p. 2839, n°9 ; Comm. C. CHABAS, « Motivation d'une résiliation unilatérale et exercice abusif de ce droit », sous Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-19.736, JCP, éd. gén., n° 13, 25 Mars 2009, II 10052 ; Ph. DELEBECQUE, « Prerogative contractuelle et obligation essentielle », RDC 2011, n°2, p. 681, n° 2.

¹⁷⁵⁹ En effet, un auteur estime que la faute dolosive inférant une « conscience du dommage correspond alors à un degré supplémentaire de mauvaise foi » à une « mauvaise foi qualifiée » (Y. PICOD, « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », thèse, LGDJ, 1988, n°30), à rebours, un autre auteur estime que la différence entre le dol et la mauvaise foi « ne tient pas à la gravité de la méconnaissance, mais elle résulte de l'objet que le dol et la mauvaise foi entendent garantir. ». En effet, le dol « vise à sanctionner le manquement à une obligation contractuelle » alors que la mauvaise foi est « une sentinelle du comportement de bonne foi légitimement attendu dans le cadre de l'exécution du contrat. » ; le raisonnement pour le premier concerne une « obligation » alors que pour la seconde il concerne un « devoir ». En résumé, si l'inexécution est délibérée, c'est le dol qui s'appliquera en lieu et place de la mauvaise foi, laquelle est cantonnée « aux seuls manquements

intérêts sont également soumises à cette même exigence¹⁷⁶⁰. Dans l'ensemble de ces hypothèses où chaque clause relative à l'aménagement de sanctions contractuelles est inféodée à l'exigence d'absence de mauvaise foi, les parties ne disposent pas de marge de manœuvre pour l'aménager dans la mesure où il s'agit ici du cœur de cette notion. Le statut d'ordre public de la bonne foi devrait essentiellement s'appliquer à cette notion resserrée de la bonne foi¹⁷⁶¹ limitée à l'absence de mauvaise foi¹⁷⁶². D'ailleurs, la jurisprudence a semblé montrer des signes en faveur d'un tel resserrement de la notion de la bonne foi¹⁷⁶³. Le contrôle judiciaire tenant à la caractérisation d'un comportement traduisant la mauvaise foi d'un contractant ne devrait pas rencontrer d'obstacle lié à la volonté des parties. Mais le fait que le juge ne puisse être contraint par la volonté des parties en la matière ne signifie pas qu'il ne puisse volontairement en tenir compte ou qu'il refuse systématiquement d'en tenir compte. Par exemple, il a pu être tenu compte par la jurisprudence des clauses de tolérance¹⁷⁶⁴, lesquelles peuvent constituer « *un guide, un indice, un élément venant aider le juge dans l'interprétation du comportement des parties et, plus précisément, dans le sens à donner à l'inertie du contractant* » mais qui en aucun cas « *ne saurait(en)t annihiler le pouvoir d'appréciation du juge dans le comportement des parties et encore moins son pouvoir de sanctionner la déloyauté contractuelle. (...) Ce contrôle du juge est essentiel pour que la clause de tolérance ne devienne pas une excuse à l'incohérence.* »¹⁷⁶⁵. La clause de tolérance est donc sur le principe valable mais ne saurait lier le juge dans son office si celle-ci était mise en œuvre de mauvaise foi par le contractant souhaitant s'en prévaloir¹⁷⁶⁶. Ainsi, « *la clause qui dispenserait les parties de l'exigence de bonne foi (on n'ose la dénommer clause de mauvaise foi...), serait en revanche nulle.* »¹⁷⁶⁷. En tout état de cause, le périmètre de notre étude réservé à l'analyse des clauses relatives à l'aménagement des sanctions de l'inexécution n'inclut pas les clauses relatives à l'aménagement de la bonne foi en elle-même mentionnée à l'article 1104 du Code civil ; seules nous intéressent les dispositions du Code civil relatives à l'inexécution du contrat découlant de la bonne foi contractuelle (soit, les articles 1217 à 1231-7 du Code civil). Il est vrai que seulement deux sanctions contractuelles font expressément référence à la bonne ou mauvaise foi du débiteur. En effet, l'article 1221 du Code civil exige que le débiteur souhaitant s'opposer à la poursuite de l'exécution forcée en nature et se prévalant de l'existence d'une « *disproportion manifeste* » entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier soit de « *bonne foi* ». Or, cet ajout issu de la loi du 20 avril 2018

comportementaux au stade de l'exécution de la convention, quelle qu'en soit leur gravité d'ailleurs » (R. JABBOUR, « *La bonne foi dans l'exécution du contrat* », thèse, 2016, LGDJ, n°154).

¹⁷⁶⁰ V. en ce sens : P.-Y. GAUTIER, « *Une étrange garantie de passif est l'occasion d'un arrêt doctrinal sur la bonne foi contractuelle* », D. 2007, p. 2844 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier* », D. 2007, p. 2839, n°9 ; Comm. C. CHABAS, « *Motivation d'une résiliation unilatérale et exercice abusif de ce droit* », sous Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-19.736, JCP, éd. gén., n° 13, 25 Mars 2009, II 10052.

¹⁷⁶¹ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 64.

¹⁷⁶² Cette conception resserrée de la bonne foi correspond à ce que Monsieur LAITHIER dénomme « *la fonction modératrice* » de la bonne foi, laquelle « *appelle un contrôle du comportement, ainsi qu'une sanction de la mauvaise foi* » (Y.-M. LAITHIER, « *L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire ?* », D. 2014, p. 33).

¹⁷⁶³ V. par exemple : Cass. com., 13 sept. 2016, n° 14-26.713 ; Th. GENICON, « *Obligation d'exécuter le contrat de bonne foi : beaucoup de modération* », RDC 2017, n° 1, p. 14.

¹⁷⁶⁴ V. notamment : Cass. civ. 3^{ème}, 31 oct. 2007, n° 06-18.474 ; Cass. com. 17 juill. 2001, n° 98-19.258.

¹⁷⁶⁵ H. SKRZYPNIAK, « *La clause de tolérance* », D. 2016, p. 218.

¹⁷⁶⁶ V. également pour un raisonnement similaire concernant la clause d'intégralité : « *une clause d'intégralité ne pourrait pas tenir le juge en respect quand la mauvaise foi d'un contractant est au cœur du débat judiciaire* » (D. MAZEAUD, « *L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation* », RDC 2015, n°1, p. 187, n°15).

¹⁷⁶⁷ J. MESTRE, « *clause de bonne foi* », in « *Les principales clauses des contrats d'affaires* », F. BUY ; M. LAMOUREUX ; J. MESTRE ; J.-Chr. RODA (sous la dir.), Lextenso, 2019, p. 88.

n'est rien d'autre que le prolongement de l'exigence de bonne foi prévue à l'article 1104 du Code civil¹⁷⁶⁸ selon laquelle le débiteur est obligé à « *une exécution honnête et complète de l'obligation promise, incluant les efforts propres à assurer à son partenaire la satisfaction attendue, sans chicaner ou ergoter sur les termes du contrat.* »¹⁷⁶⁹. Elle ne peut donc faire l'objet d'aménagement contractuel compte tenu de la vocation d'ordre public de l'article 1104 du Code civil¹⁷⁷⁰. Un raisonnement similaire peut être soutenu s'agissant de l'article 1231-6 du Code civil lequel autorise le créancier à réclamer à son débiteur en retard (et donc redevable de dommages-intérêts moratoires) un préjudice indépendant de ce retard en cas de « *mauvaise foi* » de sa part. Ce contrôle par les juridictions de la « *mauvaise foi* » du débiteur ne peut faire l'objet d'aménagements contractuels. Partant, hormis ces deux dispositions précitées, il n'est pas fait mention expresse de la bonne ou mauvaise foi au sein de la Section 5 du Code civil « *L'inexécution du contrat* ». Cependant, force est de constater que certaines dispositions de cette même Section du Code civil découlent de l'exigence de bonne foi contractuelle. C'est précisément les clauses qui portent sur ces dispositions qui retiendront alors toute notre attention dans le cadre de cette étude.

L'admission des clauses relatives aux contours du « noyau dur » de la bonne foi telle que formalisée au sein des dispositions du Code civil relatives à l'inexécution du contrat. A titre liminaire, il convient de souligner le lien étroit existant entre certaines formalités concourant à la collaboration des parties prévues au sein des sanctions contractuelles (notification, mise en demeure, meilleurs délais etc.) et l'exigence de bonne foi. Ce lien est établi par une partie importante de la doctrine, laquelle estime que toute forme d'avertissement préalable (mise en demeure, notification, délai de régularisation) de son cocontractant peut être considérée comme une manifestation de la bonne foi en ce qu'elle participe à la promotion du devoir de coopération, de collaboration et de loyauté contractuelle¹⁷⁷¹. Partant, nous tiendrons pour vrai que ces différentes formalités telles que prévues au sein

¹⁷⁶⁸ V. notamment en ce sens : G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n°638 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 551.

¹⁷⁶⁹ A. BENABENT, « *Droit des obligations* », L.G.D.J préc. domat droit privé, 18^{ème} éd., 2019, n° 301.

¹⁷⁷⁰ « *En revanche, un débiteur ne peut pas exclure la bonne foi par convention (V. art. 1104 al. 2) et se réserver la possibilité de se prévaloir d'une disproportion manifeste même en cas de comportement déloyal.* » (O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 552) ; « *En revanche, ne le serait pas (licite) celle par laquelle un débiteur interdirait au créancier d'invoquer la disproportion même en cas de manquement de sa part à la bonne foi. La bonne foi ne peut être exclue par la convention (C. civ., art. 1104).* » (Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, « *Droit des obligations* », 15^{ème} éd., 2019, Lexisnexis, n° 561).

¹⁷⁷¹ R. LIBCHABER, « *Rôle effectif et concevable de la mise en demeure* », RDC juin 2021, n°2, p. 36 ; O. DESHAYES « *Exception d'inexécution* » Rép. dr. civ. (Dalloz), juillet 2018 (actualisation : nov. 2019), n°126 ; B. GRIMONPREZ, « *Mise en demeure* », Rép. dr. civ. (Dalloz), avr. 2017 (actualisation : févr. 2021), n° 6 ; G. CHABOT, « *Mise en demeure* », rép. dr. civ. (Dalloz), sept. 2015, (actualisation : déc. 2019), n°2 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, « *Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale - Quasi-contrats* », PUF, 2014, n° 173 ; G. VINEY, « *Dispense de mise en demeure pour l'allocation de dommages et intérêts compensatoires* », D., 2007, p. 2642 ; C. POPINEAU-DEHAULLON, « *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Etude comparative* », thèse, LGDJ, 2006, p. 461 ; B. FAGES, « *Le comportement du contractant* », thèse, PUAM, 1997, n° 558 ; N. VEZINA, « *La demeure, le devoir de bonne foi et la sanction extrajudiciaire des droits du créancier* », (1996), 26 R.D.U.S ; X. LAGARDE, « *Remarques sur l'actualité de la mise en demeure* », JCP, n°46,13 nov. 1996, doct. 3974, n° 1 ; D. TALLON, « *L'inexécution du contrat : pour une autre présentation* », RTD civ. 1994, p. 223 et p. 232, n° 29 ; F. OSMAN, « *Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit* », Defrénois, 30 janv. 1993, n°2, p. 65, n°10 ; Y. PICOD, « *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat* », JCP, 1988 I 3318 ; Ph. RÉMY, Rev. trim. dr. civ. 1982, p. 620 ; F. DAVID, « *De la mise en demeure* », in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1939, p. 130 ; R. DEMOGUE, « *Traité des obligations en général* », II. effets des obligations, t. VI, , 1931, éd. : A. Rousseau, n° 29, p. 38.

des sanctions de l'inexécution du contrat constituent des mises en application de l'exigence générale de bonne foi. De ce fait, nous considérerons que relèvent bien de notre sujet les clauses renforçant ou étendant les modalités découlant de la bonne foi telle que matérialisée au sein des sanctions contractuelles et celles assouplissant les modalités découlant de la bonne foi au sein des dispositions de l'inexécution du contrat (mise en demeure, meilleurs délais, délai raisonnable etc.). S'agissant des premières, il ne fait nul doute que les clauses visant à renforcer ou alourdir une modalité issue de l'exigence de bonne foi sont valables¹⁷⁷². En effet, une clause de bonne foi peut « *utilement renforcer l'exigence de bonne foi telle que la conçoit la jurisprudence* », par exemple, en précisant « *plus énergiquement qu'à l'ordinaire les effets de l'exigence de la bonne foi* »¹⁷⁷³. Ces clauses concernent pour l'essentiel les clauses de freinage lesquelles visent à ralentir la mise en œuvre d'une sanction contractuelle en alourdissant une formalité légale, par exemple, en imposant l'envoi d'une mise en demeure alors que celle-ci n'est pas légalement requise¹⁷⁷⁴ ; il peut ainsi parfaitement être stipulé que l'exception d'inexécution pourra être mise en œuvre moyennant l'envoi d'une mise en demeure préalable¹⁷⁷⁵. Il pourrait également s'agir d'étendre le champ d'application de la bonne foi lorsqu'elle est prévue par les dispositions de l'inexécution du contrat (par exemple, la stipulation d'une clause imposant au créancier d'invoquer l'exécution forcée en nature de « *bonne foi* » en miroir avec la « *bonne foi* » du débiteur exigée lorsqu'il tente de se prévaloir de la disproportion manifeste¹⁷⁷⁶). Plus encore, le respect d'une obligation de motivation là où la loi ne la prévoit pas au sein des sanctions contractuelles pourrait vraisemblablement être stipulée¹⁷⁷⁷. S'agissant des secondes, ces clauses portant sur les dispositions découlant de l'exigence de bonne foi au sein des sanctions de l'inexécution du contrat, elles pourraient dans une certaine mesure faire l'objet d'aménagements contractuels¹⁷⁷⁸. En effet, force est de

¹⁷⁷² B. FAGES, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 10^{ème} éd., 2020, n° 278 ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n°112 ; D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 5^{ème} éd., 2021, éd. Bruylant, collection paradigme, n°525 ; M. LAMOUREUX, « *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants* », Thèse, LGDJ, Tome II, n° 612 ; V. aussi le commentaire de l'article 1.7 des Principes Unidroit selon lequel « *rien n'empêche les parties de prévoir dans leur contrat l'obligation de respecter des critères de comportement plus stricts* ».

¹⁷⁷³ J. MESTRE, « *clause de bonne foi* », in « *Les principales clauses des contrats d'affaires* », F. BUY ; M. LAMOUREUX ; J. MESTRE ; J.-Chr. RODA (sous la dir.), Lextenso, 2019, p. 87.

¹⁷⁷⁴ V. en ce sens la jurisprudence rendue admettant la validité de clauses imposant une mise en demeure préalable : CA, Paris, pôle 4, ch. 1, 12 mai 2017, n° 15/19385 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 24 févr. 2016, n° 13/19611 ; CA, Paris, pôle 4, ch. 1, 22 mai 2014, n° 12/16738 ; CA, Versailles, 30 nov. 2009, n° JurisData 2009-380662 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 2, 16 oct. 2009, n° 08/11377 ; CA, Rennes, 6 mars 2003, n° 01/05528.

¹⁷⁷⁵ V. par exemple en ce sens : O. DESHAYES « *Exception d'inexécution* » Rep. dr. civ. (Dalloz), juillet 2018 (actualisation : nov. 2019), n°126. Cependant, il est vrai qu'une telle stipulation pourrait sembler curieuse dans la mesure où en tant que remède suspensif de justice privé et mesure conservatoire, l'exception d'inexécution joue en elle-même lors de sa mise en œuvre ce même rôle à l'égard du débiteur, en le sommant de s'exécuter (C. POPINEAU-DEHAULLON, « *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Étude comparative* », thèse, LGDJ, 2006, p. 477 ; R. LIBCHABER, « *Demeure et mise en demeure en droit français – Rapport français* » in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé (sous la dir. de M. FONTAINE, G. VINEY), Bruxelles, Bruylant, t. XXXII, 2001, n°20 ; C. MALECKI, « *L'exception d'inexécution* », Thèse, LGDJ, 1999, n°285).

¹⁷⁷⁶ V. sur la possibilité pour le juge d'ajouter le respect de la bonne foi par le créancier en cas de mise en œuvre de l'article 1221 du Code civil : O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 551 selon lesquels « *la bonne foi requise du débiteur ne l'est pas du créancier (...)* Toutefois, dans le silence de la loi, c'est une condition que le juge pourrait introduire, non pas par soucis de symétrie, mais parce que la bonne foi est un devoir de portée générale (V. art. 1104). ».

¹⁷⁷⁷ « *Après tout, l'existence de l'obligation de motivation est très vraisemblablement aménageable, car rien ne s'oppose à ce qu'une clause impose une obligation de motivation là où la loi l'oublie.* » (J.-F. HAMELIN, « *L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant* », RDC 2018, n° 3, p. 514).

¹⁷⁷⁸ V. sur ce point : Y.-M. LAITHIER, « *L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire ?* », D. 2014, p. 33. Cet auteur considère que la bonne foi remplit deux fonctions « *la*

constater que toutes les manifestations de la bonne foi consacrées par le juge avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 ne sont pas nécessairement d'ordre public. Certes, il est vrai que l'obligation d'information précontractuelle codifiée à l'article 1112-1 du Code civil, initialement fondée sur la bonne foi contractuelle¹⁷⁷⁹, est expressément d'ordre public car « *Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.* ». Cependant, l'imprévision prévue à l'article 1195 du Code civil, dont certaines situations entrent dans le champ d'application de la bonne foi car imposant une obligation de renégociation¹⁷⁸⁰, serait supplétive de volonté à en croire le rapport remis au président de la République¹⁷⁸¹. Plus encore, nul ne pourrait soutenir que l'obligation de minimiser le dommage serait d'ordre public¹⁷⁸² en ce qu'elle découlerait de la bonne foi¹⁷⁸³. Partant, notre étude nous amène à examiner plus en détail l'efficacité des clauses au regard des exigences découlant de la bonne foi contractuelle telle que transposée au sein des dispositions du Code civil de l'inexécution du contrat. Les clauses essentiellement concernées sont celles assouplissant les modalités prévues par les sanctions contractuelles, seules les clauses de facilitation seront donc traitées dans le cadre de ces développements. En revanche, les clauses de renonciation individuelle ou

fonction modératrice, qui appelle un contrôle du comportement, ainsi qu'une sanction de la mauvaise foi » et « la fonction complétive (ou créatrice), qui permet au juge d'enrichir le contenu obligationnel de la convention ». Ainsi, « la fonction modératrice échapperait à la volonté des parties, alors que la fonction complétive serait susceptible d'aménagements conventionnels. En d'autres termes, une clause pourrait valablement limiter ou exclure certaines règles déduites de la bonne foi. ». V. aussi : M. LAMOUREUX, « L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants », Thèse, LGDJ, Tome II, n° 613 : « On conclura ensuite que les parties sont libres d'aménager les contours des notions de bonne foi et d'abus de droit dès lors que leur aménagement n'est pas excessivement réducteur. Les parties ne peuvent donc pas écarter purement et simplement le contrôle judiciaire de la loyauté et de l'abus, ni retenir des critères restrictifs trop éloignés de ceux qui sont communément admis par les juges en l'absence de clause. ». V. en sens contraire : « Le juge pourrait-il compléter le contenu du contrat, sous prétexte de l'interpréter, en s'inspirant des suites naturelles que l'équité impose, en dépit d'une clause excluant cette source d'obligations complétives ? On sait que la Cour de cassation a eu, à plusieurs reprises, l'occasion de décider que les obligations incorporées par le juge dans le contrat sur le fondement de l'équité étaient d'ordre public et qu'elles n'étaient donc susceptibles d'aucun aménagement contractuel relatif à leur existence ou aux conséquences d'un manquement contractuel les affectant. » (D. MAZEAUD, « L'encadrement des pouvoirs du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », RDC 2015, n°1, p. 187, n°15).

¹⁷⁷⁹ C. GRIMALDI, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon... », D. 2016, p. 1009, n°1.

¹⁷⁸⁰ P. ANCEL, « Imprévision et bonne foi en droit québécois », RDC 2017, n°3, p. 546 : « En France, chacun se souvient du courant jurisprudentiel qui, dans les années 1990, donc plusieurs années avant la réforme de 2016, s'était servi du principe de bonne foi inscrit à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil pour remédier à certaines situations entrant dans le champ de l'imprévision en sanctionnant par l'octroi de dommages-intérêts le refus du contractant favorisé de renégocier le contrat pour l'aider à surmonter ses difficultés ».

¹⁷⁸¹ S'agissant de l'article 1195 du Code civil, le rapport énonce que « ce texte revêt un caractère supplétif, et les parties pourront convenir à l'avance de l'écarter pour choisir de supporter les conséquences de la survenance de telles circonstances qui viendraient bouleverser l'économie du contrat. » (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).

¹⁷⁸² V. en particulier : O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 64 : « Par exemple, en l'absence de disposition légale précise, il ne saurait être question à l'avenir d'imposer au créancier un devoir de minimiser le dommage sur le fondement de la bonne foi puisque, en application de l'article 1104, alinéa 2, cela interdirait aux parties d'écarter un tel devoir et donc d'aménager les suites de l'inexécution de l'obligation contractuelle. ».

¹⁷⁸³ Certains auteurs considèrent que l'obligation de minimiser le dommage pourrait être fondée sur la bonne foi contractuelle (S. REIFEGERSTE, « Pour une obligation de minimiser le dommage », thèse, PUAM, 2002, n° 204 ; P. GROSSER, « Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification », Thèse, 2000, n° 740 ; B. FAGES, « Le comportement du contractant », thèse, PUAM, 1997, n° 568 ; Y. PICOD, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in Le juge et l'exécution du contrat (ss dir. J. Mestre) : PU Aix-Marseille, 1993, n°13 ; R. DEMOGUE, « Traité des obligations en général », t. 6, éd. 1931, n°12.

collective aux sanctions contractuelles compte tenu de leur objet (renoncer de manière anticipée à une sanction contractuelle) n'impliquent pas la mise en œuvre des modalités formelles ou temporelles des sanctions contractuelles (pour reprendre une distinction déjà établie par un auteur¹⁷⁸⁴). Si ces modalités ne s'appliquent pas à ces clauses de renonciation, il reste bien entendu que ces clauses sont elles-mêmes soumises à l'exigence de bonne foi comme d'ailleurs les clauses de facilitation et de freinage. Ces clauses doivent donc être mises en œuvre de bonne foi, en application de l'article 1104 du Code civil, pour être efficaces. Toutefois, dans la présente étude, nous n'analyserons pas ces clauses car celle-ci porte sur les clauses d'aménagement relatives aux sanctions contractuelles et non sur les clauses d'aménagement relatives à la bonne foi contractuelle. En tout d'état de cause, la vérification de l'application de l'exigence de bonne foi aux clauses aménageant chaque sanction contractuelle ne présenterait pas grand intérêt, dans la mesure où la bonne ou mauvaise foi ne s'apprécie pas différemment selon la sanction contractuelle en cause. Il convient donc dans ces hypothèses de respecter les exigences découlant de la bonne foi identifiée ci-avant. En revanche, les clauses de facilitation présentent un intérêt particulier car il semble possible dans une certaine mesure d'assouplir les modalités formelles et temporelles prévues par chaque sanction prévue par la Section 5 du Code civil intitulée « *l'inexécution du contrat* ». Or, comme nous le verrons, la marge de manœuvre des parties pour procéder à cet aménagement n'est pas la même selon la modalité formelle ou temporelle concernée. Par conséquent, il conviendrait alors de déterminer la mesure de la marge de manœuvre dont disposent les parties s'agissant des modalités formelles (**Chapitre I**) et des modalités temporelles (**Chapitre II**) matérialisées au sein des dispositions du Code civil relatives aux sanctions contractuelles.

CHAPITRE I : Les conditions d'efficacité des clauses d'aménagement des modalités formelles des sanctions contractuelles

En préambule au présent chapitre, il nous semble important de procéder à quelques rappels concernant l'une des modalités formelles les plus notoires : la mise en demeure. Cette introduction sera également l'occasion d'exclure du champ de notre étude les situations où une dispense ou une obligation de mise en demeure résulte d'une disposition légale impérative. Nous aborderons plus loin les autres modalités formelles que sont la notification et l'obligation de motivation.

Définition et traits caractéristiques de la mise en demeure. Le Vocabulaire juridique du Doyen CORNU a proposé une définition de cette notion de mise en demeure, celle-ci signifie « être – au regard du Droit – en retard pour exécuter une obligation, situation juridique dans laquelle se trouve le débiteur soit à partir du moment où il reçoit du créancier sommation de s'exécuter, soit de plein droit en certains cas (conventions des parties, obligation délictuelle, violation d'une obligation de ne pas faire) et qui a pour caractéristique de mettre à sa charge des dommages-intérêts (moratoires) et les risques (C. civ., a. 1231, 1344-2, 1351). »¹⁷⁸⁵. En effet, le terme « *demeure* » vient du latin *mora* qui signifie retard et, en ce sens, le dictionnaire Larousse définit la demeure comme étant le « *Retard apporté par le débiteur*

¹⁷⁸⁴ J.-F. HAMELIN, « *L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant* », RDC 2018, n° 3, p. 514.

¹⁷⁸⁵ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Demeure* », p. 326.

dans l'exécution de son obligation, constaté par une interpellation du créancier effectuée par sommation. ». La mise en demeure est donc un « un moyen de provoquer la demeure », c'est « tout acte qui permet de mettre en garde le débiteur contre la perte d'un de ses droits »¹⁷⁸⁶, il a vocation à « stigmatiser le retard qu'accuse le débiteur dans l'exécution de son obligation. »¹⁷⁸⁷. On peut aussi affirmer que la mise en demeure est « l'acte par lequel on notifie à une personne ce que l'on croit être en droit d'attendre d'elle. »¹⁷⁸⁸. Les principaux traits caractéristiques de la mise en demeure sont qu'il s'agit d'« un acte juridique unilatéral et réceptice, comminatoire »¹⁷⁸⁹. Un acte juridique unilatéral car l'acte consistant à mettre en demeure une personne « émane d'une seule personne, d'une volonté unique »¹⁷⁹⁰ et constitue une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit (art. 1100-1, C. civ.). Un acte réceptice car la mise en demeure concerne des « actes juridiques unilatéraux qui n'existent que par la notification qui en est faite à leur destinataire »¹⁷⁹¹. Un acte comminatoire car la mise en demeure « énonce une menace », c'est un acte juridique « qui indépendamment de l'effet immédiat qu'il produit, contient la menace d'une sanction civile, pénale ou disciplinaire en cas d'inexécution d'une obligation (...) la mise en demeure contient la menace d'une action en justice et de la mise en œuvre des voies de droit »¹⁷⁹². De manière plus globale, il a pu également être rattaché à la mise en demeure une triple finalité : « faire connaître au débiteur que le créancier a intérêt à l'exécution immédiate du contrat, ou bien à donner au débiteur une dernière chance d'exécuter le contrat en nature, ou bien à constater officiellement son inexécution et à permettre au créancier de s'en prévaloir. »¹⁷⁹³. Si le Code civil ne s'est pas grandement étendu sur le régime juridique applicable à la mise en demeure, cela n'a pas empêché la doctrine d'y consacrer des développements généraux importants¹⁷⁹⁴.

Évolutions des textes consacrant la mise en demeure en droit commun. L'ancien article 1139 du Code civil stipulait initialement que « *Le débiteur est constitué en demeure, soit par une sommation ou par autre acte équivalent, soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure.* ». Cette règle provient de l'adage latin « *Dies non interpellat pro homine* », ce qui signifie que « *le jour n'appelle pas l'homme* ». Autrement dit, l'arrivée de la date de l'échéance d'une obligation ne vaut pas mise en demeure du débiteur. A la faveur de la loi du 10 juillet 1991 portant sur la réforme des procédures civiles d'exécution, une précision a été apportée au sein de cet article. Ce dernier prévoit que la constitution en demeure est établie, alternativement, par une sommation ou par un autre acte équivalent « *telle une lettre missive*

¹⁷⁸⁶ M. POUMAREDE, « *Droit de la responsabilité et des contrats* » (sous la dir. de Ph. LE TOURNEAU), Dalloz action 2021/2022, 12^{ème} éd., chap. 3213, n°3213.71.

¹⁷⁸⁷ G. CHABOT, « *Mise en demeure* », rép. dr. civ. (Dalloz), sept. 2015, (actualisation : déc. 2019), n°2.

¹⁷⁸⁸ N. CAYROL, JCl. Civil Code, Art. 1344 à 1344-2 - Fasc. unique : régime général des obligations. – Extinction des obligations. – Mise en demeure du débiteur, 7 mai 2018, n°1.

¹⁷⁸⁹ N. CAYROL, JCl. Civil Code, Art. 1344 à 1344-2 - Fasc. unique : régime général des obligations. – Extinction des obligations. – Mise en demeure du débiteur, 7 mai 2018, n°2. De manière plus discutée, l'auteur considère également que parmi ses autres traits caractéristiques, la mise en demeure est un acte « *quasi conservatoire* », un « *acte-condition* » et une « *charge* ».

¹⁷⁹⁰ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Unilatéral* », p. 1050.

¹⁷⁹¹ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Réceptice* », p. 857.

¹⁷⁹² G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Comminatoire* », p. 200.

¹⁷⁹³ F. DAVID, « *De la mise en demeure* », in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1939, p. 100-101.

¹⁷⁹⁴ N.H MOGRABI, « *La mise en demeure* », thèse, 1976 ; P. COLLOMB, « *Demeure et mise en demeure en droit privé* », thèse, 1974.

lorsqu'il ressort de ses termes une interpellation suffisante », c'est-à-dire « *lorsqu'elle manifeste une volonté claire du créancier d'exiger son dû sans délai.* »¹⁷⁹⁵. Cette même loi a également retranscrit cet ajustement au sein de l'ancien article 1146 du Code civil selon lequel « *La mise en demeure peut résulter d'une lettre missive, s'il en ressort une interpellation suffisante.* ». Si aujourd'hui le fait qu'une simple lettre missive puisse constituer une mise en demeure ne fait nul doute¹⁷⁹⁶, il n'en a pas toujours été le cas par le passé où certains auteurs et la jurisprudence en contestaient le principe¹⁷⁹⁷. Par la suite, l'ordonnance du 10 février 2016 est venue moderniser et clarifier la mise en demeure en la déplaçant à l'article 1344 du Code civil. Cet article dispose désormais que « *Le débiteur est mis en demeure de payer soit par une sommation ou un acte portant interpellation suffisante, soit, si le contrat le prévoit, par la seule exigibilité de l'obligation.* ». Il apparaît que pour l'essentiel les modifications opérées relèvent moins du fond que de la forme. Il est à noter que la loi du 10 juillet 1991 est venue codifier la jurisprudence exigeant une « *interpellation suffisante* » s'agissant d'une lettre missive et l'ordonnance du 10 février 2016 a généralisé cette exigence « *d'interpellation suffisante* » à tous les actes pouvant être assimilés à une sommation. Classiquement, les articles 1344-1 et 1344-2 du Code civil rappellent les effets reconnus à une telle mise en demeure déjà consacrés antérieurement par les anciens articles 1153, alinéa 3 et 1302, alinéa 1 et 2 du Code civil. En effet, d'une part, si l'obligation porte sur une somme d'argent, la mise en demeure fait courir les intérêts moratoires sans qu'il soit nécessaire d'établir la preuve du préjudice lié au retard (art. 1344-1, C. civ.), et, d'autre part, si une obligation de délivrance est concernée, cette dernière met à la charge du débiteur les risques liés à la chose à moins qu'ils n'y soient déjà (art. 1344-2, C. civ.), dérogeant ainsi à la règle de principe de la *res perit domino* mentionnée à l'article 1196 du Code civil.

Variété d'actes juridiques relevant de la mise en demeure. Il existe une variété de mises en demeure de payer, comme le souligne l'article 1344 du Code civil, il peut s'agir d'une « *sommation* » ou de tout autre « *acte portant interpellation suffisante* ». En principe, l'acte par excellence relevant de la sommation est celui qui est notifié par huissier de justice (désormais devenu commissaire de justice)¹⁷⁹⁸, qualifié procéduralement de signification (art. 651, alin. 2, C. proc. civ.), c'est un « *acte extrajudiciaire, notifié par huissier de justice, par lequel un requérant fait intimer un ordre ou une défense à l'adresse de son destinataire.* »¹⁷⁹⁹.

¹⁷⁹⁵ Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, « *Droit des obligations* », 15^{ème} éd., 2019, Lexisnexis, n° 805.

¹⁷⁹⁶ V. notamment : Cass. com. 9 juin 2015, n° 14-15.342 ; Cass. com. 14 janv. 2004, n° 01-13.026 ; Cass. soc., 9 mars 2000, n° 98-18.725 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 févr. 1999, n° 96-18.524 ; Cass. civ. 3^{ème}, 26 mars 1997, n° 94-21.821 ; Cass. com. 5 oct. 1993, n° 91-13.921 ; Cass. civ. 3^{ème}, 31 mars 1971, n° 69-12.294 ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 1956, Bull. civ. I, n° 363.

¹⁷⁹⁷ V. par exemple, H. AZEMAR, « *Du contrat synallagmatique* », thèse, Montpellier : Imprimerie centrale du midi (Hamelin Frère), 1900, p. 120 : « *La loi dit bien que la mise en demeure peut résulter d'une sommation ou de tout autre acte, mais il nous semble que c'est pousser un peu trop loin l'interprétation de ce texte que de faire entrer une lettre missive ou un télégramme dans l'expression « acte »* ». En effet après une jurisprudence déniait à la lettre missive (Req. 6 févr. 1933, S. 1933. 1. 126 ; Req. 8 juin 1875, D.P. 75-1_420) ou même au télégramme (Cass. com. 12 mars 1969, Bull. civ. IV, n° 92) la possibilité de valoir mise en demeure, celle-ci a opérée un revirement même avant la loi du 10 juillet 1991 admettant qu'une lettre missive puisse valoir mise en demeure (Cass. civ. 3^{ème}, 31 mars 1971, n° 69-12.294 ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 1956, Bull. civ. I, n° 363).

¹⁷⁹⁸ B. GRIMONPREZ, « *Mise en demeure* », Rép. dr. civ. (Dalloz), avr. 2017 (actualisation : févr. 2021), n° 15 ; G. CHABOT, « *Mise en demeure* », rép. dr. civ. (Dalloz), sept. 2015, (actualisation : déc. 2019), n°74 ; M. POUMAREDE, « *Droit de la responsabilité et des contrats* » (sous la dir. de Ph. LE TOURNEAU), Dalloz action 2021/2022, 12^{ème} éd., chap. 3213, n°3213.91 ; N. CAYROL, JCl. Voies d'exécution, fasc. 223 : mise en demeure. Sommation. – Régime de l'acte de mise en demeure, 14 sept. 2015 (actualisation : 7 sept. 2017), n° 43 ; N. CAYROL, JCl. Civil Code, Art. 1344 à 1344-2 - Fasc. unique : régime général des obligations. – Extinction des obligations. – Mise en demeure du débiteur, 7 mai 2018, n° 16.

¹⁷⁹⁹ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Sommation* », p. 979.

La sommation est donc un acte solennel, soumis à un formalisme prévu par la loi mais qui, contrairement à un acte judiciaire, n'est pas produit au cours d'une instance judiciaire pendante, il l'est en dehors de tout procès. L'article 1344 du Code civil reconnaît également comme tenant lieu de sommation les actes portant une « *interpellation suffisante* ». Ces derniers peuvent à la fois recouvrir des actes judiciaires et extrajudiciaires. Parmi les actes judiciaires, on peut citer deux actes très proches, la demande en justice, celle par laquelle « *un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions.* » (art. 53, C. proc. civ.) et l'assignation en justice, c'est-à-dire « *l'acte d'huissier de justice par lequel le demandeur cite son adversaire à comparaître devant le juge* » (art. 55, C. proc. civ.). Il est classiquement reconnu par la jurisprudence¹⁸⁰⁰ que l'assignation et la demande en justice valent mise en demeure, même si l'assignation est formée devant une juridiction incompétente¹⁸⁰¹ ou la demande judiciaire en paiement est formulée à titre principal ou reconventionnel¹⁸⁰². De même, la notification d'une décision de justice exécutoire¹⁸⁰³ ou d'une ordonnance d'injonction de faire¹⁸⁰⁴ ou de payer¹⁸⁰⁵ vaut mise en demeure. S'agissant des actes extrajudiciaires, la jurisprudence considère que peuvent valoir mise en demeure l'envoi d'un commandement¹⁸⁰⁶ (lequel a pour particularité d'être fondé sur un titre exécutoire puisqu'il s'agit d'un « *acte d'huissier de justice précédant une saisie de caractère exécutoire qui met le débiteur en demeure d'exécuter les obligations résultant du titre en vertu duquel l'acte est signifié.* »¹⁸⁰⁷) ou d'une lettre missive ou recommandée¹⁸⁰⁸. Il semblerait que l'écrit électronique puisse également valoir mise en demeure compte tenu du principe d'équivalence de cet écrit par rapport à l'écrit papier (art. 1366 C. civ.)¹⁸⁰⁹. Ce n'est pas tant le support en lui-même qui apparaît donc déterminant pour être éligible à la qualification d'interpellation valant mise en demeure, mais davantage la détermination du caractère « *suffisant* » de celle-ci ; c'est donc plus le fond que la forme de l'interpellation qui sera déterminante¹⁸¹⁰. Ainsi, non seulement, il est nécessaire de caractériser l'existence d'une interpellation suffisante, cette vérification est laissée à l'appréciation des juges du fond par la Cour de cassation¹⁸¹¹,

¹⁸⁰⁰ Cass. civ. 1^{ère} civ., 21 juin 1988, n° 86-15.356 ; Cass. com., 25 mai 1982, n° 80-10.108 ; Cass. civ., 11 déc. 1957 : D. 1958, p. 165, note P. Voirin.

¹⁸⁰¹ Cass. com., 25 mai 1982, n° 80-10.108 ; Cass. civ., 7 févr. 1933 : DH 1933, p. 194.

¹⁸⁰² Cass. com. 4 mars 1958, Bull. civ. IV, n° 372 ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 nov. 1977, n° 76-12.946 ; CA, Colmar, ch. civ. 3, sect. A, 26 janv. 2009, n° 07/02925 ; CA, Toulouse, ch. 1, sect. 1, 27 janv. 2020, n° 18/00235.

¹⁸⁰³ Cass. civ. 3^{ème}, 2 mars 2017, n° 15-24.921 ; Cass. soc., 6 oct. 2015, n° 14-19.957 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2010, n° 09-13.980 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 juill. 2009, n° 08-13.213 ; Cass. civ. 2^{ème}, 15 mai 2003, n° 99-21.657 ; Cass. com., 21 nov. 2000, n° 97-20.452 ; Cass. civ., 1^{ère}, 6 oct. 1998, n° 97-11.936.

¹⁸⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 19 févr. 1991, n° 89-15.283.

¹⁸⁰⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 28 févr. 1996, n° 94-11.798.

¹⁸⁰⁶ Cass. civ. 2 juill. 1883, DP 1884. 1. 302.

¹⁸⁰⁷ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Commandement* », p. 197.

¹⁸⁰⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2021, n° 19-20.680 ; Cass. civ. 3^{ème}, 31 mars 1971, n° 69-12.294 ; CA, Versailles, 20 févr. 2017, n° 14/060961 ; CA, Aix-en-Provence, 1^{ère} et 9^{ème} ch. réunies, 27 mai 2021, n° 20/07802 ; CA, Paris, pôle 6, ch. 12, 5 févr. 2021, n° 17/02362.

¹⁸⁰⁹ V. en ce sens : G. CHABOT, « *Mise en demeure* », Rép. dr. civ. (Dalloz), sept. 2015, (actualisation : déc. 2019), n° 110.

¹⁸¹⁰ V. par exemple : X. LAGARDE, « *Contrats et obligations - Remarques sur l'actualité de la mise en demeure* », JCP, n° 46, 13 nov. 1996, doct. 3974 : « *Au reste, le législateur de 1991, en assouplissant les formes de la mise en demeure, semble avoir pris conscience de ce danger. Cet allègement des formes ne paraît cependant pas suffisant dans la mesure où seul ici compte réellement le contenu de la mise en demeure.* » ; D. AMMAR, « *Contrat d'entreprise - Action directe du sous-traitant : une lettre ne peut suppléer à l'absence d'envoi d'une copie de la mise en demeure* », JCP, n° 39, 25 sept. 1996, II 22696 : « *En effet, c'est le contenu de la lettre faisant office de mise en demeure qui détermine s'il s'agit ou non d'une sommation de payer.* »

¹⁸¹¹ V. notamment : Cass. com., 8 juill. 2014, n° 13-16.211 ; Cass. com., 3 déc. 2013, n° 12-15.445 ; Cass. com., 9 juin 2015, n° 14-15.342 ; Cass. civ. 3^{ème}, 19 janv. 2005, n° 03-16.623 ; Cass. com., 14 janv. 2004, n° 01-13.026 ; Cass. civ. 1^{ère}, 2 mars 1999, n° 97-12.642 ; Cass. soc., 25 mars 1998, n° 96-40.754 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20

mais aussi, il est essentiel que « *le contenu de l'acte fasse apparaître sans ambiguïté que l'auteur de la mise en demeure attend instamment quelque chose et il faut que la chose attendue soit clairement identifiée* »¹⁸¹². En effet, la Cour de cassation rappelle de manière constante le formalisme souple de la mise en demeure¹⁸¹³, laquelle n'étant « *pas de nature contentieuse* », elle n'est pas tenue de suivre le formalisme prescrit par les articles 665 à 670-3 du Code de procédure civile, ce qui corrélativement facilite la charge du créancier victime de l'inexécution¹⁸¹⁴.

Exclusion des situations où il existe une dispense ou une obligation de mise en demeure résultant d'une disposition légale impérative. A titre liminaire, la question de savoir si une dispense de mise en demeure vaut dans le cadre de la responsabilité délictuelle ne sera pas traitée dans la mesure où il est acquis selon une ancienne et prolifique jurisprudence que celle-ci, contrairement à la responsabilité contractuelle, n'est pas soumise à une telle formalité¹⁸¹⁵. Ainsi, il s'agit ici d'identifier les hypothèses où la dispense conventionnelle de mise en demeure n'a pas d'objet étant donné que le créancier en est exempté ou qu'elle est obligatoire en vertu d'une disposition impérative, à l'exclusion des hypothèses concernant la responsabilité délictuelle. Dans ces deux situations, de telles clauses de dispense seront sans objet ou illicites. Classiquement, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, la mise en demeure n'était pas exigée en cas de violation d'une obligation de ne pas faire au sens de l'ancien article 1145 du Code civil¹⁸¹⁶ et lorsque le débiteur s'était obligé à faire ou donner quelque chose « *dans un certain temps qu'il a laissé passer* » au sens de l'ancien article 1146 du Code civil. Dans ce dernier cas, la jurisprudence a dispensé le créancier de mise en demeure préalable en cas de non livraison d'un bien à l'occasion des fêtes de fin d'année¹⁸¹⁷, du non accomplissement par une artiste des représentations convenues¹⁸¹⁸ ou d'inexécution d'un service permanent ou continu¹⁸¹⁹. La jurisprudence avait même étendu

juin 1995, n° 93-16.959 ; Cass. com., 3 juill. 1990, n° 89-12.846 ; Cass. civ. 3^{ème}, 31 mars 1971, n° 69-12.294 ; Cass. req., 28 févr. 1938 ; Gaz. Pal. 1938. I. 871.

¹⁸¹² N. CAYROL, JCl. Civil Code, Art. 1344 à 1344-2 - Fasc. unique : régime général des obligations. – Extinction des obligations. – Mise en demeure du débiteur, 7 mai 2018, n° 46. Le Professeur CAYROL précise que cette exigence découle de la jurisprudence suivante : Cass. com., 30 oct. 1963 : JurisData n° 1963-098450 ; Bull. civ. III, n° 450 ; D. 1964, jurispr. p. 88 ; Gaz. Pal. 1964, I, p. 136. ; Cass. com., 10 févr. 1966 : JurisData n° 1966-098089 ; Bull. civ. III, n° 89 ; D. 1966, jurispr. p. 399. ; Cass. com., 10 oct. 1967 : JurisData n° 1967-799314 ; Bull. civ. III, n° 314 ; D. 1967, jurispr. p. 752.

¹⁸¹³ Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2021, n° 19-20.680 ; Cass. civ. 2^{ème}, 24 janv. 2019, n° 17-28.437 ; Cass. civ. 2^{ème}, 5 nov. 2015, n° 14-25.850.

¹⁸¹⁴ En ce sens, le Professeur GUERLIN affirme que « *Du point de vue pratique, on aurait tort d'alourdir le formalisme des mises en demeure étrangères aux procédures judiciaires. Sauf à alourdir la charge du créancier victime de l'inexécution, soucieux de trouver un remède amiable au litige.* » (Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2021, n° 19-20680, M. et M^{me} D. c/ Sté Banque populaire grand Ouest, F-P, LEDC, n°3, p.4, 5 mars 2021, G. GUERLIN).

¹⁸¹⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 25 nov. 1992, n° 91-15.192 ; Cass. civ. 3^{ème}, 20 nov. 1984, D. 1985, IR 399 ; Cass. civ. 22 mai 1969, D. 1970, 453, note Jestaz ; Cass. civ. 3^{ème}, 25 oct. 1968, JCP 1969, 16062, note Prieur ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 mai 1968, Bull. civ. 1968, III, n° 232 ; Cass. req. 3 mars 1937, S. 1937, I, p. 165 ; Cass. req. 10 avr. 1922, S. 1924, I, 153 ; Cass. civ. 2 mars 1875, S. 1875, I, 292 ; Cass. req. 4 févr. 1868, S. 1868, I, 129 ; Cass. civ. 30 nov. 1858, S. 1859. I, 251 ; Cass. req. 14 janv. 1856, DP 1856, I, 82 ; Cass. civ. 30 janv. 1826, S. et P. chr.

¹⁸¹⁶ Cass. com., 7 mai 2019, n° 18-11.128 ; Cass. civ. 1^{ère}, 26 févr. 2002, n° 99-19.053 ; Cass. civ. 3^{ème}, 25 oct. 1968, n° 67-10.482 ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 mai 1969, n° 67-13.818 ; Cass. civ., 2 mars 1875, S. 1875. I. 296 ; V. aussi : CA, Paris, ch. 6, sect. B, 24 oct. 2001, n° JurisData : 2001-156839.

¹⁸¹⁷ Pour une dispense de mise en demeure en cas de non-livraison d'une commande de marchandises destinée à une clientèle à l'occasion des fêtes de Noël et du Jour de l'An au plus tard à la mi-décembre (Cass. civ., 18 oct. 1927, S. 1928, I. 22).

¹⁸¹⁸ Pour une dispense de mise en demeure lorsqu'une artiste lyrique, la dame Damia, n'avait pas accomplie les trois représentations à des dates déterminées avec le Directeur du Théâtre Saint-Louis à Pau (Cass. civ., 25 avr. 1936, S. 1936, I. 256).

¹⁸¹⁹ Pour la dispense de mise en demeure en cas non-respect d'une obligation d'entretenir en bon état et de manière quotidienne de camions du fait de la rupture d'un essieu (Req. 30 janv. 1911, S. 1911, I. 336),

cette interprétation de l'ancien article 1146 du Code civil à des hypothèses où le débiteur refuse formellement d'exécuter ses obligations de manière certaine et non-équivoque¹⁸²⁰, lorsque l'exécution de l'obligation était impossible¹⁸²¹ notamment en raison de la fin de la relation contractuelle au moment où l'exécution de l'obligation a été réclamée¹⁸²² ou encore en cas d'inexécution acquise et préjudiciable¹⁸²³. Il faut que le manquement contractuel soit d'ores et déjà « *certain et irréversible, de sorte que l'avertissement ne peut rien donner* »¹⁸²⁴. Il est vrai que l'ordonnance du 10 février 2016 a supprimé ces anciens articles 1145 et 1146 du Code civil, mais il semble selon le rapport remis au président de la République¹⁸²⁵ que l'article 1231 a réécrit l'ancien article 1146 ainsi : « *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.* ». La jurisprudence précitée, permettant de dispenser le créancier de mettre en demeure son débiteur en cas d'obligation de ne pas faire sur le fondement de l'ancien article 1145, devrait être maintenue en considérant qu'il s'agit d'une « *inexécution définitive* »¹⁸²⁶. D'ailleurs, nonobstant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, les juges du fond maintiennent cette jurisprudence au regard de l'ancien article 1145 du Code civil¹⁸²⁷. Il devrait en aller de même s'agissant de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'ancien article 1146 du Code civil, l'absence d'utilité de l'exécution d'une obligation pouvant être assimilée à une inexécution « *définitive* »¹⁸²⁸. De surcroît, cette dispense de mise en demeure en cas d'exécution devenue inutile était bien ancrée dans l'esprit

d'interruption de la distribution d'électricité laquelle constitue une obligation continue (Trib. Com., Seine, 28 avr. 1931, G. P., 1931, 2. 75) ou d'absence de surveillance du bon fonctionnement d'un ascenseur, en particulier la fermeture automatique de ses portes, qui devait toujours et de manière continue être en parfait état (CA, Paris, 28 févr. 1936, G. P., 1936, 1. 824).

¹⁸²⁰ Pour une dispense de mise en demeure alors que le débiteur déclarait formellement auprès de son créancier, de sa propre initiative, son refus d'exécuter son obligation (Cass. com., 18 oct. 1976, n° 74-14.819 ; Cass. civ. 3^{ème}, 3 avr. 1973, Bull. civ. III, n° 254 ; Cass. com. 14 févr. 1967, Bull. civ. III, n° 73 ; Cass. com. 4 juill. 1955, Bull. civ. III, n° 239 ; Cass. civ., 24 juill. 1928 : DP 1930, 1, p. 16 ; Req., 4 janv. 1927, G. P., 1927, 1. 587). Il reste toutefois que les juges du fond doivent apporter des éléments suffisants permettant d'affirmer avec certitude que l'obligation en cause ne sera pas exécutée (Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 2007, n° 06-18.905).

¹⁸²¹ Cass. civ. 3^{ème}, 27 avr. 1979, n° 77-14.106.

¹⁸²² Cass. com., 17 févr. 2009, n° 08-13.896.

¹⁸²³ Cass. civ. 3^{ème}, 4 juin 2014, n° 13-12.314 ; Cass. ch. mixte, 6 juill. 2007, n° 06-13.823.

¹⁸²⁴ A. BENABENT, « *Droit des obligations* », L.G.D.J. préc. domat droit privé, 18^{ème} éd., 2019, n° 429.

¹⁸²⁵ 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.

¹⁸²⁶ V. par exemple en ce sens : L. LEVENEUR, « *Responsabilité contractuelle - La condition d'un préjudice vaut aussi en cas d'inexécution d'une obligation de ne pas faire* », Contrats Concurrence Consommation n° 8-9, Août 2019, comm. 136.

¹⁸²⁷ CA, Paris, pôle 5, ch. 3, 14 févr. 2018, n° 15/10537 ; CA, Lyon, 1^{ère} ch. civ. B, 12 déc. 2017, n° 14/09113 ; CA, Reims, ch. civ., 1^{ère} sect., 20 juin 2017, n° 16/00311.

¹⁸²⁸ L'inexécution « *définitive* » devrait englober la jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, qu'il s'agisse de celle rendue sur le fondement de l'ancien article 1145 ou 1146 du Code civil. (P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 11^{ème} éd., 2020, n° 613 ; M. POUMAREDE, « *Droit de la responsabilité et des contrats* », sous la dir. de Ph. LE TOURNEAU, Dalloz action 2021/2022, 12^{ème} éd., chap. 3213, n°3213.83 ; G. CHANTEPIE, « *Contrat : effets – Sanctions de l'inexécution du contrat* », Rép de dr. civ., janv. 2018, actualisation : déc. 2020, n°304 ; B. GRIMONPREZ, « *Mise en demeure* », Rép. dr. civ., avr. 2017, actualisation : févr. 2021, n° 31 à 34). L'inexécution « *définitive* » devrait signifier l'inexécution « *irréversible* » (O. DESHAYES, « *La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016* », RDC 2019, n°1, p. 29) ou « *irréversible* » (A. BENABENT, « *Droit des obligations* », L.G.D.J. préc. domat droit privé, 18^{ème} éd., 2019, n° 429). Cette interprétation de l'inexécution « *définitive* » était d'ailleurs celle du Professeur VINEY avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 : « *Lorsqu'il est établi que l'exécution est devenue impossible ou a perdu tout intérêt pour le créancier, le retard se transforme en inexécution définitive. La mise en demeure perd alors toute utilité dans sa fonction informative et préventive, ainsi que dans sa fonction probatoire, l'inexécution étant par hypothèse avérée.* » (G. VINEY, « *Dispense de mise en demeure pour l'allocation de dommages et intérêts compensatoires* », D., 2007, p. 2642).

des rédacteurs du Code civil et il est peu probable que le législateur de la réforme de 2016 ait voulu y mettre un terme¹⁸²⁹. Ensuite et plus précisément, l'inexécution « *définitive* » doit être distinguée de l'inexécution « *tardive* »¹⁸³⁰ ou encore de l'inexécution « *caractérisée* »¹⁸³¹ lesquelles justifient le maintien d'une mise en demeure préalable ; seule l'inexécution « *définitive* » permet d'écarter tout espoir d'exécution satisfaisante pour le créancier alors que l'inexécution « *tardive* » ou « *caractérisée* » ne permet pas de préjuger d'une telle situation. Il va de soi que si d'aventure les parties d'une volonté réciproque souhaitent obtenir la résiliation du contrat, le respect d'une mise en demeure préalable deviendrait alors sans objet¹⁸³². Il en résulte donc que la mise en demeure fait « *courir les dommages et intérêts moratoires en constituant juridiquement le débiteur en retard et elle permet, ensuite, de fixer unilatéralement la date au-delà de laquelle le débiteur basculera du retard vers l'inexécution proprement dite.* ». En revanche, si l'inexécution est « *d'emblée définitive* », le créancier « *pourra obtenir des dommages et intérêts compensatoires, indépendamment de toute mise en demeure préalable.* »¹⁸³³. Cependant, l'article 1231 du Code civil, faisant référence à l'inexécution « *définitive* », concerne uniquement la sanction des dommages-intérêts et la clause pénale (art. 1231-5, C. civ.) à l'instar de la jurisprudence rendue sur le fondement des anciens articles 1145 et 1146 du Code civil appartenant à l'ancienne Section 4 « *Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation* ». Il n'est pas à exclure que la jurisprudence puisse par un raisonnement *a pari* extrapoler ce cas de dispense de mise en demeure à l'ensemble des sanctions contractuelles (exécution forcée, faculté de remplacement, clause résolutoire etc.), étant donné que, depuis l'ordonnance du 10 février 2016, la mise en demeure est désormais exigée pour la plupart des sanctions contractuelles. Cela n'était pas le cas avant cette réforme, il était textuellement exigé une mise en demeure préalable uniquement pour la sanction des dommages-intérêts. Cette généralisation de l'exigence d'une mise en demeure préalable à d'autres sanctions contractuelles pourrait ainsi justifier d'exclure cette dernière en cas d'inexécution « *définitive* » s'agissant par exemple de la résolution unilatérale¹⁸³⁴ ou de la clause résolutoire¹⁸³⁵. En ce sens, il pourrait être loisible

¹⁸²⁹ Motifs exposés par M. Bigot de Préameneu, « *Code civil, contenant la série des lois qui le composent, avec leurs motifs* », livre I, éd. 1803, Garnery (Paris), p. 51 : « *Les dommages et intérêts peuvent être dus non seulement à raison de l'inexécution, mais encore à raison du simple retard. Il faut, dans ce dernier cas, que le débiteur soit en demeure, et il y est constitué non seulement par une sommation, par un acte équivalent ou par une stipulation formelle, mais encore par l'objet de l'obligation, lorsque la chose que le débiteur devait faire ne pourrait l'être utilement dans un certain temps qu'il a laissé passer. (...)* » ; V. aussi, *Ibid*, p. 75 : celui qui s'est obligé « *sera considéré comme étant en demeure par la seule échéance du terme, si telle est la stipulation.* ».

¹⁸³⁰ « *L'expression « définitive » a cependant permis de clarifier les choses et un simple retard dans l'exécution ne paraît pas susceptible de justifier l'absence de mise en demeure dès lors qu'une réaction, même tardive, peut satisfaire le créancier.* » (R. LAHER, « *Sommation* », *Rép. de proc. civ.*, juin 2020, n°15) ; « *En réservant l'hypothèse d'une inexécution « définitive », l'article 1231 suggère une distinction entre inexécution définitive et inexécution simplement tardive. L'inexécution tardive, que réparent les dommages-intérêts moratoires, implique une mise en demeure préalable ; l'inexécution définitive, que réparent une autre espèce de dommages-intérêts compensatoires, n'implique pas une telle formalité.* » (N. CAYROL, *JCl. Civil Code*, Art. 1344 à 1344-2 - Fasc. unique : régime général des obligations. – Extinction des obligations. – Mise en demeure du débiteur, 7 mai 2018, n° 176).

¹⁸³¹ « *Une chose, en effet, est le manquement par le débiteur à son obligation (une inexécution « caractérisée »). Autre chose est que l'exécution en nature ne soit plus possible ou satisfaisante (une inexécution « définitive »). Même lorsqu'il a manqué à s'exécuter, le débiteur peut en effet encore être en mesure de fournir pour l'avenir une exécution satisfaisante (sans préjuger des conséquences du manquement passé).* » (O. DESHAYES, « *La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016* », *RDC* 2019, n°1, p. 29).

¹⁸³² Cass. civ. 24 juill. 1928 : DP 1930. 1. 16.

¹⁸³³ G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n°676.

¹⁸³⁴ V. en ce sens : C. GRIMALDI, « *Clause résolutoire et résolution unilatérale* », *RDC* 2018, n°1, p. 71, note de bas de page n° 5. Ce dernier considère qu'aux côtés de l'urgence, il peut être ajouté une autre cause de dispense à la mise en demeure en matière de résolution unilatérale, en cas d'inexécution « *définitive* » au sens de

aux parties de stipuler qu'elles sont convenues, de manière expresse et non équivoque, de se dispenser de toute mise en demeure préalable en cas d'inexécution « *définitive* » et/ou « *irréversible* » concernant certaines sanctions contractuelles désignées¹⁸³⁶.

A côté des situations où l'article 1231 du Code civil permet de dispenser dans certaines conditions de l'envoi d'une mise en demeure préalable, il est également des situations où d'autres textes dispensent d'une telle formalité. Sans prétendre à leur exhaustivité, on peut au moins citer les plus notoires. Les intérêts moratoires seront dus de plein droit, c'est-à-dire sans mise en demeure préalable, ou toute sommation préalable sera directement exclue dans certains textes du Code civil. Par exemple, en matière de mandat (art. 2001 du C. civ.), de vente de denrées et effets mobiliers (art. 1657 C. civ.), d'apports dus par un associé au sein d'une société (art. 1843-3, alin. 5, C. civ.), de droits à récompenses dus dans le cadre de la communauté de biens réduite aux acquêts dans le mariage (art. 1473, C. civ.), de legs particuliers via un testament ou une rente viagère ou pension léguée à titre d'aliments (art. 1015, C. civ.). Certaines réglementations relevant du droit spécial des contrats prévoient également une dispense de mise en demeure préalable. Par exemple, en matière commerciale l'article L. 441-9 du Code de commerce indique que les taux des pénalités sont « *exigibles le jour suivant la date de règlement inscrite sur la facture* » ou en matière d'instruments financiers, l'article L. 211-38 du Code monétaire et financier prévoit que la réalisation des garanties d'obligations financières puisse intervenir sans mise en demeure préalable. Mais il existe également des cas où la mise en demeure est imposée de manière impérative par la loi, et ne peut faire l'objet d'aménagements contractuels. Par exemple, en matière de bail commercial, l'article L. 145-41 du Code de commerce prévoit que la mise en œuvre de la clause résolutoire insérée dans un contrat de bail commercial doit pour produire effet être précédée d'un commandement demeuré infructueux après un délai d'un mois. Une clause qui viserait à dispenser le créancier d'un tel commandement serait illicite, dans la mesure où cet article est expressément d'ordre public. En effet, selon l'article L. 145-15 du Code de commerce, toutes clauses faisant échec aux dispositions de l'article L. 145-41 précité sont réputées non écrites. On peut citer l'article 24 de la loi du 6 juillet 1989 imposant que la clause résolutoire stipulée dans un contrat de bail d'habitation pour produire effet soit précédée d'un commandement de payer resté infructueux pendant deux mois. Aussi, l'article L. 261-13 du Code de la construction et de l'habitation impose qu'une clause résolutoire pour produire effet soit précédée d'une mise en demeure infructueuse après un mois, nonobstant toute stipulation contraire. On peut encore citer l'article 80 de la loi du 1^{er} septembre 1948 imposant que la clause résolutoire stipulée dans le contrat de bail ne puisse produire effet qu'après une sommation, un commandement de payer demeuré infructueux pendant un mois ou l'article L. 113-3, alinéa 2, du Code des assurances qui interdit le fait de se dispenser conventionnellement de toute mise en demeure préalable. En somme, dans toutes ces situations où la mise en demeure préalable n'est pas nécessaire, car le créancier en est déjà exempté par la loi, ou que celle-ci est obligatoire en vertu d'une disposition légale impérative, la clause ayant pour objet d'aménager la mise en demeure sera sans objet. Seules les hypothèses où l'aménagement conventionnel de la mise en demeure est utile ou possible seront dans la présente étude envisagées. S'il est certain que les devoirs de coopération du créancier tenu d'exécuter le contrat de bonne foi ont eu « *tendance à se développer de plus en plus* », c'est sans doute la raison pour laquelle la mise en demeure a retrouvé un regain

l'article 1231 du Code civil ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 575.

¹⁸³⁵ V. en ce sens : Ch. PAULIN, « *La clause résolutoire* », Thèse, LGDJ, 1996, p. 173, n° 158.

¹⁸³⁶ V. par exemple pour une recommandation similaire s'agissant de la dispense d'une mise en demeure en cas d'inexécution définitive en matière de clauses résolutoires : Ch. PAULIN, « *La clause résolutoire* », Thèse, LGDJ, 1996, p. 173, n° 158.

d'intérêt¹⁸³⁷. Désormais, après la mise en demeure (**Section I**), c'est au tour de la notification (**Section II**) et de l'obligation de motivation (**Section III**) de focaliser l'attention des glossateurs et des juristes depuis leur consécration par l'ordonnance du 10 février 2016. Nous verrons que ces formalités participent également à la consécration du devoir de coopération et de collaboration du créancier mais que chacune occupe une place différente s'agissant de la liberté des parties de pouvoir conventionnellement les aménager.

SECTION I : la clause aménageant la mise en demeure

Si la mise en demeure était déjà incontournable au sein des sanctions de l'inexécution du contrat avant l'ordonnance du 10 février 2016, en ce qu'elle était considérée par la doctrine comme étant un préalable à toute sanction contractuelle¹⁸³⁸, que celles-ci soient de nature judiciaire ou extrajudiciaire¹⁸³⁹, depuis cette ordonnance on sait désormais qu'elle est devenue un préalable obligatoire¹⁸⁴⁰ à la plupart des sanctions contractuelles, à savoir, l'exécution forcée en nature directe (art. 1221, C. civ.) ou indirecte (art. 1222, C. civ.), la réduction du prix (art. 1223, C. civ.), la résiliation par voie conventionnelle (art. 1225, C. civ.), la résiliation unilatérale (art. 1226, C. civ.) et les dommages-intérêts compensatoires (art. 1231, C. civ.) et moratoires (art. 1231-6, C. civ.). Seules en restent exclues l'exception d'inexécution (pour inexécution effective ou pour risque d'inexécution)(art. 1219 et 1220, C. civ.) et la résolution judiciaire (art. 1227, C. civ.). Ainsi, force est de constater une généralisation de la mise en demeure à la grande majorité des sanctions de l'inexécution du contrat, ce qui vient ainsi contenter en grande partie l'une des préconisations du Professeur POPINEAU : « *Comme en matière de sanctions judiciaires de l'inexécution, la mise en demeure doit donc être un préalable général à tous les remèdes de justice privée* »¹⁸⁴¹. Cela viendra peut-être déjouer le destin qu'on a pu lui prédire « *de disparaître progressivement* »¹⁸⁴² tant celle-ci est « *une des manifestations les plus emblématiques de cette bonne foi du créancier* »¹⁸⁴³. Or, il appartiendra de déterminer dans quelle mesure il est possible d'aménager conventionnellement cette formalité matérialisée par l'envoi d'une mise en demeure préalable pour chaque sanction contractuelle concernée par celle-ci. Les textes du Code civil, hier comme aujourd'hui, envisageaient cette possibilité de dispense conventionnelle de la mise en demeure. L'ancien article 1139 du Code civil prévoyait que la mise en demeure pouvait être constituée soit par une sommation ou un autre acte équivalent « *soit par l'effet de la convention, lorsqu'elle porte que, sans qu'il soit besoin d'acte et par la*

¹⁸³⁷ C. CHABAS, « *L'inexécution licite du contrat* », Thèse, LGDJ, 2002, n° 419 et 420.

¹⁸³⁸ K. ASUNCION DE LA PLANES, « *La réfaction du contrat* », thèse, LGDJ, 2006, n°613 ; Y.-M. LAITHIER, « *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat* », Thèse, L.G.D.J, 2004, p.241-242 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, « *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat* », t. 2, Litec, 6^{ème} éd., mai 1998, n° 1602 ; Ch. PAULIN, « *La clause résolutoire* », Thèse, LGDJ, 1996, p.166, n° 153. Certains auteurs étaient en revanche plus nuancés sur ce point : R. LIBCHABER, « *Demeure et mise en demeure en droit français – Rapport français* » in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé (sous la dir. de M. FONTAINE, G. VINEY), Bruxelles, Bruylant, t. XXXII, 2001, p. 113 et p.118 ; X. LAGARDE, « *Contrats et obligations - Remarques sur l'actualité de la mise en demeure* », JCP, n° 46, 13 nov. 1996, doct. 3974.

¹⁸³⁹ C. POPINEAU-DEHAULLON, « *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Étude comparative* », thèse, LGDJ, 2006, p. 460 à 464.

¹⁸⁴⁰ B. FAGES, « *Droit des obligations* », L.G.D.J, 10^{ème} éd., 2020, n° 285.

¹⁸⁴¹ C. POPINEAU-DEHAULLON, « *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Étude comparative* », thèse, LGDJ, 2006, p. 460.

¹⁸⁴² X. LAGARDE, « *Contrats et obligations - Remarques sur l'actualité de la mise en demeure* », JCP, n° 46, 13 nov. 1996, doct. 3974.

¹⁸⁴³ R. LIBCHABER, « *Rôle effectif et concevable de la mise en demeure* », RDC juin 2021, n°2, p. 36.

seule échéance du terme, le débiteur sera en demeure. ». En effet, les parties pouvaient parfaitement stipuler qu'elles souhaitent déroger au principe de la règle « *Dies non interpellat pro homine* », l'ancien article 1139 du Code civil n'étant pas d'ordre public¹⁸⁴⁴. Cet article qui permettait de se dispenser conventionnellement de toute mise en demeure préalable avait permis, lors de l'élaboration du Code civil, l'adoption d'un texte de compromis, lequel se situait sur une voie médiane « *entre les deux positions extrêmes : la position majoritaire, d'après laquelle l'échéance du terme mettait directement le débiteur en demeure sans devoir recourir à l'interpellation, et celle qui était préconisée par les premiers projets de code, d'après laquelle l'interpellation était au contraire indispensable.* »¹⁸⁴⁵. L'article 1344 du Code civil prévu par l'ordonnance du 10 février 2016 s'inscrit dans la continuité de ce texte. Il dispose que la mise en demeure peut être constituée, soit par sommation ou tout acte portant interpellation suffisante, soit « *par la seule exigibilité de l'obligation.* ». La mise en demeure conserve donc sa vocation supplétive, ce que confirme le rapport remis au président de la République¹⁸⁴⁶, lequel reconnaît expressément le caractère supplétif de l'article 1344 du Code civil. La Cour de cassation considère que l'appréciation et l'interprétation de la volonté des parties, implicite ou explicite, de convenir que la mise en demeure serait constituée par la seule exigibilité de l'obligation relève du pouvoir souverain des juges du fond¹⁸⁴⁷. Il se trouve que « *la jurisprudence admet assez aisément l'existence de dispense conventionnelle de mise en demeure* »¹⁸⁴⁸ au moyen d'une interprétation

¹⁸⁴⁴ D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 5^{ème} éd., 2021, éd. Bruylant, collection paradigme, n°967 ; S. SCHILLER, « *Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires – Régime applicable en cas d'inexécution* », Rép. dr. des soc. (Daloz), oct. 2020 (actualisation : juin 2021), n° 255 ; M. POUmarede, « *Droit de la responsabilité et des contrats* », sous la dir. de Ph. LE TOURNEAU, Dalloz action 2021/2022, 12^{ème} éd., chap. 3213, n°3213.84 ; C. GUETTIER, Ph. LE TOURNEAU, C. BLOCH, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI, M. POUmarede, « *Droit de la responsabilité et des contrats* », Dalloz action 2021/2022, 12^{ème} éd., n° 3213.84 ; Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, « *Droit des obligations* », 15^{ème} éd., 2019, Lexisnexis, n° 806 ; F. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2018, Dalloz, 214.51 ; N. CAYROL, JCl. Voies d'exécution, fasc. 223 : mise en demeure. Sommation. – Régime de l'acte de mise en demeure, 14 sept. 2015 (actualisation : 7 sept. 2017), n° 103 ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n°978 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 846-847 ; B. GRIMONPREZ, « *Mise en demeure* », Rép. dr. civ. (Daloz), avr. 2017 (actualisation : févr. 2021), n° 6 ; B. BOUBLIL, « *Contrat d'entreprise* », Rép. dr. civ. (Daloz), nov. 2016 (actualisation : juin 2021), n°403 ; D. MAZEAUD, « *L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des obligations* », D. 2016. 2477, n° 13 ; G. CHABOT, « *Mise en demeure* », rép. dr. civ. (Daloz), sept. 2015, (actualisation : déc. 2019), n°14 ; H. PERINET-MARQUET, Dossier 402 – Marchés privés de travaux : obligations de l'entrepreneur, œuvre collective sous la dir. de Ph. MALINVAUD, Dalloz action 2018/2019, Droit de la construction, n° 402.103 ; S. PIMONT, « *Clause pénale* », Rép. dr. civ. (Daloz), avr. 2010 (actualisation : sept. 2019), n°65 ; C. POPINEAU-DEHAULLON, « *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Etude comparative* », thèse, LGDJ, 2006, p. 474-475 ; F. DAVID, « *De la mise en demeure* », in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1939, p. 107-108.

¹⁸⁴⁵ V. CAVALLERI, J.-F. GERKENS, « *Aux origines de l'adage Dies interpellat pro homine* », RDC 2014, n°3, p. 510.

¹⁸⁴⁶ 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.

¹⁸⁴⁷ Cass. com. 8 oct. 2002, n° 01-01.200 ; Cass. civ. 3^{ème}, 9 juin 1999, n° 97-20.977 ; Cass. com., 3 nov. 1972, Gaz. Pal. 1973, 2, p. 533, 2^e esp ; Cass. civ. 3^{ème}, 24 mars 1971, n° 69-12.444, Bull. civ. III, n° 214 ; Cass. civ. 3^{ème}, 7 mars 1969, n° 67-13.139 ; Cass. civ. 1^{ère}, 24 nov. 1965, Bull. civ. I, n° 647 ; Cass. soc., 3 juill. 1953, D. 1954, jurispr. p. 615 ; Cass. req., 28 févr. 1938, Gaz. Pal. 1938, 1, p. 871 ; Cass. req., 21 juin 1933, DH 1933, p. 412 ; Cass. civ., 18 oct. 1927, S. 1928, 1, p. 22 ; Cass. req., 16 mai 1882, D. 1883, 1, p. 175.

¹⁸⁴⁸ X. LAGARDE, « *Contrats et obligations - Remarques sur l'actualité de la mise en demeure* », JCP, n° 46, 13 nov. 1996, doctr. 3974 ; F.-J. CREDOT et Th. SAMIN, « *Prêt - Déchéance du terme : nécessité d'une mise en demeure en l'absence d'une disposition expresse contraire* », RD banc. fin. n° 6, nov. 2015, comm. 183.

relativement souple, voire laxiste, de l'ancien article 1139 du Code civil¹⁸⁴⁹. La stipulation d'une clause de dispense conventionnelle peut être explicite ou implicite. Tout d'abord, de manière constante, la jurisprudence considère qu'il est possible d'aménager la règle « *Dies non interpellat pro homine* » en cas de clause expresse et non équivoque stipulée en ce sens au sein d'une clause de déchéance du terme ou résolutoire¹⁸⁵⁰. Puis, la Cour de cassation estime également que les juges du fond doivent vérifier si la clause litigieuse dont ils sont saisis ne stipule pas une renonciation implicite à la mise en demeure préalable¹⁸⁵¹. En somme, la détermination de l'existence d'une renonciation implicite à la mise en demeure relève du pouvoir souverain des juges du fond¹⁸⁵² qui en fonction des faits de l'espèce qui leurs sont soumis peuvent considérer qu'il y a dispense implicite¹⁸⁵³ ou non¹⁸⁵⁴ de l'envoi d'une mise en demeure préalable. La renonciation implicite à la mise en demeure peut résulter de la nature des engagements souscrits, du caractère strict des délais stipulés, de l'intérêt du créancier à obtenir l'exécution immédiate des obligations essentielles stipulées en sa faveur (cf. infra sur la clause résolutoire). L'examen de l'existence d'une dispense conventionnelle devant résulter de « *l'expression formelle de la volonté des parties. Il faut donc chercher dans la convention même s'il y a des équipollents.* »¹⁸⁵⁵, en revanche, il ne faudrait pas que la clause de dispense explicite de mis en demeure soit contredite par des éléments implicites constatés dans le corps du contrat. Par exemple, même s'il ressort d'une clause la volonté expresse et non équivoque des parties d'écarter la mise en demeure, il ne faudrait pas dans le même temps que le contrat stipule des délais indicatifs (donc non stricts) d'exécution des obligations dues. Autrement, la clause de dispense expresse deviendrait équivoque au regard des autres clauses du contrat. Les règles générales d'aménagement de la mise en demeure étant posées, il nous revient à présent de déterminer l'efficacité et la pertinence de cette clause, prenant la forme d'une clause de facilitation, s'agissant de la mise en demeure prescrite au sein des sanctions

¹⁸⁴⁹ A. CATHELINÉAU, « *Le retard en droit civil (1^{ère} partie)* », LPA 28 août 1998, n° 103, p. 4.

¹⁸⁵⁰ V. notamment pour la jurisprudence rendue par la Cour de cassation : Cass. civ. 1^{ère}, 16 juin 2021, n° 18-25.320 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 juin 2021, n° 20-12.154 ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 avr. 2021, n° 19-15.869 ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2019, n° 18-13.246 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 mai 2019, n° 18-13.470 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 mai 2019, n° 18-13.471 ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2019, n° 17-27.102 ; Cass. civ. 1^{ère}, 12 sept. 2018, n° 17-14.991 ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 Juin 2018, n° 17-18.418 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 2018, n° 17-17.892 ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 2018, n° 16-28.324 ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2017, n° 16-19.914 ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 2017, n° 16-18.418 ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 avr. 2016, n° 15-16.076 ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 2015, n° 14-15.655 ; Cass. com., 31 mai 2011, n° 10-16.315 ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 févr. 2004, n° 01-02.020 ; Cass. civ. 3^{ème}, 25 juin 1975, n° JurisData : 1975-700008 ; V. notamment pour la jurisprudence rendue par certaines Cours d'appel : CA, Poitiers, 2^{ème} ch. civ., 18 mai 2021, n° 20/00403 ; CA, Montpellier, 4^{ème} ch. civ., 3 févr. 2021, n° 17/05140 ; CA, Poitiers, 2^{ème} ch. civ., 8 déc. 2020, n° 20/00982 ; CA, Aix-en-Provence, 1^{ère} et 8^{ème} ch. réunies, 12 sept. 2019, n° 18/10784 ; CA, Metz, 3^{ème} ch., 27 avr. 2017, n° 15/01519 ; CA, Aix-en-Provence, 11^{ème} ch. B, 28 avr. 2016, n° 15/06736 ; CA, Montpellier, 1^{ère} ch., sect. B, 6 mars 2013, n° 12/00084.

¹⁸⁵¹ Cass. com., 8 oct. 2002, n° 01-01.200 ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 déc. 1982, n° de pourvoi inconnu, V. sur le site internet <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007075193> ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 janv. 1971, n° 69-13.938.

¹⁸⁵² Cass. civ. 3^{ème}, 9 juin 1999, n° 97-20.977 ; Cass. soc. 3 juill. 1953 : D. 1954. 615.

¹⁸⁵³ V. notamment pour l'admission de dispenses implicites à la mise en demeure : CA, Rennes, 14 janv. 2005, n° JurisData 270208 ; CA, Reims, 20 juill. 2004, n° 02/00396 ; CA, Colmar, 11 déc. 2003, n° JurisData 235261 ; CA, Rennes, 1^{er} avr. 2003, 02/02670 ; CA, Papeete, 26 mars, 1997, n° JurisData 042469 ; CA, Lyon, 2^{ème} ch., 6 sept. 1994, pourvoi rejeté par Cass. civ. 3^{ème}, 6 nov. 1996, 95-10.497 ; CA, Paris, 5^{ème} ch., 28 mars 1990, D. 1990. IR 98 ; ; CA, Paris, 15^{ème} ch. B, 27 avr. 1984, pourvoi rejeté par Cass. civ. 3^{ème}, 19 févr. 1986, n° 84-15.054 ; CA, Paris, 2^{ème} ch. B., 6 janv. 1984, n° JurisData 020047 ; CA, Paris, 14^{ème} ch. A, 12 janv. 1983, pourvoi rejeté par Cass. civ. 3^{ème}, 8 janv. 1985, n° 83-11.979.

¹⁸⁵⁴ V. notamment pour le rejet de dispenses implicites à la mise en demeure : CA, Paris, pôle 4, ch. 1, 23 mars 2018, n° 16/15286 ; CA, Paris, 6 janv. 2011, pourvoi rejeté par Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 2012, n° 11-16.292 ; CA, Paris, 16^{ème} ch. A, 21 mai 2003, n° 2001/06439 ; CA, Bourges, 26 juin 2001, n° 98/01276 ; CA, Versailles, 14 juin 2001, n° 99/03041 ; CA, Colmar, 2^{ème} ch. civ., 26 avr. 1991, pourvoi rejeté par Cass. com., 8 juin 1993, n° 91-17.494 ; CA, Rennes, 25 juin 1981, n° JurisData 040521 ; CA, Paris, 15^{ème}, 6 nov. 1980, n° JurisData 095685.

¹⁸⁵⁵ R. DEMOGUE, « *Traité des obligations en général* », t. VI, éd. : A. Rousseau (Paris), 1932, n°251, p. 279.

contractuelles suivantes : l'exécution forcée en nature directe (**Paragraphe I**) ou indirecte (**Paragraphe II**), la réduction du prix (**Paragraphe III**), la clause résolutoire (**Paragraphe IV**), la résiliation unilatérale (**Paragraphe V**) et les dommages-intérêts compensatoires et moratoires (**Paragraphe VI**). En effet, même s'il est possible à certaines conditions de stipuler une dispense conventionnelle à la mise en demeure prévue à l'article 1344 du Code civil, il faut encore vérifier si celle-ci est possible (si oui, à quelles conditions) et pertinente pour chaque sanction contractuelle en cas d'assignation en justice¹⁸⁵⁶. Avant d'entamer ces développements, observons que ni l'exception d'inexécution effective (art. 1219, C. civ.), ni l'exception pour risque d'inexécution (art. 1220, C. civ.) ne sont concernées par cette clause de dispense de mise en demeure, précisément parce qu'il est de jurisprudence constante que celle-ci n'est pas un préalable nécessaire à l'exception d'inexécution¹⁸⁵⁷ (laquelle peut être transposée à l'exception pour risque d'inexécution). Toutefois, à l'instar de l'assignation en justice en matière de résolution judiciaire, on peut se demander si la mise en œuvre de l'article 1219 ou 1220 vaut mise en demeure. D'un point de vue doctrinal, l'inutilité de la mise en demeure en matière d'exception d'inexécution était précisément justifiée par le fait que cette sanction contractuelle avait en elle-même vocation à inciter le débiteur à s'exécuter, ce qui rend superflue la mise en demeure¹⁸⁵⁸. En tant que remède suspensif de justice privée et mesure conservatoire, l'exception d'inexécution joue en elle-même lors de sa mise en œuvre ce même rôle à l'égard du débiteur, en le sommant de s'exécuter¹⁸⁵⁹. Il pourrait donc être soutenu que la mise en œuvre de l'exception d'inexécution vaut mise en demeure¹⁸⁶⁰. Cependant, il nous semble que l'exception d'inexécution si elle est un acte unilatéral et comminatoire¹⁸⁶¹, comme la mise en demeure, à la différence de cette dernière elle n'est pas de vocation réceptice. L'exception d'inexécution se caractérise principalement comme « *un moyen de défense qui permet à un débiteur d'être provisoirement dispensé d'exécuter son obligation envers son créancier tant que celui-ci, débiteur envers lui d'une obligation réciproque ou connexe, n'a pas rempli son propre engagement* »¹⁸⁶². Il s'agit d'un « *mécanisme défensif de sauvegarde des intérêts de l'excipiens et un mécanisme comminatoire par lequel l'excipiens fait pression sur son cocontractant pour qu'il s'exécute.* »¹⁸⁶³

¹⁸⁵⁶ Pour un auteur doutant de la validité des clauses dispensant d'une mise en demeure pour chaque sanction contractuelle, V. par exemple : B. GRIMONPREZ, « *Mise en demeure* », Rép. dr. civ. (Dalloz), avr. 2017 (actualisation : févr. 2021), n°35 (« *Par précaution cela dit, vu le libellé impératif de certains articles (sur l'exécution forcée, la réduction de prix, la résiliation par notification...), il peut être judicieux d'écrire que la convention ne déroge pas à l'exigence de mise en demeure, mais qu'elle la répute acquise par la seule échéance du terme de l'obligation.* »).

¹⁸⁵⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 27 oct. 2016, n° 15-16.903 ; Cass. com., 26 mai 1981, n° 79-15.606 ; Cass. com., 10 déc. 1979, n° 78-11.956 ; Cass. com., 27 janv. 1970, n° 67-13.764 ; Cass. com., 10 déc. 1979, n° 78-11956.

¹⁸⁵⁸ C. MALECKI, « *L'exception d'inexécution* », Thèse, LGDJ, 1999, n°285.

¹⁸⁵⁹ C. POPINEAU-DEHAULLON, « *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Étude comparative* », thèse, LGDJ, 2006, p. 477 ; R. LIBCHABER, « *Demeure et mise en demeure en droit français – Rapport français* » in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé (sous la dir. de M. FONTAINE, G. VINEY), Bruxelles, Bruylant, t. XXXII, 2001, n°20.

¹⁸⁶⁰ V. notamment en ce sens : Y.-M. LAITHIER, « *Les sanctions de l'inexécution du contrat* », RDC 2016, n° Hors-série, p. 39 : « *Le premier type d'acte formel est la mise en demeure. (...) Le but est de favoriser l'exécution volontaire, ce qui explique sans doute pourquoi elle n'est pas requise en cas d'exception d'inexécution avec laquelle elle ferait double emploi.* ».

¹⁸⁶¹ C'est d'ailleurs cette vocation comminatoire qui distingue l'exception d'inexécution de la suspension du contrat (L. FIN-LANGER, « *Suspension du contrat de travail : règles générales* », Rép. de dr. du trav., avr. 2019, n°15).

¹⁸⁶² G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Exception* », p. 429. V. aussi : R. CASSIN, « *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution* », thèse, Paris : L. Tenin, 1914, p. 440 ; Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *Droit civil. Les obligations* », Sirey, 17^{ème} éd., 2020, p. 609, n° 1851.

¹⁸⁶³ O. DESHAYES, « *L'exception d'inexécution doit-elle être proportionnée ?* », RDC 2016, n° 4, p. 654.

comprenant principalement des fonctions de garantie et d'incitation à l'exécution¹⁸⁶⁴. Ce raisonnement peut naturellement être étendu à l'exception pour risque d'inexécution. Un auteur considère que la notification de la décision de suspendre le contrat prévu à l'article 1220 du Code civil « *équivalait à une mise en demeure et permettra dans certains cas la reprise du contrat en cours* »¹⁸⁶⁵. Or, ici pour les mêmes raisons que l'article 1219 du Code civil, l'exception pour risque d'inexécution ne saurait par sa seule mise en œuvre valoir mise en demeure. A cela s'ajoute le fait que la notification est une formalité distincte de la mise en demeure en ce qu'elle n'a pas pour objectif de laisser une chance au débiteur de régulariser sa situation, elle vise simplement à informer le débiteur de l'imminence de la mise en œuvre d'une sanction contractuelle. Partant, ni l'exception d'inexécution ni l'exception pour risque d'inexécution ne comprennent les mêmes caractéristiques et fonctions que celles de la mise en demeure, l'application de l'article 1219 ou 1220 du Code civil préalablement à l'une des sanctions contractuelles que nous allons étudier (art. 1221, 1222, 1223, 1225, 1226, 1231, 1231-5, 1231-6, C. civ.) ne peut donc valoir mise en demeure au sens de l'article 1344 du Code civil.

Paragraphe I : la clause facilitant la mise en demeure au sein de l'exécution forcée directe (art. 1221, C. civ.)

La clause de dispense de la mise en demeure. La mise en demeure est un préalable à la mise en œuvre de l'exécution forcée en nature (directe) prévue à l'article 1221 du Code civil et est une manifestation de la bonne foi contractuelle de l'article 1104 du Code civil¹⁸⁶⁶. Cette exigence a été ajoutée à la faveur de l'ordonnance du 10 février 2016, laquelle pouvait auparavant être mise en œuvre de droit, indépendamment de la preuve d'une « *inexécution suffisamment grave* »¹⁸⁶⁷ ou de l'existence d'un « *préjudice* »¹⁸⁶⁸. Si la jurisprudence antérieure à cette réforme ne dispensait pas clairement le créancier de mise en demeure préalable en matière d'exécution forcée en nature au visa de l'ancien article 1184 du Code civil¹⁸⁶⁹, cette dernière l'imposait lorsqu'au-delà de se prévaloir de son droit à l'exécution forcée, le créancier y contraignait le débiteur en mettant en œuvre les voies d'exécution prévues par le Code de procédure civile d'exécution¹⁸⁷⁰. L'article 1221 du Code civil est ainsi

¹⁸⁶⁴ C.-E. BUCHER, « *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif* », ét. de dr. comparé, préf. L. Leveneur, vol. 102, Nouv. bibl. de thèses, Dalloz, 2011, n° 366 ; J.-F. PILLEBOUT, « *Recherches sur l'exception d'inexécution* », LGDJ, coll. bibl. dr. privé, 1971, t. 119, n° 229 et s.

¹⁸⁶⁵ A. BENABENT, « *Droit des obligations* », L.G.D.J. préc. domat droit privé, 18^{ème} éd., 2019, n° 372.

¹⁸⁶⁶ V. notamment en ce sens : V. FORTI, « *Exécution forcée en nature – Régime de l'exécution forcée en nature* », Rép. dr. civ., oct. 2016 (actualisation : févr. 2020), n°93 ; G. CHANTEPIE, « *Contrat : effets – Sanctions de l'inexécution du contrat* », Rép. de dr. civ., janv. 2018, actualisation : déc. 2020, n°203 ; R. LAHER, « *Injonction de faire* », Rép. de dr. com., déc. 2020, n°21 ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n°634 ; P. JOURDAIN, « *La mise en demeure n'est pas exigée pour l'allocation de dommages-intérêts compensatoires en matière contractuelle* », RTD civ. 2007. 787.

¹⁸⁶⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 22 mai 2013, n° 12-16.217.

¹⁸⁶⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 6 mai 1980, n° 78-16.390.

¹⁸⁶⁹ V. par exemple une décision reconnaissant la nécessité d'une mise en demeure avant de solliciter l'exécution ou la résolution d'une promesse de cession de clientèle de taxi (CA, Paris, 8^{ème} ch. A, 10 déc. 2002, n° JurisData 201056). V. cependant, des décisions dispensant de mise en demeure préalable le fait de faire constater l'inexécution de l'obligation et faire condamner le débiteur à l'exécuter (Cass. civ. 22 avr. 1846, D. 1854, I, 423 ; CA, Colmar, 8 mai 1845, D. 1846, 2, 219).

¹⁸⁷⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 20 mars 2014, n° 13-14.053 : « *cette signification dont la nullité n'était pas acquise à défaut d'existence d'un grief constituait la mise en demeure préalable, nécessaire à l'exécution forcée, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision* » ; Cass. civ. 2^{ème}, 14 févr. 2008, n° 06-20.988 : « *Et*

venu imposer cette formalité préalable dès que le créancier se prévaut de son droit à l'exécution forcée. S'il ne fait nul doute que la mise en demeure puisse faire l'objet d'aménagements contractuels s'agissant de la clause résolutoire (art. 1344 et 1225, alin. 2, C. civ.), une telle clause n'est pas expressément visée par l'article 1221 du Code civil¹⁸⁷¹. En effet, « *Alors que la mise en demeure n'est exigée que sous réserve de stipulation contraire pour la mise en œuvre d'une clause résolutoire ou la résolution par notification, elle semble requise systématiquement lorsque le créancier exige l'exécution forcée en nature* », ainsi contrairement à la résolution conventionnelle « *l'exécution forcée en nature (...) justifierait toujours cette mise en demeure* »¹⁸⁷², celle-ci est une « *Condition nécessaire à l'exécution forcée* »¹⁸⁷³. Pour certains de ces auteurs, pour autant « *rien n'empêcherait que le contrat écarte par une clause la mise en demeure préalable à l'exécution forcée en nature par le débiteur* »¹⁸⁷⁴. Plus largement, la doctrine se montre plutôt favorable à la possibilité d'aménager contractuellement la mise en demeure préalable prévue à l'article 1221 du Code civil¹⁸⁷⁵. Cette clause nous semble donc parfaitement valable en son principe.

L'inutilité de la clause de dispense de mise en demeure ? Il reste que l'intérêt de procéder à un tel aménagement contractuel pourrait être limité en pratique en raison du caractère nécessairement judiciaire de la mise en œuvre de l'exécution forcée en nature. Il est vrai qu'avant l'ordonnance du 10 février 2016, il n'existait pas « *de disposition, dans le Code civil, exigeant une mise en demeure préalable à l'exécution forcée* »¹⁸⁷⁶, l'article 1221 du Code civil ajoute donc cette exigence alors même que la résolution judiciaire n'en fait pas de même à l'article 1227 du Code civil. Si une telle mise en demeure devait être requise avant l'assignation en justice en exécution forcée, on serait alors face à un changement de paradigme important¹⁸⁷⁷, de sorte que l'action exécution forcée ne serait plus ouverte à défaut

attendu qu'aux termes de l'article 651 du code de procédure civile, les actes sont portés à la connaissance des intéressés par la notification qui leur en est faite, et que, si l'absence de mention dans une notification de la voie de recours ouverte, de son délai ou de ses modalités a pour effet de ne pas faire courir le délai de recours, l'acte de notification ne peut être considéré comme nul à défaut de preuve de l'existence d'un grief de sorte qu'il est susceptible de constituer la mise en demeure préalable, nécessaire à une exécution forcée » ; CA, Montpellier, 22 mars 2004, n° 03/02673 : « Il n'est pas établi que le titre exécutoire de l'Office public d'HLM a fait l'objet d'une mise en demeure préalable alors que les titres exécutoires émis par une personne morale de droit public ne peuvent donner lieu à une mesure d'exécution forcée sans une notification préalable au débiteur leur conférant l'exigibilité, il y a donc lieu d'annuler la saisie. ».

¹⁸⁷¹ G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n°634.

¹⁸⁷² G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n°978.

¹⁸⁷³ D. MAZEAUD, « *L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats* », D. 2016. P.2477, n°8.

¹⁸⁷⁴ G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n°634.

¹⁸⁷⁵ G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n°634 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 548 ; D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 5^{ème} éd., 2021, éd. Bruylant, collection paradigme, n°967 ; D. MAZEAUD, « *L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats* », D. 2016. P.2477, n°13 ; F.X. TESTU, « *Contrats d'affaires* », Dalloz Référence, 2010, chap. 111 : sort du contrat violé, n° 111-03.

¹⁸⁷⁶ G. VINEY, « *Dispense de mise en demeure pour l'allocation de dommages et intérêts compensatoires* », D., 2007, p. 2642 (V. note 18 en bas de page).

¹⁸⁷⁷ P. ANCEL, « *Les sanctions de l'inexécution contractuelle dans le nouveau Code civil roumain : influences croisées* », in F.-A. BAIAS et R. DINCKA (dir.), *Le nouveau Code civil roumain : vu de l'intérieur – vu de l'extérieur* », 2014, Universitati Bucuresti, p. 83 et p. 89. Le Professeur ANCEL mettait en lumière une tendance en France visant à importer une conception étrangère de la mise en demeure, le Nachfrist allemand. En effet, selon la conception française traditionnelle « *La mise en demeure n'a pas à fixer un délai pour que le débiteur s'exécute et son effet premier est de permettre au créancier de demander des dommages et intérêts liés au*

de mise en demeure préalable¹⁸⁷⁸. S'il n'est pas impossible que les juges prennent ce parti, une telle interprétation de l'article 1221 du Code civil ne nous semble pas souhaitable¹⁸⁷⁹. En effet, même si la mise en demeure adressée au débiteur n'est pas de nature contentieuse¹⁸⁸⁰, de la même façon que pour la résolution judiciaire¹⁸⁸¹ ou la réduction judiciaire du prix (art. 1223, alin. 2, C. civ.)¹⁸⁸², l'assignation du débiteur en exécution forcée en nature devrait être susceptible de valoir mise en demeure¹⁸⁸³. Prenant également pour référence la jurisprudence rendue en matière de résolution judiciaire, le Professeur DESHAYES vitupère l'exigence de mise en demeure imposée à l'article 1221 du Code civil : « *Voilà un créancier victime d'une inexécution contractuelle qui ne pourrait pas demander immédiatement en justice l'exécution*

retard, des intérêts moratoires (...). Rien n'empêche par ailleurs le créancier, dès le jour de la mise en demeure (...) de demander l'exécution forcée à son débiteur ou d'agir en résolution du contrat (...). ». En revanche, selon la conception allemande de la mise en demeure « *l'avertissement délivré au débiteur (...) vise principalement à donner à celui-ci une ultime chance de s'exécuter. L'acte doit alors fixer un délai supplémentaire au débiteur pour qu'il s'exécute, délai pendant lequel le créancier ne peut pas procéder à l'exécution ni faire jouer la résolution du contrat* ». V. aussi sur cette distinction entre la conception française et allemande de la mise en demeure (T. GENICON, « *La résolution du contrat pour inexécution* », Thèse L.G.D.J, 2007, n° 587).

¹⁸⁷⁸ En ce sens, le Professeur GRIMONPREZ considère que l'article 1221 du Code civil « *distingue nettement l'acte de mise en demeure de l'acte de poursuite de l'exécution en nature, le second ne pouvant avoir lieu que si le premier a été préalablement accompli. Dit autrement, l'action en exécution n'est pas ouverte tant que l'état de demeure n'est pas établi* ». Toutefois, ce dernier estime que cette absence de mise en demeure préalable ne devrait pas constituer une fin de non-recevoir mais davantage un moyen de défense au fond (B. GRIMONPREZ, « *Mise en demeure* », Rép. dr. civ. (Dalloz), avr. 2017 (actualisation : févr. 2021), n° 49).

¹⁸⁷⁹ V. toutefois en sens contraire en raison, d'une part, de la portée incertaine du principe d'assimilation entre l'assignation et la mise en demeure et, d'autre part, de la conséquence qui serait de priver le texte de toute portée : A.-S. CHONE-GRIMALDI, sous Article 1221, in Douville T. (dir.), « *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article* », 2^e éd., 2018, Gualino, p. 222.

¹⁸⁸⁰ V. notamment : Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2021, n° 19-20.680 ; Cass. civ. 2^{ème}, 20 mars 2014, n° 13-14.053

¹⁸⁸¹ Une jurisprudence majoritaire considère que l'assignation en résolution judiciaire vaut mise en demeure (Cass. com., 2 févr. 2010, n° 07-21.431 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 mai 2001, Defrénois 2002. 39, note Y. DAGORNE-LABBE ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 janv. 2001, n° 98-22.760 ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2000, n° 97-22.547 ; Cass. civ. 3^{ème}, 11 juin 1992, n° 90-14.648 ; Cass. com. 26 avr. 1977, Bull. civ. IV, n° 118 ; Cass. com. 28 févr. 1972, Bull. civ. IV, n° 75 ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 juill. 1971, Bull. civ. III, n° 458 ; Com. 30 juin 1966, Bull. civ. IV, n° 332 ; Cass. soc. 23 févr. 1956, Bull. civ. III, n° 187 ; Cass. civ. 19 oct. 1931, DH 1931, 537 ; CA, Paris, 6^{ème} ch. A, 20 juin 1990, n° JurisData 022802 ; CA, Paris, 16^{ème} ch. A, 10 mai 1992, n° JurisData 021068 ; CA, Paris, 16^{ème} ch. A, 1^{er} juin 1993, n° JurisData 022238 ; CA, Amiens, 27 juin 1994, n° JurisData 044209 ; CA, Paris, 6^{ème} ch. B, 25 sept. 1997, n° JurisData 022733 ; CA, Paris, 16^{ème} ch. A, 3 déc. 1997, n° JurisData 023788 ;). Aussi, cette jurisprudence vaut non seulement pour les demandes principales mais aussi reconventionnelles de résolution judiciaire (Cass. com. 24 nov. 1982 ; RTD civ. 1983. 387, obs. R. PERROT ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 nov. 1977, Gaz. Pal. 1978. 411, note PLANCQUEEL ; Cass. com. 4 mars 1958, Bull. civ. IV, n° 372). Il existe toutefois une jurisprudence minoritaire considérant que l'assignation en résolution judiciaire n'est pas suffisante pour valoir mise en demeure (Cass. civ. 1^{ère}, 21 juin 1965, Bull. civ. I, n° 407 ; Cass. civ. 3^{ème}, 17 juin 1952, Bull. civ. III, n° 241 ; CA, Pau, 23 sept. 1992, n° JurisData 046569 ; CA, Versailles, 30 mars 1989, n° JurisData 041057).

Le Professeur GENICON a parfaitement résumé la position du juge français s'agissant de l'exigence d'une mise en demeure préalable en matière de résolution judiciaire : « *la question de la mise en demeure (...) a en réalité été totalement privée d'intérêt – et en définitive occultée – par le caractère judiciaire de la résolution. Aussi, la Cour de cassation a toujours jugé que la simple assignation en justice tenait lieu de mise en demeure, sans qu'aucune autre formalité ne soit nécessaire. La solution se comprend d'ailleurs très bien car, à ce stade de la procédure, rien n'est irrémédiable et le contrat continue en principe d'être en vigueur* ». En revanche, le Professeur GENICON cette solution, consistant à considérer que la situation n'est pas irrémédiable et que le contrat continue d'être en vigueur, « *n'est plus tenable* » s'agissant de la résolution unilatérale, c'est pourquoi il appelait de ses vœux à ce que la jurisprudence s'inspire dans ce cas de la Nachfrist allemande. (T. GENICON, « *La résolution du contrat pour inexécution* », Thèse L.G.D.J, 2007, n° 587).

¹⁸⁸² V. notamment sur ce point : O. DESHAYES, « *La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016* », RDC 2019, n°1, p. 29.

¹⁸⁸³ V. en ce sens : J.-L. AUBERT, J. FLOUR, E. SAVAUX, « *Droit civil : les obligations – le rapport d'obligation* », t. III, Sirey, 9^{ème} éd. 2015, n° 225. V. toutefois en sens contraire : A.-S. CHONE-GRIMALDI, sous Article 1223, in Douville T. (dir.), « *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article* », 2^e éd., 2018, Gualino, p. 221.

forcée du contrat ! La chose serait d'autant plus curieuse que ce même créancier peut en revanche parfaitement demander immédiatement la résolution judiciaire du contrat. Ainsi, la mise en demeure préalable, censée favoriser l'exécution, se retournerait contre celui qui demande précisément... l'exécution ! Mais elle ne serait en revanche pas imposée à celui qui demande la destruction du contrat. C'est absurde ! La jurisprudence n'aura pas d'autre choix que de dire que l'assignation en justice tendant à l'exécution vaut mise en demeure, ce qui aboutira en pratique à biffer de l'article 1221 l'exigence de mise en demeure préalable. »¹⁸⁸⁴. Aussi, on peut citer un arrêt rendu par la Cour de cassation dans lequel elle a considéré qu'un acte de procédure de nature judiciaire (en l'occurrence, l'acte de notification d'une ordonnance de taxe) pouvait valoir mise en demeure préalable dans le cadre de la mise en œuvre de l'exécution forcée en nature¹⁸⁸⁵. En l'espèce, il a été jugé que « *l'acte de notification ne peut être considéré comme nul à défaut de preuve de l'existence d'un grief de sorte qu'il est susceptible de constituer la mise en demeure préalable, nécessaire à une exécution forcée* ». Ainsi, si la Cour de cassation estime que la notification d'une ordonnance judiciaire vaut mise en demeure préalable à l'exécution forcée, selon un raisonnement *a pari*, il est fort à parier que l'assignation judiciaire en exécution forcée puisse valoir comme mise en demeure préalable au sens de l'article 1221 du Code civil. Pour une assignation au fond, c'est la date de remise du premier original au défendeur qui devrait permettre de valoir mise en demeure. Alors qu'en cas de requête en injonction de faire (art. 1425-1 à 1425-9, C. de proc. civ.) ou en injonction de payer (art. 1405 à 1425-9, C. de proc. civ.), eu égard à la nature non contradictoire de cette procédure (en effet, la requête est l' « *Acte par lequel est formée la demande en justice (acte juridique) dans les procédures non contradictoires (...) et qui, (...), est directement présenté au juge (...) afin que celui-ci statue sur la requête (...) par décision au bas de celle-ci, sans que, s'il en existe, la partie adverse ou d'autres intéressés aient été avisés ou convoqués par le requérant ou le juge* »¹⁸⁸⁶), le débiteur devrait être réputé mis en demeure à compter de la notification de l'ordonnance d'injonction de payer ou faire. Cette dispense de mise en demeure du fait de l'intervention d'une assignation en justice ou d'une notification d'une décision de justice se justifie par la possibilité pour le débiteur de s'exécuter volontairement jusqu'au rendu de la décision judiciaire. De ce fait, l'intérêt d'exiger une mise en demeure préalable est, dans une certaine mesure, diminué voire

¹⁸⁸⁴ O. DESHAYES, « *La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016* », RDC 2019, n°1, p. 29. Ce dernier considère donc que les juges auront deux solutions possibles : « *Ils pourront, bravant la lettre des textes, considérer que l'assignation en justice tendant à l'allocation de dommages et intérêts vaut « mise en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable » (sic). Ils pourront aussi, d'une manière moins visiblement attentatoire à l'article 1231, décider que la disposition ne s'applique qu'aux dommages et intérêts moratoires.* ». V. aussi en ce sens : « *À la réflexion cependant, dès lors que l'exécution en nature est possible et qu'il n'existe aucune disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier, on voit mal de quel droit un juge infligerait une telle déchéance. À l'endroit, l'article 1221 pose le droit à l'exécution en nature ; il ajoute que ce droit n'existe pas si l'exécution en nature est impossible ou disproportionnée. Lui faire dire que ce droit n'existe pas non plus parce que le créancier n'est pas en mesure de prouver qu'il a préalablement notifié une mise en demeure à son débiteur défaillant, c'est, en hissant la forme au niveau du fond, l'interpréter à l'envers.* » (N. CAYROL, JCl. Civil Code, Art. 1344 à 1344-2 - Fasc. unique : régime général des obligations. – Extinction des obligations. – Mise en demeure du débiteur, 7 mai 2018, n°182) ; V. également ce sens avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 : P. JOURDAIN, « *La mise en demeure n'est pas exigée pour l'allocation de dommages-intérêts compensatoires en matière contractuelle* », RTD civ. 2007. 787 ; R. LIBCHABER, « *Demeure et mise en demeure en droit français – Rapport français* » in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé (sous la dir. de M. FONTAINE, G. VINEY), Bruxelles, Bruylant, t. XXXII, 2001, n° 16.

¹⁸⁸⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 14 févr. 2008, n° 06-20.988.

¹⁸⁸⁶ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Requête* », p. 910.

gommé¹⁸⁸⁷. En revanche, le respect d'une mise en demeure préalable permettrait d'ajouter à la mesure d'exécution forcée en nature, le paiement de dommages-intérêts moratoires plus tôt¹⁸⁸⁸. C'est pourquoi, dans cette perspective, la clause de dispense de la mise en demeure visée à l'article 1221 du Code civil reste pertinente, elle fera ainsi courir automatiquement ces dommages-intérêts moratoires à compter de l'exigibilité de l'obligation et avant la date d'assignation en justice. Partant, cette clause de dispense de mise en demeure conserve un intérêt. Quant aux conditions dans lesquelles cette dispense pourra être stipulée, celles-ci devraient être les mêmes que pour l'aménagement de la règle « *Dies non interpellat pro homine* » à l'article 1344 du Code civil¹⁸⁸⁹, à ceci près qu'il devrait être nécessaire de stipuler une clause idoine¹⁸⁹⁰ visant expressément la mise en demeure prévue à l'article 1221 du Code civil. A défaut, la dispense de mise en demeure pour l'exécution forcée en nature directe pourrait être jugée équivoque et non expresse.

Paragraphe II : la clause facilitant la mise en demeure au sein de l'exécution forcée indirecte (art. 1222, C. civ.)

La clause de dispense de la mise en demeure. Avant l'entrée en vigueur de l'article 1222 du Code civil, l'ancien article 1144 du Code civil prévoyait que le créancier pouvait « *en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur* », c'est-à-dire à faire usage de sa faculté de remplacement de son débiteur par un autre débiteur à même d'exécuter l'obligation inexécutée par le débiteur initial. La jurisprudence exigeait pour ce faire que le créancier mette préalablement en demeure le débiteur de s'exécuter et obtienne une autorisation judiciaire préalable¹⁸⁹¹, hormis en cas d'urgence¹⁸⁹². De même,

¹⁸⁸⁷ V. par ex. : Cass. ch. mixte, 6 juill. 2007, n° 06-13.823 ; RTD civ. 2007, p. 787, obs. P. Jourdain. Le Professeur JOURDAIN admet que l'assignation en justice puisse, selon la jurisprudence, valoir mise en demeure en matière d'exécution forcée en nature ; ainsi celle-ci « *gomme son caractère préalable, puisque toute exécution forcée commence normalement par une demande judiciaire, et ruine une bonne part des fonctions traditionnellement attribuées à la mise en demeure* ».

¹⁸⁸⁸ Un auteur considérait qu'en cas d'absence de mise en demeure préalable en matière d'exécution forcée en nature, les dommages-intérêts moratoires ne commenceraient à courir qu'à compter de la date d'assignation en justice (E. DEBILY, « *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires* », Thèse, 2003, n° 169).

¹⁸⁸⁹ V. not. pour la jurisprudence rendue par la Cour de cassation exigeant la stipulation d'une clause de dispense de la mise en demeure de manière expresse et non équivoque : Cass. civ. 1^{ère}, 16 Juin 2021, n° 18-25.320 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 Juin 2021, n° 20-12.154 ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 avr. 2021, n° 19-15.869 ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 Mai 2019, n° 18-13.246 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 Mai 2019, n° 18-13.470 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 Mai 2019, n° 18-13.471 ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 Mars 2019, n° 17-27.102 ; Cass. civ. 1^{ère}, 12 sept. 2018, n° 17-14.991 ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 Juin 2018, n° 17-18.418 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 Mai 2018, n° 17-17.892 ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 Mars 2018, n° 16-28.324 ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2017, n° 16-19.914 ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 Juin 2017, n° 16-18.418 ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 avr. 2016, n° 15-16.076 ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 Juin 2015, n° 14-15.655 ; Cass. com., 31 Mai 2011, n° 10-16.315 ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 févr. 2004, n° 01-02.020 ; Cass. civ. 3^{ème}, 25 Juin 1975, n° JurisData : 1975-700008.

¹⁸⁹⁰ F. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2018, Dalloz, 214.51.

¹⁸⁹¹ Cass. civ. 3^{ème}, 9 févr. 2017, n° 15-19.678 : « *sauf urgence, le bailleur ne doit rembourser au preneur les travaux dont il est tenu que s'il a été préalablement mis en demeure de les réaliser et, à défaut d'accord, que si le preneur a obtenu une autorisation judiciaire de se substituer à lui, la juridiction de proximité n'a pas donné de base légale à sa décision* » ; Cass. civ. 3^{ème}, 29 sept. 2015, n° 14-17.913 : « *même en l'état de travaux nécessaires et dont le bailleur connaissait la nécessité dans le cadre des opérations d'expertise, l'exigence d'une mise en demeure préalable du bailleur permettait au locataire de constater la carence du bailleur et, en application des dispositions combinées des articles 6 de la loi du 6 juillet 1989 et 1144 du code civil, d'être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur, et retenu, par une appréciation souveraine des éléments de preuve soumis à son appréciation, que M. X... n'avait pas recouru à cette*

l'ancien article 1143 du Code civil prévoyait que « *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* ». Comme la faculté de remplacement, la faculté de destruction était soumise à une autorisation judiciaire préalable mais n'était pas soumise à une mise en demeure préalable. En effet, l'ancien article 1143 du Code civil concernait exclusivement les obligations de ne pas faire, lesquelles n'étaient classiquement pas soumises à une mise en demeure préalable¹⁸⁹³. Désormais, l'article 1222 du Code civil dispose qu'« *Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci.* ». Non seulement, une autorisation judiciaire préalable n'est plus nécessaire s'agissant de la faculté de remplacement (à la différence de la faculté de destruction compte tenu de son caractère « *irréparable* »¹⁸⁹⁴), mais aussi, une mise en demeure préalable est requise pour la faculté de destruction (comme pour la faculté de remplacement). Depuis l'ordonnance du 10 février 2016, la faculté de remplacement en ressort assouplie, en ce qu'elle ne requiert plus qu'une mise en demeure préalable, alors que la faculté de destruction en ressort davantage circonscrite, en ce qu'elle est soumise à la fois à une autorisation judiciaire mais aussi à une mise en demeure préalable. Dans ces deux situations, le créancier peut également décider de demander au débiteur en justice d'avancer les sommes nécessaires pour la mise en œuvre de la faculté de remplacement ou de destruction. Comme l'article 1221 du Code civil, la mise en demeure préalable exigée pour la faculté de remplacement et de destruction découle de la bonne foi contractuelle¹⁸⁹⁵ et la doctrine considère, à l'instar de l'exécution forcée directe (art. 1221, C. civ.), qu'il devrait être possible d'aménager contractuellement l'exigence de mise en demeure préalable prévue

procédure » ; Cass. civ. 3^{ème}, 29 juin 2010, n° 09-16.025 : « *Attendu qu'ayant constaté que les preneurs avaient réalisé des travaux dans le logement loué sans avoir mis le bailleur en demeure d'y pourvoir et sans y avoir été autorisés judiciairement, et retenu que l'initiative des locataires n'était pas justifiée par l'urgence, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche sur la manière dont le bailleur avait rempli son obligation de délivrance, que ses constatations rendaient inopérante, a légalement justifié sa décision* » ; Cass. civ. 3^{ème}, 16 juill. 1997, n° 95-20.884 : « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'en l'absence de mise en demeure, adressée au bailleur, d'avoir à effectuer les travaux et de décision de justice autorisant le preneur à les faire exécuter, le bailleur n'était pas tenu d'en supporter la charge, le Tribunal a violé le texte susvisé* » ; Cass. civ. 3^{ème}, 4 oct. 1994, n° 92-20.882 : « *Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si M. Y... avait été mis en demeure d'effectuer les travaux et alors qu'aucune décision de justice n'avait autorisé la locataire à les réaliser, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision de ce chef* ». V. toutefois sur le caractère alternatif de la mise en demeure et de l'autorisation judiciaire : Cass. civ. 3^{ème}, 31 oct. 2012, n° 11-18.635 : « *Qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si la locataire avait mis en demeure les bailleurs d'effectuer les travaux nécessaires ou si elle avait été autorisée par décision de justice à se substituer à eux, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

¹⁸⁹² Cass. civ. 3^{ème}, 13 déc. 2018, n° 17-27.676 ; Cass. civ. 3^{ème}, 9 févr. 2017, n° 15-19.678 ; Cass. civ. 3^{ème}, 7 juill. 2016, n° 15-18.306 ; Cass. civ. 3^{ème}, 29 juin 2010, n° 09-16.025 ; Cass. civ. 3^{ème}, 12 juin 2001, n° 99-12.127 ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 1997, n° 95-20.509 ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 nov. 1995, n° 93-19.692. Même en cas de dispense d'autorisation judiciaire, le créancier, lorsqu'il met en œuvre la faculté de remplacement, doit « *au moins prendre la précaution de prévenir son débiteur* » par l'envoi d'une mise en demeure préalable, celle-ci étant un remède de justice privée (C. POPINEAU-DEHAULLON, « *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Etude comparative* », thèse, LGDJ, 2006, p. 867).

¹⁸⁹³ Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} mars 1972, n° 70-12.313 ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 mai 1969, n° 67-13.818 ; Cass. civ. 3^{ème}, 25 oct. 1968, n° 67-10.482.

¹⁸⁹⁴ 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.

¹⁸⁹⁵ V. FORTI, « *Exécution forcée en nature – Régime de l'exécution forcée en nature* », Rép. dr. civ., oct. 2016 (actualisation : févr. 2020), n°93 ; G. CHANTEPIE, « *Contrat : effets – Sanctions de l'inexécution du contrat* », Rép. de dr. civ., janv. 2018, actualisation : déc. 2020, n°203 ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n°634 ; C. NOBLOT, « *Contrats et obligations - La clause de remplacement* », CCC, n° 3, Mars 2014, form. 3, n°3.

pour l'exécution forcée indirecte (art. 1222, C. civ.)¹⁸⁹⁶. Néanmoins, si la jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 admettait que les parties puissent se départir de l'ancienne autorisation judiciaire obligatoire et préalable à la faculté de remplacement en cas d'urgence¹⁸⁹⁷, elle ne s'était pas montrée aussi souple s'agissant de l'exigence d'une mise en demeure préalable¹⁸⁹⁸. Il n'est donc pas certain qu'aujourd'hui la jurisprudence admette aisément la dispense conventionnelle de mise en demeure même en cas d'urgence. Un raisonnement similaire peut être tenu s'agissant de la faculté de destruction anciennement prévue par l'article 1143 du Code civil. Le fait de savoir si une dispense conventionnelle de mise en demeure pouvait être stipulée ne se posait pas à cette époque, puisque toute obligation de ne pas faire était dispensée de mise en demeure préalable en application de l'ancien article 1145 du Code civil¹⁸⁹⁹. Désormais l'article 1222 du Code civil requiert non seulement une mise en demeure préalable mais aussi une autorisation judiciaire préalable pour la mise en œuvre de cette faculté de destruction. Cette faculté de destruction est donc soumise à des conditions très proches de celles de l'ancienne faculté de remplacement de l'ancien article 1144 du Code civil (qui exigeait auparavant pour cette faculté une autorisation judiciaire et une mise en demeure préalable). Il peut ainsi être induit que probablement la jurisprudence se prononcera en des termes similaires que pour l'ancien article 1144 du Code civil (admettant l'éviction de l'autorisation judiciaire uniquement en cas d'urgence mais pas de la mise en demeure¹⁹⁰⁰). Il en résulte que, de façon analogue, la dispense conventionnelle de mise en demeure devrait rester incertaine, même en cas d'urgence à l'instar de la faculté de remplacement.

L'inutilité de la clause de dispense de mise en demeure ? Il reste que cette dispense de mise en demeure ne sera pas toujours pertinente dans la mesure où parfois la mise en demeure pourra être considérée comme déjà constituée par l'assignation en justice en remplacement ou en destruction à l'instar de la jurisprudence rendue concernant la résolution judiciaire¹⁹⁰¹ ou de

¹⁸⁹⁶ V. notamment : F. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2018, Dalloz, 128.122 ; V. FORTI, « *Exécution forcée en nature – Régime de l'exécution forcée en nature* », Rép. dr. civ., oct. 2016 (actualisation : févr. 2020), n°94 ; C. NOBLOT, « *Contrats et obligations - La clause de remplacement* », CCC, n° 3, Mars 2014, form. 3, n°3.

¹⁸⁹⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 13 déc. 2018, n° 17-27.676 ; Cass. civ. 3^{ème}, 9 févr. 2017, n° 15-19.678 ; Cass. civ. 3^{ème}, 7 juill. 2016, n° 15-18.306 ; Cass. civ. 3^{ème}, 29 juin 2010, n° 09-16.025 ; Cass. civ. 3^{ème}, 12 juin 2001, n° 99-12.127 ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 1997, n° 95-20.509 ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 nov. 1995, n° 93-19.692.

¹⁸⁹⁸ Dans l'ensemble des décisions précitées si les juges admettaient l'éviction de l'autorisation judiciaire, celle-ci n'emportait pas pour autant celle de la mise en demeure préalable. Par exemple, la Cour de cassation a pu affirmer « *Qu'en statuant ainsi, alors que, sauf urgence, le bailleur ne doit rembourser au preneur les travaux dont il est tenu que s'il a été préalablement mis en demeure de les réaliser et, à défaut d'accord, que si le preneur a obtenu une autorisation judiciaire de se substituer à lui, la juridiction de proximité n'a pas donné de base légale à sa décision* » (Cass. civ. 3^{ème}, 9 févr. 2017, n° 15-19.678).

Même en cas de dispense d'autorisation judiciaire, le créancier, lorsqu'il met en œuvre la faculté de remplacement, doit « *au moins prendre la précaution de prévenir son débiteur* » par l'envoi d'une mise en demeure préalable, celle-ci étant un remède de justice privée (C. POPINEAU-DEHAULLON, « *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Étude comparative* », thèse, LGDJ, 2006, p. 867).

¹⁸⁹⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} mars 1972, n° 70-12.313 ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 mai 1969, n° 67-13.818 ; Cass. civ. 3^{ème}, 25 oct. 1968, n° 67-10.482.

¹⁹⁰⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 13 déc. 2018, n° 17-27.676 ; Cass. civ. 3^{ème}, 9 févr. 2017, n° 15-19.678 ; Cass. civ. 3^{ème}, 7 juill. 2016, n° 15-18.306 ; Cass. civ. 3^{ème}, 29 juin 2010, n° 09-16.025 ; Cass. civ. 3^{ème}, 12 juin 2001, n° 99-12.127 ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 1997, n° 95-20.509 ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 nov. 1995, n° 93-19.692.

¹⁹⁰¹ Une jurisprudence majoritaire considère que l'assignation en résolution judiciaire vaut mise en demeure (Cass. com., 2 févr. 2010, n° 07-21.431 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 mai 2001, Defrénois 2002. 39, note Y. DAGORNE-LABBE ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 janv. 2001, n° 98-22.760 ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2000, n° 97-22.547 ; Cass. civ. 3^{ème}, 11 juin 1992, n° 90-14.648 ; Cass. com. 26 avr. 1977, Bull. civ. IV, n° 118 ; Cass. com. 28 févr. 1972, Bull. civ. IV, n° 75 ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 juill. 1971, Bull. civ. III, n° 458 ; Com. 30 juin 1966, Bull. civ. IV, n° 332 ; Cass. soc. 23 févr. 1956, Bull. civ. III, n° 187 ; Cass. civ. 19 oct. 1931, DH 1931, 537 ; CA, Paris, 6^{ème} ch. A, 20 juin 1990, n° JurisData 022802 ; CA, Paris, 16^{ème} ch. A, 10 mai 1992, n° JurisData 021068 ; CA, Paris, 16^{ème} ch. A,

la réduction judiciaire du prix (art. 1223, alin. 2, C. civ.)¹⁹⁰². En premier lieu, cette dispense de mise en demeure concernera la faculté de destruction qui revêt nécessairement un caractère judiciaire et vaudra mise en demeure à compter de l'assignation en destruction d'un ouvrage ou d'une construction. Comme pour l'article 1221 du Code civil, une assignation en justice est nécessaire pour contraindre à la mise en œuvre de cette sanction, laquelle pourra donc valoir mise en demeure. Ainsi, dans ce cas, la clause de dispense de mise en demeure ne paraît pas pertinente si ce n'est pour faire courir les dommages-intérêts moratoires plus tôt. En second lieu, la clause de dispense de mise en demeure ne s'avèrera pas non plus utile dès lors que le créancier décide de « *demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires* » pour la mise en œuvre de la faculté de remplacement ou de destruction. Une assignation en justice sera également nécessaire et fera office de mise en demeure à l'égard du débiteur qui aura encore la possibilité de régulariser ses manquements contractuels. En troisième et dernier lieu, la stipulation d'une clause de dispense de mise en demeure sera en revanche pertinente s'agissant de la faculté de remplacement dite « *unilatérale* » ou « *extrajudiciaire* »¹⁹⁰³. En effet, dans ce cas, en l'absence de sollicitation du juge, le créancier mettra en demeure le débiteur de s'exécuter et, à défaut, fera exécuter l'obligation par un autre débiteur pour ensuite assigner le débiteur initial en remboursement des sommes engagées à cette fin. Cependant, l'assignation effectuée intervient postérieurement à la mise en œuvre de la sanction contractuelle caractérisée par le remplacement du débiteur initial. Il nous semble donc que celle-ci ne devrait pas valoir mise en demeure dans la mesure où le débiteur initial ne sera plus en mesure de régulariser son inexécution, l'exécution ayant déjà été réalisée par un autre débiteur. La possibilité pour le débiteur initial, mis en demeure de cette façon, de pouvoir s'exécuter volontairement serait alors illusoire, dans la mesure où la sanction contractuelle a déjà déployé ses effets. En l'occurrence, le remplacement du débiteur et l'exécution de l'obligation ont été régularisés par l'autre débiteur. Dans ce cas, la dispense de mise en demeure serait particulièrement utile car son absence pourrait être *a posteriori* reprochée au créancier et une fois le remplacement réalisé, celle-ci ne pourrait plus être régularisée par le créancier. Elle pourrait d'ailleurs être combinée avec une clause de notification pour certes renforcer le caractère « *comminatoire* »¹⁹⁰⁴ du remplacement, mais aussi, favoriser le remboursement des sommes avancées par le créancier de façon extrajudiciaire. Enfin, comme pour l'article 1221 du Code civil, il conviendrait, pour que la dispense de mise en demeure soit expresse et non équivoque, qu'une clause spécifique soit stipulée concernant la faculté de remplacement et/ou la faculté de destruction de l'article 1222 du Code civil.

1^{er} juin 1993, n° JurisData 022238 ; CA, Amiens, 27 juin 1994, n° JurisData 044209 ; CA, Paris, 6^{ème} ch. B, 25 sept. 1997, n° JurisData 022733 ; CA, Paris, 16^{ème} ch. A, 3 déc. 1997, n° JurisData 023788 ;). Aussi, cette jurisprudence vaut non seulement pour les demandes principales mais aussi reconventionnelles de résolution judiciaire (Cass. com. 24 nov. 1982 ; RTD civ. 1983. 387, obs. R. PERROT ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 nov. 1977, Gaz. Pal. 1978. 411, note PLANCQUEEL ; Cass. com. 4 mars 1958, Bull. civ. IV, n° 372). Il existe toutefois une jurisprudence minoritaire considérant que l'assignation en résolution judiciaire n'est pas suffisante pour valoir mise en demeure (Cass. civ. 1^{ère}, 21 juin 1965, Bull. civ. I, n° 407 ; Cass. civ. 3^{ème}, 17 juin 1952, Bull. civ. III, n° 241 ; CA, Pau, 23 sept. 1992, n° JurisData 046569 ; CA, Versailles, 30 mars 1989, n° JurisData 041057).

¹⁹⁰² V. notamment sur ce point : O. DESHAYES, « *La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016* », RDC 2019, n°1, p. 29.

¹⁹⁰³ D. MAZEAUD, « *L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats* », D. 2016. P.2477, n°16.

¹⁹⁰⁴ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 554.

Paragraphe III : la clause facilitant la mise en demeure au sein de la réduction du prix (art. 1223, C. civ.)

La clause de dispense de mise en demeure. Avant l'ordonnance du 10 février 2016, en dehors des certains textes spéciaux (notamment : art. 1617, 1745 et 1644 C. civ.), la réduction du prix était pratiquée en matière de ventes commerciales tantôt de manière unilatérale¹⁹⁰⁵, tantôt de manière judiciaire¹⁹⁰⁶. L'article 1223 du Code civil consacre en droit commun non seulement l'action judiciaire en réduction du prix (art. 1223, alin. 2, C. civ.) mais aussi l'action unilatérale en réduction du prix (art. 1223, alin. 1^{er}, C. civ.). De manière générale, la doctrine considère majoritairement qu'il est possible de stipuler une clause de dispense de mise en demeure concernant l'article 1223 du Code civil¹⁹⁰⁷. Sauf à ce qu'au cas par cas une telle clause puisse créer un déséquilibre significatif (au sens des articles 1171 du Code civil, L. 212-1 du Code de la consommation et L. 442-1 du Code de commerce), celle-ci semble en son principe parfaitement valable¹⁹⁰⁸.

L'inutilité de la clause de dispense de mise en demeure ? Seulement, comme pour les autres sanctions contractuelles, nous allons voir que la mise en demeure ne sera pas toujours pertinente. Tout d'abord, relevons que la mise en demeure n'est pas exigée s'agissant de la réduction judiciaire du prix (art. 1223, alin. 2, C. civ.), ce qui est logique comme pour la résolution judiciaire, puisqu'à défaut d'accord entre les parties l'assignation en justice en réduction du prix vaudrait alors mise en demeure. On peut ainsi regretter qu'une telle exclusion de la mise en demeure n'ait pas également été expressément prévue s'agissant de l'article 1221 (concernant l'exécution forcée en nature) et 1222 du Code civil (uniquement concernant les facultés judiciaires de remplacement et de destruction). En revanche, l'article 1223 du Code civil exige une mise en demeure s'agissant de l'action unilatérale en réduction du prix. Or, il avait été démontré en doctrine le caractère inutile de la mise en demeure s'agissant de la réduction du prix, qu'on appelait parfois auparavant « *réfaction* », en effet « *La nature de la réfaction exclut la mise en demeure préalable dès lors que le contractant victime de l'inexécution souhaite appliquer directement la sanction. La mise en demeure est par conséquent inutile. La mise en demeure permet d'éviter des poursuites judiciaires si le créancier s'y conforme. Or, lorsque le créancier de l'obligation inexécutée applique la réfaction, son objectif n'est pas d'entamer des poursuites judiciaires puisqu'il se défend lui-même en procédant directement à la réfaction du contrat. (...) La mise en demeure s'avère donc inopérante dans une hypothèse où la partie qui refait unilatéralement le contrat, intervient dans un objectif de sanction immédiate excluant tout formalisme de type pré-*

¹⁹⁰⁵ Cass. com., 11 oct. 1971, Bull. civ. IV, n° 236.

¹⁹⁰⁶ Cass. com., 15 nov. 1992, JCP 1993. II. 22075, note POULNAIS.

¹⁹⁰⁷ M. POUmarede, « *Droit de la responsabilité et des contrats* », Dalloz action 2021/2022, 12^{ème} éd., n° 3213.84 ; Fr. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2018, Dalloz, 128.152 ; G. CHANTEPIE, « *Réduction du prix et résolution par notification* », in M. Latina (dir.), « *La réforme du droit des contrats en pratique* », D. 2017, p. 94 ; Fr. CHENEDE, « *La réduction du prix* », RDC 2017, n° 03, p. 571, n° 8 et n° 15 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 566 ; F.-X. LICARI, « *Contrat . Inexécution du contrat. Réduction de prix* », JCl. Civil Code, Art. 1223, fasc. unique, 2018, n° 27 ; Fr. CHENEDE, « *La réduction du prix* », RDC 2017, n° 3, p. 571, n° 15 ; A. AYNES, « *Accroissement du pouvoir de la volonté individuelle* », in *L'inexécution des contrats*, Dr. et patr. juin 2016. 49, spéc. p. 50 ; Ph. DELEBECQUE, « *L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat* », Dr. et Patr., n° 259, 1^{er} juin 2016.

¹⁹⁰⁸ V. toutefois plus dubitatif et incertain sur la validité de cette clause de dispense de mise en demeure à l'article 1223 du Code civil : H. BARBIER, « *L'exécution et la sortie du contrat* », RDC 2018, n° Hors-série, p. 40.

contentieux »¹⁹⁰⁹. De même, l'hypothèse du texte de l'article 1223 du Code civil semble viser une « *inexécution consommée* »¹⁹¹⁰, ce qui fait que l'on peine à comprendre l'utilité de cette mise en demeure. Néanmoins, la mise en demeure préalable imposée lors de la mise en œuvre de la réduction unilatérale du prix nous semble justifiée dans la mesure où la réduction du prix constitue une sanction contractuelle et permet de réduire unilatéralement le prix non encore versé par le créancier. Avant de mettre en œuvre ce procédé de justice privée¹⁹¹¹ et conformément à la bonne foi contractuelle¹⁹¹², le débiteur conserve donc encore une ultime chance de s'exécuter volontairement. Surtout, le débiteur est encore en capacité de régulariser l'inexécution qui lui est reprochée, la réduction du prix n'ayant pas encore été mise en œuvre. Ce qui signifie que cette mise en demeure du débiteur ne pourrait pas être régularisée de manière *a posteriori* par l'assignation en justice du débiteur (par exemple, si le créancier souhaite en plus de la réduction du prix, réclamer des dommages-intérêts compensatoires et moratoires). Dans ce cas, l'assignation en justice ne pourrait valoir mise en demeure car la sanction contractuelle a déjà déployé ses effets et le débiteur ne peut plus valablement s'exécuter, le prix correspondant à cette exécution ayant été tronqué. En revanche, la mise en demeure pourrait apparaître comme inutile dans une hypothèse, si, par une interprétation littérale et dénaturante (ce qui ne peut pas être complètement exclu) de l'article 1223 du Code civil, les juges admettaient le caractère irrégulier de la réduction unilatérale du prix en l'absence de rédaction par écrit de l'acceptation du débiteur (l'article 1223 du Code civil prévoyant que « *L'acceptation par le débiteur de la décision de réduction de prix du créancier doit être rédigée par écrit.* »). Dans ce cas, on reviendrait alors à une situation déjà existante sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance du 10 février 2016¹⁹¹³ et le caractère novateur de l'article 1223 du Code civil serait réduit comme une peau de chagrin. En partant du principe, qu'une telle interprétation soit adoptée par les juges, la mise en demeure préalable n'aurait alors plus qu'une portée informative dénuée de toute vocation comminatoire, la réduction du prix devant être acceptée par les parties. Cela dit, si le créancier souhaite recourir à la réduction du prix moyennant l'acceptation du débiteur, la réduction du prix ne serait plus unilatérale mais conserverait son caractère de sanction contractuelle en ce qu'à défaut d'accord entre les parties, le créancier pourrait alors saisir directement le juge. On voit bien d'ailleurs qu'une telle interprétation serait absurde en ce que la procédure prévue à l'alinéa 1^{er} (si le prix n'a pas encore été payé par le créancier) serait la même que celle prévue à l'alinéa 2 de l'article 1223 du Code civil (si le prix a déjà été payé par le créancier) malgré une rédaction qui elle n'est pas identique et correspond à dessein à deux situations distinctes. Dans ce cas, à défaut d'acceptation du débiteur, la mise en demeure pourrait être satisfaite par l'assignation en justice du débiteur en réduction du prix à l'instar de l'alinéa 2 de l'article 1223 du Code civil. Par conséquent, si une dispense de mise en demeure apparaît parfaitement

¹⁹⁰⁹ K. ASUNCION DE LA PLANES, « *La réfaction du contrat* », thèse, LGDJ, 2006, p. 366.

¹⁹¹⁰ M. MIGNOT, « *Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (VI)* », LPA 4 avr. 2016, n° 67, p. 5.

¹⁹¹¹ En effet, « *La mise en demeure du débiteur est indissociable des remèdes de justice privée. Elle est un préalable à leur mise en œuvre puisqu'elle remplace en fait une partie de la procédure exigée dans le cadre des sanctions judiciaires de l'inexécution. (...) Elle permet au juge de regagner un certain pouvoir modérateur, a posteriori, en exigeant des formes particulières pour la mise en demeure du débiteur. En tant que condition de forme du droit de recourir à un remède de justice privée pour remédier à l'inexécution du débiteur, elle protège le débiteur de l'arbitraire d'une sanction d'origine privée en lui garantissant que le créancier qui ne se plierait pas à ces exigences ne pourra pas mettre en œuvre le remède prévu ou verra sa responsabilité engagée du fait d'un abus de droit* » (C. POPINEAU-DEHAULLON, « *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Etude comparative* », thèse, LGDJ, 2006, p. 485).

¹⁹¹² « *La réfaction ne constitue pas une solution radicale mettant en péril le lien contractuel ou le contrat mais au contraire participe à la perfection du contrat dans la mesure où son fondement réside dans la bonne foi et l'équité.* » (K. ASUNCION DE LA PLANES, « *La réfaction du contrat* », thèse, LGDJ, 2006, p. 364).

¹⁹¹³ Cass. civ. 1^{ère}, 3 juill. 1996, n° 94-13.239 ; Cass. com., 22 juin 1993, n° 91-17.169 ; Cass. com., 10 oct. 1989, 87-16.334.

valable sur le principe, il serait préférable de stipuler une clause idoine en ce sens concernant spécialement l'article 1223 du Code civil, ceci afin de contenter le caractère « *expresse* » et « *non équivoque* » de cette clause. Aussi, cette clause s'avèrerait pertinente uniquement s'agissant de l'action en réduction unilatérale du prix (si tant est que son caractère unilatéral soit confirmé par la jurisprudence).

Paragraphe IV : la clause facilitant la mise en demeure au sein de la clause résolutoire (art. 1225, C. civ.)

La clause de dispense de la mise en demeure. Avant l'entrée en vigueur de l'article 1225 du Code civil, il était déjà prévu que la clause résolutoire soit par principe précédée d'une mise en demeure¹⁹¹⁴ et que celle-ci fasse allusion, mentionne ou vise expressément ladite clause résolutoire¹⁹¹⁵ (nous reviendrons *infra* sur la portée différente de chacun de ces termes ci-après). L'article 1225 du Code civil est donc venu globalement codifier ces jurisprudences en prévoyant que « *La résolution est subordonnée à une mise en demeure infructueuse, (...) La mise en demeure ne produit effet que si elle mentionne expressément la clause résolutoire.* ». En effet, « *Le statut des clauses résolutoires, hier dessiné en jurisprudence, a été pour une bonne part reconduit par l'ordonnance du 10 février 2016* »¹⁹¹⁶. A l'évidence et comme pour les autres sanctions contractuelles, cette mise en demeure constitue une manifestation de la bonne foi contractuelle¹⁹¹⁷. Comme le souligne justement le Professeur DESHAYES, parmi les dispositions du Code civil relatives aux sanctions contractuelles, « *seule une des dispositions concernées évoque explicitement la possibilité pour les parties de stipuler une dispense de mise en demeure. C'est l'article 1225, lequel concerne la clause résolutoire.* »¹⁹¹⁸. Selon l'article 1225 du Code civil, s'agissant de la clause résolutoire, la mise en demeure peut ainsi être écartée s'il a « *été convenu que celle-ci résulterait du seul fait de l'inexécution* » alors que s'agissant de la mise en demeure pour l'ensemble des sanctions, l'article 1344 du Code civil prévoit que le débiteur peut être mis en demeure « *si le contrat le prévoit, par la seule exigibilité de l'obligation.* ». Une différence rédactionnelle peut être constatée entre l'article 1225 et 1344 du Code civil, il semblerait que le premier article vienne simplement préciser le second article. En effet, selon le Vocabulaire juridique du Doyen CORNU, « *l'exigibilité* » est le « *caractère d'une dette dont le créancier est en droit de réclamer l'exécution immédiate, sans être tenu de respecter un terme, ni d'attendre l'accomplissement d'une condition suspensive* »¹⁹¹⁹, alors que l'inexécution est le « *non-accomplissement d'une obligation qui peut être totale ou partiel, résulter d'une omission ou d'une initiative, être dû à*

¹⁹¹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 2015, n° 14-15.655 ; Cass. civ. 3^{ème}, 21 janv. 2014, n° 12-26.211 ; Cass. com. 20 sept. 2011, n° 10-30.834 ; Cass. com. 6 déc. 2011, n° 10-26.543 ; Cass. com. 31 mai 2011, n° 10-16.315 ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 févr. 2004, n° 01-02.020. V. aussi sur le pouvoir modérateur du juge concernant le contenu de la mise en demeure en matière de clauses résolutoires Ch. ANDRE, « *Le fait du créancier contractuel* », thèse, LGDJ 2002, n°629.

¹⁹¹⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 14 juin 2018, n° 17-18.873 ; Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} juin 2011, n° 09-70.502 ; Cass. civ. 3^{ème}, 31 oct. 1989, n° 88-12.590 ; Cass. civ. 3^{ème}, 11 juin 1986, n° 84-15.512.

¹⁹¹⁶ Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, « *Droit des obligations* », 15^{ème} éd., 2019, Lexisnexis, n° 574.

¹⁹¹⁷ G. CHANTEPIE, « *Contrat : effets – Sanctions de l'inexécution du contrat* », Rép de dr. civ., janv. 2018, actualisation : déc. 2020, n°250 ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n°651.

¹⁹¹⁸ O. DESHAYES, « *La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016* », RDC 2019, n°1, p. 29.

¹⁹¹⁹ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Exigibilité* », p. 436.

une faute de la part du débiteur (inexécution fautive) »¹⁹²⁰. Ainsi, pour la clause résolutoire, la date de l'inexécution et celle de l'exigibilité seront concomitantes, en cela l'article 1225 du Code civil ne fait qu'apporter une précision sur le fait que c'est à compter de l'inexécution que le créancier sera en droit de réclamer l'exécution immédiate de l'obligation du débiteur et donc de se prévaloir de la résiliation conventionnelle du contrat. En revanche, pour les autres sanctions contractuelles, ces deux dates ne seront pas identiques. Par exemple, pour la résiliation unilatérale (art. 1226, C. civ.), la date d'exigibilité sera postérieure à celle de l'inexécution de l'obligation, un certain degré de gravité étant exigé ou, pour l'exception pour risque d'inexécution (art. 1220, C. civ.), l'exigibilité sera antérieure à la date d'inexécution, étant donné qu'il suffit qu'il soit manifeste que le débiteur ne s'exécute pas à l'échéance et que les conséquences d'une telle inexécution soient suffisamment graves pour suspendre le contrat. Ainsi, toute obligation exigible suppose l'imputation d'une inexécution antérieure au débiteur alors que toute inexécution du débiteur ne donne pas lieu à l'exigibilité de l'obligation, hormis dans le cas de la clause résolutoire. Il nous semble donc logique que le terme « *exigibilité* » soit employé pour l'ensemble des sanctions contractuelles, car c'est la date qui correspond à ces dernières alors que le terme « *inexécution* » est réservé à la clause résolutoire car c'est à compter de la date de commission d'une inexécution relevant de la clause résolutoire que celle-ci peut être mise en œuvre. Il en résulte que l'emploi de ces termes a essentiellement pour objectif d'adapter la terminologie à utiliser en fonction de la spécificité de chaque sanction contractuelle. Partant, l'utilisation de ces termes n'emporte aucune différence s'agissant des conditions d'aménagement de la mise en demeure¹⁹²¹. Celle-ci est possible dans les mêmes conditions, qu'il s'agisse de la clause résolutoire sur le fondement de l'article 1225 du Code civil ou des autres sanctions contractuelles sur le fondement de l'article 1344 du Code civil¹⁹²². Quoiqu'il en soit, il est ainsi possible à certaines conditions de dispenser le créancier par voie contractuelle du respect d'une mise en demeure préalable s'agissant de la clause résolutoire. La jurisprudence est assez prolifique en matière de clauses résolutoires et a posé des conditions encadrant la stipulation d'une telle dispense de mise en demeure. Comme expliqué plus haut, la jurisprudence considère qu'il est possible de dispenser d'une telle mise en demeure par la stipulation d'une clause expresse et non équivoque¹⁹²³. Les décisions rendues concernent bien sûr la clause résolutoire ou de résiliation mais aussi la clause de déchéance du terme¹⁹²⁴, ces dernières peuvent utilement être

¹⁹²⁰ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Inexécution* », p. 545.

¹⁹²¹ V. par exemple sur les dangers d'étendre la dispense de mise en demeure à la résiliation unilatérale, alors que la jurisprudence l'autorise uniquement pour la clause résolutoire (O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 510).

¹⁹²² V. par exemple en faveur de la généralisation à l'ensemble des sanctions contractuelles concernées de la possibilité de se dispenser conventionnellement de la mise en demeure : O. DESHAYES, « *La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016* », RDC 2019, n° 1, p. 29. V. aussi : Y.-M. LAITHIER, « *La validité réaffirmée de la dispense conventionnelle de mise en demeure du débiteur* », RDC 2015, n° 4, p. 836. Ce dernier estime que la dispense de mise en demeure concernant la clause de déchéance, « *vaut plus généralement dans le cadre des autres sanctions de l'inexécution du contrat.* ».

¹⁹²³ V. également sur les conditions de dispense conventionnelle de la mise en demeure dans la clause résolutoire (C. POPINEAU-DEHAULLON, « *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Étude comparative* », thèse, LGDJ, 2006, p. 897).

¹⁹²⁴ V. notamment pour la jurisprudence rendue par la Cour de cassation : Cass. civ. 1^{ère}, 16 Juin 2021, n° 18-25.320 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 Juin 2021, n° 20-12.154 ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 avr. 2021, n° 19-15.869 ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 Mai 2019, n° 18-13.246 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 Mai 2019, n° 18-13.470 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 Mai 2019, n° 18-13.471 ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 Mars 2019, n° 17-27.102 ; Cass. civ. 1^{ère}, 12 sept. 2018, n° 17-14.991 ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 Juin 2018, n° 17-18.418 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 Mai 2018, n° 17-17.892 ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 Mars 2018, n° 16-28.324 ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2017, n° 16-19.914 ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 Juin 2017, n° 16-18.418 ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 avr. 2016, n° 15-16.076 ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 Juin 2015, n° 14-15.655 ; Cass. com., 31 Mai 2011, n° 10-16.315 ; Cass.

transposées à la clause résolutoire ou de résiliation. En effet, il est vrai qu'en principe ces clauses sont juridiquement distinctes pour principalement deux raisons : d'une part, les clauses résolutoires ou de résiliation « *sont commandées par l'inexécution d'une obligation contractuelle* » alors que la clause de déchéance « *peut être prononcée en dehors de toute idée d'inexécution du contrat.* », la déchéance n'a donc pas la nature de « *sanction* » contractuelle et, d'autre part, les clauses résolutoires ou de résiliation « *ont pour objet de mettre fin au contrat, cela soit de manière rétroactive (clause résolutoire), soit pour l'avenir seulement (clause de résiliation).* (...) *elles effacent le contrat* », alors que la clause de déchéance « *entraîne l'exécution totale et parfaite du contrat, mais de manière anticipée : elles accomplissent le contrat.* »¹⁹²⁵. Toutefois, malgré ces éléments de distinction, d'une certaine manière et dans certaines circonstances, il peut être considéré que « *La clause de déchéance du terme s'apparente à une clause résolutoire* »¹⁹²⁶. En effet, la distinction entre clause résolutoire ou de résiliation et de déchéance du terme est parfois « *brouillée, notamment en matière de prêt à intérêt. En effet, le droit de la consommation ne permet qu'une seule cause de déchéance du terme, la défaillance dans le paiement des échéances, et la sanctionne non pas par l'exigibilité immédiate du capital et de l'ensemble des intérêts que l'emprunteur s'est engagé à payer, mais par le remboursement du capital restant dû et des seuls intérêts échus : la déchéance du terme est ici en réalité une simple résiliation pour inexécution* »¹⁹²⁷. C'est donc la raison pour laquelle la jurisprudence rendue concernant la clause de déchéance devrait pouvoir s'appliquer de la même façon s'agissant des clauses résolutoires ou de résiliation. Plus précisément, les juges du fond exigent pour que la clause résolutoire dispense d'une mise en demeure préalable que celle-ci soit stipulée « *de plein droit et automatiquement, sans sommation* »¹⁹²⁸, « *de plein droit et automatiquement, sans aucune sommation* »¹⁹²⁹, « *de plein droit et immédiatement, ... sans formalité ni mise en demeure* »¹⁹³⁰ ou encore sans « *procéder à une mise en demeure* »¹⁹³¹. En revanche, les juges considèrent que la clause stipulant simplement un règlement ou remboursement « *immédiat* » ne satisfait pas à cette exigence¹⁹³². De même, le fait de stipuler « *l'absence générale de formalité* »¹⁹³³ ne constitue pas une clause

civ. 1^{ère}, 3 févr. 2004, n° 01-02.020 ; Cass. civ. 3^{ème}, 29 juin 1977, n° 76-11.024 ; Cass. civ. 3^{ème}, 25 Juin 1975, n° JurisData : 1975-700008 ; V. notamment pour la jurisprudence rendue par certaines Cours d'appel : CA, Poitiers, 2^{ème} ch. civ., 18 mai 2021, n° 20/00403 ; CA, Montpellier, 4^{ème} ch. civ., 3 févr. 2021, n° 17/05140 ; CA, Poitiers, 2^{ème} ch. civ., 8 déc. 2020, n° 20/00982 ; CA, Aix-en-Provence, 1^{ère} et 8^{ème} ch. réunies, 12 sept. 2019, n° 18/10784 ; CA, Metz, 3^{ème} ch., 27 avr. 2017, n° 15/01519 ; CA, Aix-en-Provence, 11^{ème} ch. B, 28 avr. 2016, n° 15/06736 ; CA, Montpellier, 1^{ère} ch., sect. B, 6 mars 2013, n° 12/00084.

¹⁹²⁵ W. DROSS, « *Clausier – dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne* », LexisNexis Litec, 4^{ème} éd., p. 928-929.

¹⁹²⁶ Y.-M. LAITHIER, « *La validité réaffirmée de la dispense conventionnelle de mise en demeure du débiteur* », RDC 2015, n° 4, p. 836.

¹⁹²⁷ W. DROSS, « *Clausier – dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne* », LexisNexis Litec, 4^{ème} éd., p. 929.

¹⁹²⁸ CA, Orléans, ch. com. éco. et fin., 27 août 2020, n° 19/03437 ; CA, Besançon, 1^{ère} ch. civ. et com., 3 avr. 2019, n° 17/02273 ; CA, Orléans, 27 août 2020, n° 19/034371

¹⁹²⁸ CA, Paris, 15^{ème} ch., sect. B, 9 mars 2007, n° 05/15957.

¹⁹²⁹ CA, Metz, 3^{ème} ch., 26 nov. 2020, n° 18/03331 ; CA, Metz, 3^{ème} ch., 24 sept. 2020, n° 18/03315 ; CA, Metz, 3^{ème} ch., 7 juill. 2020, n° 18/02219.

¹⁹³⁰ CA, Paris, 15^{ème} ch., sect. B, 9 mars 2007, n° 05/15957.

¹⁹³¹ CA, Aix-en-Provence, 3^{ème} et 4^{ème} ch. réunies, 4 juin 2020, n° 17/12871.

¹⁹³² CA, Metz, 3^{ème} ch., 8 juill. 2021, n° 20/01995 ; CA, Besançon, 1^{ère} ch. civ., 29 mai 2019, n° 18/00435 ; CA, Besançon, 1^{ère} ch. civ., 21 mars 2019, n° 18/00363.

¹⁹³³ CA, Amiens, 1^{ère} ch. civ., 23 avr. 2019, n° 16/02857. V. toutefois en sens contraire : CA, Paris, pôle 5, ch. 6, 21 avr. 2017, n° 15/19329, pour une clause qui ne « *subordonne pas la déchéance du terme à une mise en demeure préalable* » et qui vise « *la seule survenance d'un événement, notamment résultant du non paiement de toute somme à son échéance, sans qu'il soit besoin d'aucune formalité judiciaire* ». Cette dernière a été jugée comme dispensant « *la banque de manière expresse et non équivoque de délivrer une mise en demeure préalable au prononcé de la déchéance du terme* » ; Cass. civ. 3^{ème}, 24 mars 1971, n° 69-12.444, pour une clause stipulant que « *Faute d'être passée par acte authentique à une date déterminée la vente*

expresse et non équivoque. En effet, il est essentiel que la clause en cause n'entretienne pas « une ambiguïté sur l'exigence d'une mise en demeure »¹⁹³⁴. Cependant, la jurisprudence se montre parfois moins claire lorsque dans une affaire elle a exclu la nécessité d'une mise en demeure préalable compte tenu de la stipulation d'une clause résolutoire « de plein droit »¹⁹³⁵. En l'espèce, était stipulée une clause selon laquelle « pouvait être résilié par l'une des parties, de plein droit, sans préavis ni indemnité, lorsque l'une des parties manquait de façon grave et répétée à ses obligations contractuelles » et une autre clause selon laquelle « si le ou les manquements constatés, bien que ne concernant que ce contrat, était ou étaient de nature à affecter les relations de loyauté, de confiance et de partenariat entre les parties, il pourrait être mis fin, dans les conditions susvisées, à l'ensemble des contrats liant les parties et notamment au contrat de réparateur agréé ». Il a été jugé que la nature des manquements évoqués par cette clause était satisfaite et que celle-ci faisait « ressortir qu'aucune mise en demeure n'était nécessaire ». Un auteur déduit de cet arrêt que « La mention d'une résolution « de plein droit » évite toute mise en demeure préalable »¹⁹³⁶, la seule mention de ce syntagme bien connu « de plein droit » suffirait donc à exclure toute mise en demeure préalable. Or, il n'en est rien¹⁹³⁷. En effet, la jurisprudence majoritaire précitée exige en plus de la stipulation d'une clause résolutoire *ipso jure*, qu'il soit évincé de manière expresse et non équivoque toute mise en demeure préalable. De plus, le fait de considérer que la stipulation d'une clause résolutoire rendrait le délai d'exécution du débiteur de rigueur et entrerait en contradiction avec le principe d'interprétation stricte des clauses résolutoires¹⁹³⁸. Puis, la Cour de cassation estime également que les juges du fond doivent vérifier si la clause litigieuse dont ils sont saisis ne stipule pas une renonciation implicite à la mise en demeure préalable. Ainsi, la Cour de cassation a pu censurer un arrêt d'appel qui exigeait à tort une dispense « formelle » de mise en demeure en « refusant délibérément de rechercher quelle avait pu être sur ce point l'intention implicite des parties »¹⁹³⁹. La Cour Régulatrice a également invalidé l'arrêt d'appel qui n'a pas recherché « si, comme cela était soutenu, la nature des engagements souscrits, le caractère strict des délais, spécialement négociés, stipulés à la convention pour l'accomplissement d'obligations dont le créancier avait intérêt à obtenir l'exécution immédiate et dont les débiteurs ne pouvaient ignorer qu'elles étaient essentielles à la poursuite de la convention, n'impliquaient pas une renonciation tacite des parties à l'exigence d'une mise en demeure »¹⁹⁴⁰. La renonciation implicite à la mise en demeure peut donc résulter de la nature des engagements souscrits, du caractère strict des délais stipulés, de l'intérêt du créancier à obtenir l'exécution immédiate des obligations essentielles stipulées en sa faveur.

serait résolue sans qu'il soit besoin pour le vendeur de faire aucune formalité judiciaire », la Cour de cassation considère que l'arrêt « énonce, par une interprétation de la commune intention des parties rendue nécessaire par l'ambiguïté de la clause litigieuse, que celle-ci ne comportait pas, pour son application, la nécessité d'une mise en demeure ».

¹⁹³⁴ CA, Poitiers, 2^{ème} ch. civ., 22 sept. 2020, n° 19/03087.

¹⁹³⁵ Cass. com., 10 févr. 2015, n° 13-25.783.

¹⁹³⁶ H. BARBIER, « La force de la mention « de plein droit » des clauses résolutoires », RTD Civ. 2015, p. 875.

¹⁹³⁷ V. par exemple en ce sens : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, « Les obligations, Le contrat », Litec, 1998, n° 1961, p. 683 ; J.-M. MOUSSERON, P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, « Technique contractuelle », 4^{ème} éd. 2010, Francis Lefebvre, n° 1386, p. 553.

¹⁹³⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 10 nov. 2010, n° 09-15.937 ; Cass. civ. 3^{ème}, 12 oct. 1994, Bull. civ. 1994, III, n° 178 ; Cass. civ. 3^{ème}, 11 juill. 1990, n° 88-19.994 ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 1986, Bull. civ. 1986, I, n° 279 ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 déc. 1966, Bull. civ. 1966, I, n° 547. V. en ce sens : Ch. PAULIN, « La clause résolutoire », Thèse, LGDJ, 1996, p. 167, n° 153. V. également : M. TIREL, « L'effet de plein droit », thèse, Dalloz, 2018, n° 39 : selon ce dernier, l'emploi de la formule « de plein droit » « ne s'entend ni de la dispense de formalités ni de l'absence de manifestation de volonté du bénéficiaire de la clause. (...) la clause résolutoire n'exclut pas toute formalité : sauf à préciser dans la clause résolutoire que la résolution aura lieu de plein droit et sans sommation, la clause résolutoire ne suffit pas, par elle-même, à écarter la mise en demeure ».

¹⁹³⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 15 déc. 1982, n° de pourvoi inconnu, V. sur le site internet <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007075193>.

¹⁹⁴⁰ Cass. com., 8 oct. 2002, n° 01-01.200.

De même, la stipulation d'une « *indemnité exigible de plein droit par jour de retard à partir d'une date déterminée (...) impliquait une renonciation implicite de la société à invoquer le défaut de mise en demeure* »¹⁹⁴¹. Ainsi, la détermination de l'existence d'une renonciation implicite à la mise en demeure relève du pouvoir souverain des juges du fond¹⁹⁴² qui en fonction des faits de l'espèce qui leurs sont soumis peuvent considérer qu'il y a dispense implicite¹⁹⁴³ ou non¹⁹⁴⁴ de l'envoi d'une mise en demeure préalable.

L'inutilité de la clause de dispense de mise en demeure ? Dans certaines circonstances, on pourra se demander si le respect d'une mise en demeure préalable en matière de clause résolutoire ou de résiliation est pertinent. *A priori*, si la mise en œuvre d'une clause résolutoire ou de résiliation est mise en œuvre, c'est que le créancier a manifesté son intention de s'en prévaloir à l'égard du débiteur de manière extra-judiciaire¹⁹⁴⁵, sans assignation en justice préalable. Dans ce cas, dès lors que la clause résolutoire est acquise en ce qu'elle a produit ses effets à l'égard du débiteur, le créancier ayant manifesté son intention d'appliquer cette dernière, il est clair que l'assignation en justice du débiteur qui serait postérieure à la date de mise en œuvre de la clause résolutoire ne devrait pas pouvoir suppléer la mise en demeure¹⁹⁴⁶. En effet, dans ce cas, les effets de la clause résolutoire sont acquis et une assignation diligentée postérieurement serait donc sans objet en ce que cette formalité serait dénuée de tout caractère comminatoire, la sanction contractuelle étant d'ores et déjà mise en œuvre. L'hypothèse classique serait celle où une clause résolutoire serait mise en œuvre et que l'un des contractants sollicite par assignation en justice la constatation de l'acquisition de sa mise en œuvre. Dans ce cas, en principe la jurisprudence estime que l'assignation ne vaut pas mise en demeure¹⁹⁴⁷. Et c'est logique car le juge étant dépourvu de tout pouvoir judiciaire d'appréciation, il ne peut que constater l'acquisition de cette clause¹⁹⁴⁸, ce qui élude « *les aléas d'une appréciation judiciaire* »¹⁹⁴⁹. Même en cas d'assignation en référé, la jurisprudence semble douter que l'assignation puisse valoir mise en demeure, la clause résolutoire ayant avant l'assignation déjà produit ses effets¹⁹⁵⁰. Une mise en demeure doit

¹⁹⁴¹ Cass. civ. 3^{ème}, 22 janv. 1971, n° 69-13.938.

¹⁹⁴² Cass. civ. 3^{ème}, 9 juin 1999, n° 97-20.977 ; Cass. soc. 3 juill. 1953: D. 1954. 615.

¹⁹⁴³ V. notamment pour l'admission de dispenses implicites à la mise en demeure : CA, Rennes, 14 janv. 2005, n° JurisData 270208 ; CA, Reims, 20 juill. 2004, n° 02/00396 ; CA, Colmar, 11 déc. 2003, n° JurisData 235261 ; CA, Rennes, 1^{er} avr. 2003, 02/02670 ; CA, Papeete, 26 mars, 1997, n° JurisData 042469 ; CA, Lyon, 2^{ème} ch., 6 sept. 1994, pourvoi rejeté par Cass. civ. 3^{ème}, 6 nov. 1996, 95-10.497 ; CA, Paris, 5^{ème} ch., 28 mars 1990, D. 1990. IR 98 ; ; CA, Paris, 15^{ème} ch. B, 27 avr. 1984, pourvoi rejeté par Cass. civ. 3^{ème}, 19 févr. 1986, n° 84-15.054 ; CA, Paris, 2^{ème} ch. B., 6 janv. 1984, n° JurisData 020047 ; CA, Paris, 14^{ème} ch. A, 12 janv. 1983, pourvoi rejeté par Cass. civ. 3^{ème}, 8 janv. 1985, n° 83-11.979.

¹⁹⁴⁴ V. notamment pour le rejet de dispenses implicites à la mise en demeure : CA, Paris, pôle 4, ch. 1, 23 mars 2018, n° 16/15286 ; CA, Paris, 6 janv. 2011, pourvoi rejeté par Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 2012, n° 11-16.292 ; CA, Paris, 16^{ème} ch. A, 21 mai 2003, n° 2001/06439 ; CA, Bourges, 26 juin 2001, n° 98/01276 ; CA, Versailles, 14 juin 2001, n° 99/03041 ; CA, Colmar, 2^{ème} ch. civ., 26 avr. 1991, pourvoi rejeté par Cass. com., 8 juin 1993, n° 91-17.494 ; CA, Rennes, 25 juin 1981, n° JurisData 040521 ; CA, Paris, 15^{ème}, 6 nov. 1980, n° JurisData 095685.

¹⁹⁴⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 30 juin 2015, n° 14-16.929 ; Cass. com., 3 juin 1997, n° 93-21.322.

¹⁹⁴⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 17 oct. 1972, Rev. loyers 1973, p. 26.

¹⁹⁴⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 3 févr. 2004, n° 01-02.020, CCC n° 4, avr. 2004, comm. 55, note L. LEVENEUR, JCP n° 41, 6 oct. 2004, II 10149, comm. E. TREPPOZ : « *l'assignation en justice ne palliant aucunement l'absence de la sommation ainsi requise de celui qui, entendant se prévaloir d'une clause de résiliation, doit préciser au débiteur ses manquements et le délai dont il dispose pour les conjurer.* ».

¹⁹⁴⁸ L'article 1228 du Code civil reprend cette distinction concernant les pouvoirs du juge en matière de résolution : « *Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution.* ».

¹⁹⁴⁹ J. BORRICAND, « *La clause résolutoire expresse dans les contrats* », RTD civ. 1957, p. 433, n° 23.

¹⁹⁵⁰ V. par exemple : Cass. civ. 3^{ème}, 25 mars 1992, n° 90-15.691 : « *Qu'en statuant ainsi, alors que délivré au nom d'une personne décédée qui ne pouvait représenter la SCI, le commandement était entaché d'une nullité de fond et que la clause résolutoire ne pouvait avoir effet en l'absence d'un commandement régulier, dont l'assignation en référé ne tenait pas lieu, la cour d'appel a violé les textes susvisés* » ; V. aussi : Cass. civ. 3^{ème},

donc être préalablement observée sans que l'assignation en justice puisse *a posteriori* venir la régulariser. Toutefois, dans une situation particulière l'impossibilité de régulariser la mise en demeure par l'assignation en justice ne semble pas tenable. Il s'agit de l'hypothèse où le débiteur demanderait, alors qu'il a été assigné en justice par le créancier (par exemple, en exécution forcée), à titre reconventionnel, la constatation de l'acquisition de la clause résolutoire. Cette demande étant formulée à titre reconventionnel, aucune mise en demeure n'a pu être adressée préalablement au débiteur de l'obligation inexécutée. Il serait donc logique que l'assignation en justice puisse valoir mise en demeure. Néanmoins, ce ne serait pas exactement l'assignation en justice du créancier (en exécution forcée) qui pourrait valoir mise en demeure mais les conclusions en réplique (sollicitant l'acquisition de la clause résolutoire) du débiteur. En ce sens, le Professeur PAULIN souligne que l'assignation en justice peut valoir mise en demeure en matière de clause résolutoire en fonction de l'objet de ladite assignation¹⁹⁵¹. Ainsi, elle ne pourrait valoir mise en demeure « *lorsqu'elle vise à faire constater la résolution du contrat prétendument intervenue* », en revanche, lorsque « *l'assignation vise à forcer le débiteur à exécuter ses obligations, elle vaut mise en demeure* »¹⁹⁵². De même, il est classiquement reconnu par la jurisprudence¹⁹⁵³ que l'assignation et la demande en justice valent mise en demeure, même si l'assignation est formée devant une juridiction incompétente¹⁹⁵⁴ ou que la demande judiciaire en paiement est formulée à titre principal ou reconventionnel¹⁹⁵⁵. Au surplus, comme cela a déjà été évoqué précédemment, la jurisprudence rendue concernant la résolution judiciaire¹⁹⁵⁶ pourrait être mobilisée s'agissant de la clause résolutoire, l'assignation valant dans ce cas mise en demeure. Mais il est vrai que « *Contrairement à la résolution conventionnelle et à la résolution par voie de notification, la résolution judiciaire peut être prononcée en l'absence de mise en demeure* »¹⁹⁵⁷, l'article 1227 du Code civil n'exigeant aucune mise en demeure préalable contrairement aux articles 1225 et 1226 du Code civil. Il reste qu'il ne peut pas être

17 oct. 1972, B III, n° 520, p. 379 ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 nov. 1953 B I, n° 343, p. 283 ; Cass. civ. 15 déc. 1948, D 1949, 105, obs. R. LENOAN.

¹⁹⁵¹ Ch. PAULIN, « *La clause résolutoire* », Thèse, LGDJ, 1996, p. 168-169, n° 155.

¹⁹⁵² Cass. civ. 1^{ère}, 16 avr. 1951 B I, n° 110, p. 88.

¹⁹⁵³ Cass. civ. 1^{ère} civ., 21 juin 1988, n° 86-15.356 ; Cass. com., 25 mai 1982, n° 80-10.108 ; Cass. civ., 11 déc. 1957 : D. 1958, p. 165, note P. Voirin.

¹⁹⁵⁴ Cass. com., 25 mai 1982, n° 80-10.108 ; Cass. civ., 7 févr. 1933 : DH 1933, p. 194.

¹⁹⁵⁵ Cass. com. 4 mars 1958, Bull. civ. IV, n° 372 ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 nov. 1977, n° 76-12.946 ; CA, Colmar, ch. civ. 3, sect. A, 26 janv. 2009, n° 07/02925 ; CA, Toulouse, ch. 1, sect. 1, 27 janv. 2020, n° 18/00235. Même s'il est vrai que dans une décision isolée qui n'a pas eu les honneurs d'une publication au Bulletin la Cour de cassation a estimé que les juges d'appel ont « *à bon droit retenu que l'assignation n'a pas pour objet d'avertir son destinataire qu'il lui est impartit un délai pour régulariser sa situation et éviter les effets de la clause résolutoire, la cour d'appel en a exactement déduit qu'elle ne peut être assimilée au commandement de payer requis par cette clause* » (Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 2012, n° 11-17.380).

¹⁹⁵⁶ Une jurisprudence majoritaire considère que l'assignation en résolution judiciaire vaut mise en demeure (Cass. com., 2 févr. 2010, n° 07-21.431 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 mai 2001, Defrénois 2002. 39, note Y. DAGORNE-LABBE ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 janv. 2001, n° 98-22.760 ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2000, n° 97-22.547 ; Cass. civ. 3^{ème}, 11 juin 1992, n° 90-14.648 ; Cass. com. 26 avr. 1977, Bull. civ. IV, n° 118 ; Cass. com. 28 févr. 1972, Bull. civ. IV, n° 75 ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 juill. 1971, Bull. civ. III, n° 458 ; Com. 30 juin 1966, Bull. civ. IV, n° 332 ; Cass. soc. 23 févr. 1956, Bull. civ. III, n° 187 ; Cass. civ. 19 oct. 1931, DH 1931, 537 ; CA, Paris, 6^{ème} ch. A, 20 juin 1990, n° JurisData 022802 ; CA, Paris, 16^{ème} ch. A, 10 mai 1992, n° JurisData 021068 ; CA, Paris, 16^{ème} ch. A, 1^{er} juin 1993, n° JurisData 022238 ; CA, Amiens, 27 juin 1994, n° JurisData 044209 ; CA, Paris, 6^{ème} ch. B, 25 sept. 1997, n° JurisData 022733 ; CA, Paris, 16^{ème} ch. A, 3 déc. 1997, n° JurisData 023788). Aussi, cette jurisprudence vaut non seulement pour les demandes principales mais aussi reconventionnelles de résolution judiciaire (Cass. com. 24 nov. 1982 ; RTD civ. 1983. 387, obs. R. PERROT ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 nov. 1977, Gaz. Pal. 1978. 411, note PLANCQUEEL ; Cass. com. 4 mars 1958, Bull. civ. IV, n° 372). Il existe toutefois une jurisprudence minoritaire considérant que l'assignation en résolution judiciaire n'est pas suffisante pour valoir mise en demeure (Cass. civ. 1^{ère}, 21 juin 1965, Bull. civ. I, n° 407 ; Cass. civ. 3^{ème}, 17 juin 1952, Bull. civ. III, n° 241 ; CA, Pau, 23 sept. 1992, n° JurisData 046569 ; CA, Versailles, 30 mars 1989, n° JurisData 041057).

¹⁹⁵⁷ N. HAGE-CHAHINE, « *Résolution – Résiliation* », Rép. dr. civ., févr. 2021, n° 221.

exclu que les juges opèrent un raisonnement *a pari* dans le cas où l'assignation serait antérieure à la mise en œuvre de la clause résolutoire ou de résiliation. Par conséquent, si une demande d'acquisition d'une clause résolutoire était réalisée à titre reconventionnel, les conclusions en réplique du débiteur devraient valoir mise en demeure.

Aménagement conventionnel du contenu de la mise en demeure. Il reste que pour valoir mise en demeure, selon l'article 1225 du Code civil, il faut que la mise en demeure ait été « *infructueuse* », ce qui sous-entend l'expiration d'un délai d'exécution déterminé concédé par le créancier au débiteur et qu'elle « *mentionne expressément la clause résolutoire* », ce qui permet au débiteur de prendre connaissance des obligations qu'il a pu violer, la clause résolutoire devant désormais « *préciser* » les « *les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat* »¹⁹⁵⁸. En effet, la jurisprudence exigeait avant l'ordonnance du 10 février 2016 que la mise en demeure précédant la mise en œuvre de la clause résolutoire mentionne un délai d'exécution imparti au débiteur pour lui donner une dernière chance de s'exécuter avant la résiliation effective du contrat¹⁹⁵⁹. Cette jurisprudence devrait donc pouvoir être maintenue par l'emploi par le texte d'une mise en demeure restée « *infructueuse* ». Puis, la mention « *expresse* » de la clause résolutoire dans la mise en demeure semble plus exigeante qu'auparavant, puisque les juges exigeaient simplement que la sommation fasse « *allusion* »¹⁹⁶⁰ ou, de manière plus rigoureuse, « *viser* »¹⁹⁶¹ la clause résolutoire. Or, les termes « *allusion* », « *viser* » et « *mention* » n'ont pas le même sens. En premier lieu, une allusion signifie le fait d' « *évoque(r) l'idée de quelqu'un ou de quelque chose sans les nommer explicitement* »¹⁹⁶², il s'agit de sous-entendre une idée, en deuxième lieu, viser signifie « *Dans un acte (en général en tête de celui-ci), se référer expressément à une source de droit.* »¹⁹⁶³, à la manière des visas établis par la Cour de cassation ou un texte de nature légale ou réglementaire, il s'agit de faire simplement référence à des textes de loi. En troisième et dernier lieu, mentionner vient du terme latin *mentio* faisant référence à l' « *action de citer* »¹⁹⁶⁴, il s'agit d'une « *courte indication portée sur des documents, des imprimés, des formulaires* »¹⁹⁶⁵. Ainsi, une gradation se dessine : faire allusion à la clause résolutoire signifie que sous-entendre son existence peut suffire (sans citation, ni référence d'articles), viser cette clause signifie indiquer son existence et la référence de cette dernière pour que le débiteur puisse en prendre connaissance (il faut citer l'article du contrat stipulant cette dernière) et mentionner ladite clause signifie citer sa référence et reproduire son contenu. De surcroît, l'article 1225 du Code civil requiert que soit mentionnée « *expressément* » la clause résolutoire, c'est-à-dire qu'elle soit « *formellement exprimé(e) (...) Se dit d'un acte de volonté déclarée (ordre exprès, accord exprès, stipulation expresse) ou d'une règle énoncée dans le texte de loi (disposition expresse)* »¹⁹⁶⁶. Ce qui conforte le degré d'exigence requis par cette disposition, l'article de référence et le contenu de la clause résolutoire doivent être

¹⁹⁵⁸ V. également sur ce point : Ch. PAULIN, « *La clause résolutoire* », Thèse, LGDJ, 1996, p. 171, n° 157.

¹⁹⁵⁹ V. Cass. civ. 3^{ème}, 31 oct. 1990, n° JurisData 1990-705454 ; Cass. civ. 3^{ème}, 31 oct. 1989, n° 88-12.590 : « *Qu'en statuant ainsi, sans préciser si la sommation avait imparti un délai aux locataires pour se conformer aux obligations du bail visées dans ladite sommation, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

¹⁹⁶⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 31 oct. 1990, n° JurisData 1990-705454 ; Cass. civ. 3^{ème}, 31 oct. 1989, n° 88-12.590

¹⁹⁶¹ Cass. civ. 3^{ème}, 14 juin 2018, n° 17-18.873 ; Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} juin 2011, n° 09-70.502 ; Cass. civ. 3^{ème}, 11 juin 1986, n° 84-15.512.

¹⁹⁶² Cf. « *Allusion* » dans le Dictionnaire Larousse.

¹⁹⁶³ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Viser* », p. 1079.

¹⁹⁶⁴ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Mention* », p. 654.

¹⁹⁶⁵ Cf. « *Mention* » dans le Dictionnaire Larousse.

¹⁹⁶⁶ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Exprès, esse* », p. 440.

mentionnés au sein de la mise en demeure. L'article 1225 semble privilégier une citation *in extenso* de cette clause (avec l'usage de guillemets), à l'exclusion de la mention d'une restitution ou synthèse de son contenu. Rien ne semble interdire aux parties d'alléger ce formalisme de la clause résolutoire. Elles devraient pouvoir assouplir les exigences de l'article 1225 du Code civil en indiquant que la mention expresse peut être réputée observée par le simple fait de faire « *allusion* » ou de « *viser* » la clause résolutoire dans la mise en demeure. Il peut d'ailleurs, pour plus de sécurité juridique, être précisés la portée et les conséquences concrètes de l'usage de ces termes. En effet, le rapport remis au président de la République indique clairement que l'article 1225 du Code civil est « *supplétif* » de volonté¹⁹⁶⁷ ; si les parties sont expressément autorisées à se dispenser conventionnellement du respect d'une mise en demeure préalable, elles devraient *a fortiori* l'être également s'agissant de l'aménagement conventionnel de ses seules modalités. Cependant, l'aménagement contractuel consistant à autoriser les parties à faire « *allusion* » à la clause résolutoire ne nous semble pas recommandable. Si dans la mise en demeure le fait que l'action en résolution du créancier est fondée sur la clause résolutoire n'apparaît pas clairement, parce que ce dernier ne mentionnerait pas expressément la clause résolutoire (il se contenterait de la sous-entendre), les juges pourraient considérer que celui-ci fonde en réalité son action sur la résiliation unilatérale. Ce qui signifierait donc dans ce cas que le créancier agirait « *à ses risques et périls* » et que les juges retrouveraient leur pouvoir d'appréciation de la « *gravité de l'inexécution* ». La clause résolutoire perdrait ainsi toute efficacité. Aussi, le simple fait de « *faire allusion* » à la clause résolutoire reviendrait à dénier à la mise en demeure son caractère réceptice¹⁹⁶⁸, le débiteur ne comprenant pas clairement que le créancier en cas de persistance de son inexécution entend se prévaloir de la clause résolutoire stipulée dans leur contrat. Ainsi, si le créancier stipulait qu'il pourra se contenter de « *faire allusion* » à la clause résolutoire, il prendrait alors le risque, selon la clarté de la formulation employée, que les juges doutent de la volonté du créancier de se prévaloir de la clause résolutoire, lesquels pourraient être tentés de préférer la résiliation unilatérale. De même, une telle stipulation pourrait impliquer que la mise en demeure ainsi accomplie ne pourrait valoir en tant que telle, puisque son caractère réceptice ne serait pas contenté. Partant, pour éviter de tels écueils, le créancier pourrait dès lors stipuler qu'il pourra « *viser* » la clause résolutoire en précisant qu'il s'agit de simplement faire référence à son existence et son numéro d'article dans le contrat.

Paragraphe V : la clause facilitant la mise en demeure au sein de la résolution unilatérale (art. 1226, C. civ.)

La clause de dispense de mise en demeure. Initialement, en matière d'action résolutoire, la mise en demeure était requise uniquement concernant la clause résolutoire à l'exclusion des autres formes de résolution : la résolution judiciaire et unilatérale. Un auteur soulignait que « *Depuis peu, mais avec constance, la jurisprudence décide qu'une mise en demeure préalable est nécessaire seulement lorsque la résolution est demandée par application d'une clause résolutoire ; le préalable d'une mise en demeure est*

¹⁹⁶⁷ 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.

¹⁹⁶⁸ En effet, la mise en demeure parce qu'elle concerne des « *actes juridiques unilatéraux qui n'existent que par la notification qui en est faite à leur destinataire* », elle est réceptice, (G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Réceptice* », p. 857), ce qui signifie qu'elle consiste à « *Faire connaître expressément* », à « *Porter à la connaissance de quelqu'un, dans les formes légales* » (Dictionnaire le Robert).

systématiquement écarté lorsque le juge n'est pas lié par l'existence d'une telle clause »¹⁹⁶⁹. Il est vrai que cet auteur faisait principalement allusion aux deux principaux modes de résolution de l'époque : la résolution judiciaire et la clause résolutoire. Ce dernier n'incluait donc probablement pas la résiliation unilatérale dans son propos, celle-ci n'étant véritablement reconnue qu'à partir de l'arrêt Tocqueville¹⁹⁷⁰ dont la publication est postérieure à celle de l'article de cet auteur. C'est donc à partir de cette fameuse jurisprudence Tocqueville que les juges vont commencer à s'intéresser à l'exigence de mise en demeure préalablement à l'exercice de la résolution unilatérale. Pendant longtemps et jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, la question de savoir si une mise en demeure préalable à la mise en œuvre de la résolution unilatérale était requise ou non n'était pas clairement tranchée par la jurisprudence. En effet, celle-ci avait jugé que le respect d'une mise en demeure préalablement à la mise en œuvre de la résiliation unilatérale n'était pas nécessaire, dans des situations certes où l'urgence semblait ressortir des faits¹⁹⁷¹ mais aussi parfois sans même que puisse être constatée une telle urgence en l'espèce¹⁹⁷². A l'inverse, dans le retentissant arrêt Tocqueville, la Cour de cassation a pu également sous-entendre la nécessité de respecter une mise en demeure préalable par l'écoulement d'un délai de préavis¹⁹⁷³. Certaines décisions postérieures à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, mais portant sur des faits soumis au droit antérieur à cette réforme, ont retenues que la résolution unilatérale ne devait pas nécessairement être précédée d'une mise en demeure¹⁹⁷⁴. Partant, la jurisprudence n'était pas d'une grande clarté s'agissant de l'observation ou non d'une mise en demeure préalable à la résolution unilatérale. La doctrine faisant une description prospective de la résolution unilatérale était favorable à l'exigence préalable d'une telle mise en demeure¹⁹⁷⁵. L'article 1226 du Code civil est venu clarifier la règle en la matière. Désormais, le créancier lorsqu'il décide de résilier par voie de notification « *Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.* ». L'ordonnance du 10 février 2016, tout en s'inspirant de la jurisprudence Tocqueville pour consacrer la résiliation unilatérale¹⁹⁷⁶, codifie

¹⁹⁶⁹ X. LAGARDE, « *Contrats et obligations - Remarques sur l'actualité de la mise en demeure* », JCP, n° 46, 13 nov. 1996, doctr. 3974.

¹⁹⁷⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485.

¹⁹⁷¹ Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 2014, n° 12-27943 ; Cass. civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, n° 08-14524 ; Cass. com., 4 févr. 2004, n° 99-21480. En effet, selon le Professeur PELLETIER, dans ces trois arrêts « *une telle situation d'urgence ressortait des différentes constatations factuelles des juges du fond.* » (C. PELLETIER, « *Article 1226 : les conditions d'exercice de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier* », RDC 2015, n° 3, p. 788, v. note de bas de page n°7).

¹⁹⁷² Cass. com., 20 oct. 2015, n° 14-20.416 : « *que l'arrêt retient que ces éléments démontrent que la société Idées du monde a gravement manqué à la qualité élémentaire de ses prestations et que ces manquements graves et réitérés justifient la résiliation du contrat sans préavis* ».

¹⁹⁷³ Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485 : « *Mais attendu que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, et que cette gravité, dont l'appréciation qui en est donnée par une autorité ordinaire ne lie pas les tribunaux, n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis* ».

¹⁹⁷⁴ V. de manière implicite : Cass. civ. 3^{ème}, 8 févr. 2018, n° 16-24.641 et de manière plus explicite : Cass. com. éco. et fin., 9 juill. 2019, n° 18-14.029 : « *Mais attendu, d'une part, que la cour d'appel a exactement retenu que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de manière unilatérale à ses risques et périls, sans être tenue de mettre préalablement son cocontractant en demeure de respecter ses obligations ni de caractériser une situation d'urgence* ».

¹⁹⁷⁵ T. GENICON, « *La résolution du contrat pour inexécution* », Thèse L.G.D.J., 2007, n° 587 : ce dernier considérait qu'il était possible de s'appuyer sur la jurisprudence existante pour fonder l'exigence d'une telle mise en demeure préalable (Cass. civ. 1^{ère}, 3 févr. 2004, n° 01-02.020 ; CA, Paris, 5^{ème} ch. A, 9 nov. 2005, n° 04/09221) tout en prévenant que « *le système juridique qui est le nôtre s'accommode mal d'un droit exclusivement jurisprudentiel* » ; Y.-M. LAITHIER, « *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat* », Thèse, L.G.D.J. 2004, p. 287-288.

¹⁹⁷⁶ V. Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485 consacrant le mécanisme de la résiliation unilatérale en ces termes : « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de*

ainsi à droit constant la jurisprudence précitée écartant la mise en demeure en cas d'urgence¹⁹⁷⁷. Contrairement aux autres sanctions contractuelles prévues par le Code civil depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, le fait de savoir s'il est possible de déroger conventionnellement à la mise en demeure préalable à la résiliation unilatérale s'est posée avec une particulière acuité en doctrine. En effet, la possibilité de stipuler une clause de dispense de mise en demeure a été discutée et divise la doctrine s'agissant de l'article 1226 du Code civil¹⁹⁷⁸. Or, il nous semble que la validité d'une telle clause devrait être admise pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le rapport remis au président de la République accompagnant l'ordonnance du 10 février 2016 dispose expressément s'agissant de l'article 1226 du Code civil que « *Dans le silence du texte sur son caractère impératif, il doit être considéré que cette disposition n'est pas d'ordre public, y compris en cas d'urgence.* ». Puis, la jurisprudence précitée comme l'article 1225 du Code civil autorisant la stipulation d'une dispense de mise en demeure concernant la clause résolutoire peut être appliquée *mutatis mutandis* à la résiliation unilatérale. Enfin, l'article 1344 du Code civil, dont la vocation est générale et concerne toute mise en demeure adressée au débiteur (donc dans le cadre de la mise en œuvre de l'ensemble des sanctions contractuelles concernées par celle-ci), dispose clairement que la mise en demeure sera considérée comme satisfaite dès lors que « *le contrat le prévoit, par la seule exigibilité de l'obligation.* ». On peut également citer une décision rendue par la Cour d'appel de Colmar semblant admettre la possibilité de se dispenser conventionnellement de mise en demeure au sens de l'article 1226 du Code civil¹⁹⁷⁹.

façon unilatérale à ses risques et périls » ; ce mécanisme s'appliquait aussi bien aux contrats à durée déterminée qu'indéterminée (Cass. civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, n° 01-03.662).

¹⁹⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 2014, n° 12-27943 ; Cass. civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, n° 08-14524 ; Cass. com., 4 févr. 2004, n° 99-21480.

¹⁹⁷⁸ Concernant l'article 1226 du Code civil, le Professeur CHENEDE semble mettre en doute la possibilité de stipuler une clause de dispense de mise en demeure. Selon lui, les arguments consistant à mettre en exergue la vocation supplétive de l'article 1226 du Code civil et la comparaison avec la jurisprudence rendue concernant les clauses résolutoires ne sont pas convaincants (Fr. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2018, Dalloz, n° 128.193). A propos de la mise en demeure prévue par l'article 1226 du Code civil, le Professeur CHANTEPIE affirme que « *L'exigence procédurale de la mise en demeure, commune aux différentes modalités de la résolution, apparaît comme une garantie minimale offerte aux intérêts du débiteur défaillant. Pour l'éviter, il faudra utiliser une clause résolutoire prévoyant expressément la dispense de mise en demeure (C. civ., art. 1225, al. 2).* ». Ce dernier semble donc sous-entendre qu'il ne peut être dérogé à la mise en demeure de l'article 1226 du Code civil que par la stipulation d'une dispense de mise en demeure au sein de la clause résolutoire (G. CHANTEPIE, « *Contrat : effets – Sanctions de l'inexécution du contrat* », Rép de dr. civ., janv. 2018, actualisation : déc. 2020, n°263). Puis, les Professeurs MALAURIE, AYNES et STOFFEL-MUNCK doutent également de la validité d'une telle clause, selon eux « *cette dispense est admise en matière de clause résolutoire mais la résolution par notification couvrant un spectre de défaillances bien moins précis, une dispense conventionnelle peut paraître plus dangereuse.* » (P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « *Droit des obligations* », L.G.D.J, 11^{ème} éd., 2020, n° 551) ; M. FABRE-MAGNAN, « *Droit des obligations – 1. Contrat et engagement unilatéral* », 4^{ème} éd. : Thémis droit PUF 2016, p. 744 : ce dernier affirme que « *Seule l'urgence dispense le créancier de cette mise en demeure préalable.* », ce qui semble mettre en doute la validité de la clause qui viendrait éluder la mise en demeure concernant l'article 1226 du Code civil.

En revanche, d'autres auteurs se sont montrés favorables à la généralisation à l'ensemble des sanctions contractuelles concernées de la possibilité de se dispenser conventionnellement de la mise en demeure : O. DESHAYES, « *La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016* », RDC 2019, n°1, p. 29. V. aussi : Y.-M. LAITHIER, « *La validité réaffirmée de la dispense conventionnelle de mise en demeure du débiteur* », RDC 2015, n° 4, p. 836. Ce dernier estime que la dispense de mise en demeure concernant la clause de déchéance, « *vaut plus généralement dans le cadre des autres sanctions de l'inexécution du contrat.* ». Dans le même sens, le Professeur BENABENT considère que « *rien ne paraît interdire aux parties d'aménager le régime légal, soit pour écarter ou encadrer toute possibilité de résolution unilatérale, soit à l'inverse pour l'ouvrir même en l'absence de faute grave ou de mise en demeure.* » (A. BENABENT, « *Droit des obligations* », L.G.D.J préc. domat droit privé, 18^{ème} éd., 2019, n° 392).

¹⁹⁷⁹ CA, Colmar, 3^{ème}, ch. civ., sect. A, 18 janv. 2021, n° 19/03987.

En l'espèce, il était relevé que « *le contrat ne comporte aucune clause qui dispenserait expressément la Snc BMW Finance de toute mise en demeure avant sa résiliation.* », d'où il suit que l'exigence d'une mise en demeure a été retenue.

L'aménagement conventionnel du contenu de la mise en demeure. Par ailleurs, l'article 1226 du Code civil ajoute que « *La mise en demeure mentionne expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.* ». Cet ajout est à rapprocher d'une proposition doctrinale où un auteur faisant une description prospective de la résolution unilatérale suggérait de prévoir une information au débiteur à des fins de protection de ce dernier dans le cadre de laquelle « *Le créancier peut indiquer en outre qu'une carence persistante entraînera l'anéantissement de plein droit du contrat.* »¹⁹⁸⁰. Comme décrit ci-avant pour la clause résolutoire, on retrouve à nouveau au sein de l'article 1226 du Code civil le syntagme « *mentionne expressément* ». Le terme *mentionne* vient du latin *mentio* faisant référence à l' « *action de citer* »¹⁹⁸¹, il s'agit d'une « *courte indication portée sur des documents, des imprimés, des formulaires* »¹⁹⁸². Alors que l'adverbe *expressément* réfère à quelque chose de « *formellement exprimé (...) Se dit d'un acte de volonté déclarée (ordre exprès, accord exprès, stipulation expresse) ou d'une règle énoncée dans le texte de loi (disposition expresse)* »¹⁹⁸³. Il conviendrait donc, selon la lettre de cet article, de citer *in extenso* (une restitution ou synthèse ne suffirait pas) dans la mise en demeure le fait « *qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.* ». Naturellement, les termes « *débiteurs* » et « *créanciers* » peuvent être remplacés par la dénomination sociale ou les noms et prénoms de ces derniers. En revanche, se pose la question de savoir si à l'instar des conditions prévues dans le cadre de la mise en demeure préalable à la clause résolutoire, le syntagme « *mentionne expressément* » peut être conventionnellement aménagé. Plus précisément, est-il possible par voie conventionnelle de simplement sous-entendre l'existence d'un droit pour le créancier de résoudre le contrat en cas d'inexécution (en stipulant que le créancier pourra seulement « *faire allusion à* » au fait « *qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat* ») ou d'indiquer l'existence et la référence de ce droit du créancier (en stipulant que le créancier pourra seulement « *viser* » le fait « *qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat* ») ? Dans le premier cas, le créancier se contenterait de seulement sous-entendre une possibilité éventuelle ou hypothétique de résiliation en cas d'inexécution. Dans le second cas, il se contenterait de viser l'existence d'un droit de résolution et l'article 1226, alinéa 2 du Code civil. Il est vrai que le rapport remis au président de la République indique clairement que l'article 1226 du Code civil est « *supplétif* » de volonté¹⁹⁸⁴. Néanmoins, comme expliqué ci-avant, une partie de la doctrine doute de la possibilité de se dispenser conventionnellement du respect d'une mise en demeure préalable au sens de l'article 1226 du Code civil. Ainsi, si la jurisprudence devait statuer en ce sens, cela reviendrait corrélativement à remettre en cause la validité de ces clauses visant à aménager le « *formalisme protecteur (...) imposé* »¹⁹⁸⁵ par l'article 1226 du Code civil. En effet, s'il devait être jugé que la mise en demeure prévue par

¹⁹⁸⁰ Y.-M. LAITHIER, « *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat* », Thèse, L.G.D.J 2004, p. 288.

¹⁹⁸¹ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Mention* », p. 654.

¹⁹⁸² Cf. « *Mention* » dans le Dictionnaire Larousse.

¹⁹⁸³ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Exprès, esse* », p. 440.

¹⁹⁸⁴ 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.

¹⁹⁸⁵ 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.

cet article n'est pas aménageable en elle-même, on pourrait plus difficilement concevoir que le formalisme que cette dernière contient, lui le serait. Il reste que cette hypothèse nous semble peu probable pour les raisons citées ci-dessus. La mise en demeure, quelque soit la sanction contractuelle mise en œuvre, devrait pouvoir faire l'objet d'une dispense conventionnelle. Partant, le formalisme de l'article 1226 du Code civil devrait au moins pouvoir faire l'objet d'un des aménagements précités, en « *visant* » l'alinéa 2 de l'article 1226 du Code civil. En revanche, la clause autorisant à simplement à « *faire allusion* » à cet alinéa pourrait être de nature à fragiliser le « *formalisme protecteur (...) imposé* »¹⁹⁸⁶ par cet article. D'autant que le simple fait d'évoquer une potentielle résolution (donc incertaine) en cas d'inexécution ne devrait pas pouvoir relever de la définition de la mise en demeure. Cela reviendrait à dénier à la mise en demeure son caractère comminatoire¹⁹⁸⁷, le débiteur comprenant qu'il pourrait également échapper à la mise en œuvre de la résiliation unilatérale. Mais ce n'est pas l'avis d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles en date du 10 juin 2021¹⁹⁸⁸ lequel se montre assez libéral en la matière. Tout d'abord, cette décision confirme la possibilité d'aménager le formalisme prévu à l'article 1226 du Code civil : « *les dispositions de l'article 1226 du code civil ne sont pas d'ordre public de sorte que le contrat légalement formé qui tient lieu de loi entre les parties peut y déroger.* ». Surtout, ce même arrêt autorise les parties à n'indiquer par voie conventionnelle dans la mise en demeure uniquement « *des manquements auxquels il doit être mis fin et éventuellement, les dispositions qui doivent être mises en œuvre* » alors que celle-ci « *ne mentionne pas expressément qu'à défaut pour la société 3MI de satisfaire à son obligation, elle sera en droit de résoudre le contrat* ». Il est donc autorisé d'opérer un aménagement conventionnel de l'alinéa 2 de l'article 1226 du Code civil de sorte que la clause ne mentionne pas expressément « *qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat.* » mais se contente simplement de viser les manquements reprochés et les éventuelles mesures à prendre. Il nous aurait semblé que la décision du créancier de résilier le contrat à défaut de respecter cette mise en demeure est équivoque, la résiliation ne semble qu'éventuelle au regard de la rédaction de cette clause. Pourtant, la Cour d'appel a autorisé cet aménagement, une simple « *allusion* » au droit du créancier de résoudre le contrat est possible tant qu'une clause déroge expressément à cette formalité et indique les suites que le créancier pourra donner au contrat en cas de non-respect par le débiteur de la mise en demeure adressée.

Paragraphe VI : la clause facilitant la mise en demeure précédant la clause pénale et l'action en dommages-intérêts compensatoires et moratoires (art. 1231, art. 1231-5 et 1231-6, C. civ.)

Ces clauses de facilitation concernent la mise en demeure prévue en matière de dommages-intérêts moratoires (I.) et compensatoires (II.) et de clauses pénales (III.).

¹⁹⁸⁶ 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.

¹⁹⁸⁷ En effet, la mise en demeure « *énonce une menace* » c'est un acte juridique « *qui indépendamment de l'effet immédiat qu'il produit, contient la menace d'une sanction civile, pénale ou disciplinaire en cas d'inexécution d'une obligation (...) la mise en demeure contient la menace d'une action en justice et de la mise en œuvre des voies de droit* » (G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Comminatoire* », p. 200).

¹⁹⁸⁸ CA, Versailles, 12^{ème} ch., 10 juin 2021, n° 19/05692.

I. Les clauses facilitant les dommages-intérêts moratoires (art. 1231-6, C. civ.)

La clause de dispense de mise en demeure. A titre liminaire, il convient de ne pas confondre cette question de la nécessité d'une mise en demeure en matière de dommages-intérêts moratoires avec celle des dommages-intérêts octroyés par une décision de justice en application du régime particulier prévu par l'article 1231-7 du Code civil¹⁹⁸⁹. Il s'agit ici des dommages-intérêts dus à raison du retard dans l'exécution d'une obligation (par exemple, le paiement d'une obligation de nature pécuniaire). Comme cela était déjà prévu par l'ancien article 1153 du Code civil, l'actuel article 1231-6 du Code civil réaffirme la nécessité d'une mise en demeure préalable en matière de dommages-intérêts moratoires. L'ancien article 1153 prévoyait que ces dommages-intérêts « *ne sont dus que du jour de la sommation de payer (...)* » alors que l'actuel article 1231-6 dispose qu'ils sont dus « *à compter de la mise en demeure.* ». Il ressort que la règle selon laquelle les dommages-intérêts moratoires courent à compter de la mise en demeure préalable du débiteur reste inchangée. L'article 1344-1 du Code civil ajoute que la mise en demeure de payer une somme d'argent « *fait courir l'intérêt moratoire, au taux légal, sans que le créancier soit tenu de justifier d'un préjudice.* ». La solution ainsi consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016, imposant le respect d'une mise en demeure préalable à l'action en dommages-intérêts moratoires, conforte donc ce qui était communément admis en doctrine¹⁹⁹⁰ et en jurisprudence¹⁹⁹¹ avant cette réforme contrairement

¹⁹⁸⁹ J.-L. AUBERT, J. FLOUR, E. SAVAUX, « *Droit civil : les obligations – le rapport d'obligation* », t. III, Sirey, 9^{ème} éd. 2015, n° 151, p. 142.

¹⁹⁹⁰ V. notamment : B. FAGES, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 10^{ème} éd., 2020, n° 331 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 11^{ème} éd., 2020, n° 607 ; M. POUmarede, « *Droit de la responsabilité et des contrats* », Dalloz action 2021/2022, 12^{ème} éd., n° 3213.83 ; O. DESHAYES, « *La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016* », RDC 2019, n°1, p. 29 ; A. BENABENT, « *Droit des obligations* », L.G.D.J. préc. domat droit privé, 18^{ème} éd., 2019, n° 762 ; Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, « *Droit des obligations* », 15^{ème} éd., 2019, Lexisnexus, n° 805 ; F. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2018, Dalloz, n° 128.253 ; N. CAYROL, JCl. Civil Code, Art. 1344 à 1344-2 - Fasc. unique : régime général des obligations. – Extinction des obligations. – Mise en demeure du débiteur, 7 mai 2018, n° 106 à 114 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 848 ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n°675 ; G. CHABOT, « *Mise en demeure* », rép. dr. civ. (Dalloz), sept. 2015, (actualisation : déc. 2019), n° 42 à 47 ; Ph. CASSON, « *Dommages et intérêts* », Rép. dr. civ., févr. 2017 (actualisation mars 2021), n° 145 à 154 ; M. NUSSENBAUM, « *Le préjudice du temps qui passe : approche économique des intérêts moratoires et compensatoires* », RD banc. fin. n° 6, nov. 2017, étude 26, n° 7 ; P. ANCEL, « *Les sanctions de l'inexécution contractuelle dans le nouveau Code civil roumain : influences croisées* », in F.-A. BAIAS et R. DINCKA (dir.), *Le nouveau Code civil roumain : vu de l'intérieur – vu de l'extérieur*, 2014, Universitati Bucuresti, p. 83 et p. 89 ; Ch. LARROUMET, S. BROS, « *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat* », t. 3, Economica, 7^{ème} éd., 2014, n° 668 ; M. LATINA, « *Mise en demeure et dommages-intérêts* », LPA 25 janv. 2008, n° 19, p. 15 ; L. LEVENEUR, « *Inexécution acquise : la mise en demeure n'est pas nécessaire* », CCC, n° 12, déc. 2007, comm. 295 ; M. ROUSSILLE, « *Le débiteur doit répondre du dommage né de l'inexécution de ses obligations, même s'il n'a pas été mis en demeure de s'exécuter* », JCP E., n° 35, 30 août 2007, 2022 ; A. CATHELINÉAU, « *Le retard en droit civil (1^{ère} partie)* », LPA 28 août 1998, n° 103, p. 4 ; X. LAGARDE, « *Contrats et obligations - Remarques sur l'actualité de la mise en demeure* », JCP, n° 46, 13 nov. 1996, doct. 3974 ; F. DAVID, « *De la mise en demeure* », in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1939, p. 107 ; M. PLANIOL, « *Traité élémentaire de droit civil* », 11^{ème} éd., F. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, t. 2, n°226, p. 87.

¹⁹⁹¹ Cass. civ. 2^{ème}, 22 oct. 2015, n° 14-14.949 ; Cass. civ. 3^{ème}, 23 mai 2012, n° 11-14.091 ; Cass. civ. 2^{ème}, 7 déc. 2006, n° 04-17.322 ; Cass. com., 18 févr. 2004, n° 01-03.944 ; Cass. soc. 23 juin 2004, n° 02-40.929 ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 nov. 2002, n° 99-19.346 ; Cass. soc. 12 oct. 2000, n° 98-44.158 ; Cass. soc. 23 juin 1999, n° 96-41.429 ; Cass. com. 2 déc. 1997, n° 95-13.039 ; Cass. civ. 1^{ère}, 21 juin 1988, n° 86-15.356 ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 févr. 1985, n° 83-15.775 ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 juill. 1974, n° 72-12.414 ; Cass. com., 20 juin 1972, n° 70-11.918 ; Cass. com.

aux dommages-intérêts compensatoires pour lesquels la jurisprudence et la doctrine sont davantage divisées. Les rédacteurs du Code civil avaient d'ailleurs parfaitement conscience de l'exigence d'une telle sommation en matière de dommages-intérêts moratoires, celle-ci était une lapalissade¹⁹⁹². Le projet de réforme de la responsabilité civile conforte également *de lege ferenda* le maintien d'une mise en demeure préalable en matière de dommages-intérêts moratoires¹⁹⁹³. Puis, il est loisible aux parties de se dispenser du respect d'une mise en demeure préalable pour faire courir de plein droit les dommages-intérêts moratoires à compter de l'arrivée à échéance de l'obligation. En effet, le rapport remis au président de la République indique que l'article 1231-6 du Code civil a une portée supplétive et peut donc faire l'objet d'aménagements conventionnels¹⁹⁹⁴. La doctrine, avant comme après la réforme en droit des contrats, considère que les dommages-intérêts moratoires peuvent faire l'objet d'aménagements conventionnels s'agissant en particulier de l'une de ses modalités d'application, la mise en demeure¹⁹⁹⁵. Au surplus, comme pour les autres sanctions contractuelles, l'article 1344 du Code civil prévoit expressément la possibilité d'aménager contractuellement l'observation d'une mise en demeure préalable. Il existe également le cas particulier de la stipulation d'intérêts moratoires conventionnels, lesquels ne sont pas soumis à une mise en demeure préalable¹⁹⁹⁶. Il s'agit d'un cas particulier car, en réalité, ces derniers s'apparentent à une forme particulière de clause pénale¹⁹⁹⁷ laquelle, comme nous le verrons plus loin, peut induire implicitement une dispense prétorienne de mise en demeure préalable.

L'inutilité de la clause de dispense de mise en demeure. Aussi, il y a des situations dans lesquelles la dispense conventionnelle de mise en demeure ne sera pas pertinente. Tout d'abord, cette dispense n'aura pas de pertinence dans les hypothèses nombreuses où la mise en demeure fait déjà l'objet d'une dispense légale¹⁹⁹⁸. Puis, il en va de même lorsqu'une

17 mai 1971, n° 70-10.687 ; Cass. civ. 3^{ème}, 26 nov. 1970, n° 69-13.844 ; Cass. civ. 31 juill., 17 déc. 1912, 3 avr. 12 nov. 1913, 26 janv. 1915, S. 1917, I, 117 ; Cass. civ. 5 mai 1915, S. 1917, I, 61 ; Cass. civ., 16 juin 1903, Bull. civ. 1903, n° 64 ; Cass. civ. 6 juill. 1908, DP 1909, I, n° 510.

¹⁹⁹² Motifs exposés par M. Bigot de Préameneu, « *Code civil, contenant la série des lois qui le composent, avec leurs motifs* », livre I, éd. 1803, Garnery (Paris), p. 51 : « *Les dommages et intérêts peuvent être dus non seulement à raison de l'inexécution, mais encore à raison du simple retard. Il faut, dans ce dernier cas, que le débiteur soit en demeure, (...)* ».

¹⁹⁹³ Projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017, Art. 1252 « *La réparation du préjudice résultant du retard dans l'exécution suppose la mise en demeure préalable du débiteur.* ».

¹⁹⁹⁴ 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.

¹⁹⁹⁵ H. BOUCARD, « *Responsabilité contractuelle – Violation de l'obligation* », Rép. dr. civ., juill. 2018 (actualisation : juill. 2020), n° 277 ; F. GREAU, « *Intérêts des sommes d'argent* », Rép. dr. civ., oct. 2016 (actualisation : janv. 2021), n° 87 ; F. LEDUC, JCl. Civil Code, Art. 1382 à 1386 - Fasc. 201 : Régime de la réparation. – Règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle. – Principes fondamentaux, 7 avr. 2016 (mis à jour : 3 mars 2021), n° 14 ; S. BERTOLASO, JCl. Civil Code, Art. 1231 à 1231-7 - Fasc. 20 : Régime de la réparation. – Modalités de la réparation. - Règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle. – Inexécution d'une obligation en argent, 2 mars 2020, n° 45 à 48 ; J.-L. AUBERT, J. FLOUR, E. SAVAUX, « *Droit civil : les obligations – le rapport d'obligation* », t. III, Sirey, 9^{ème} éd. 2015, p. 143 ; J.-P. GRIDEL, Y.-M. LAITHIER, « *Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux* », JCP, n° 21, 21 mai 2008, doctr. 143, n° 38 ; P. JOURDAIN, « *La date de naissance de la créance d'indemnisation* », LPA 9 nov. 2004, n° 224, p. 49.

¹⁹⁹⁶ Cass. com., 5 Juin 2012, n° 11-20.360 ; Cass. com., 11 Mai 2010, n° 09-11.496 ; Cass. civ. 1^{ère}, 24 Juin 1997, n° 95-11.380.

¹⁹⁹⁷ F. GREAU, « *Intérêts des sommes d'argent* », Rép. dr. civ., oct. 2016 (actualisation : janv. 2021), n° 87 : « *Les intérêts moratoires conventionnels ne sont juridiquement qu'une forme particulière de clause pénale (...), dont l'originalité réside simplement dans le fait que les parties ne se contentent pas de se soustraire à l'évaluation du préjudice par le juge, mais qu'elles échappent également à l'évaluation forfaitaire du législateur.* ».

¹⁹⁹⁸ V. par exemple les exceptions légales concernant la lettre de change (art. 511-45, C. com.), le billet à ordre (art. 512-3, C. com.), le fait d'exiger un paiement immédiat ou différé sans commande préalable du

assignation en justice a été diligentée, laquelle vaut mise en demeure. Il semble clair en jurisprudence que l'assignation en justice vaut mise en demeure et qu'il peut en être décidé ainsi par le juge¹⁹⁹⁹, peu importe que la demande en justice soit formulée à titre principal ou reconventionnel²⁰⁰⁰. Parfois, les juges se montrent plus sourcilleux et il peut être requis en matière de référé que l'assignation en justice comporte une injonction de payer pour valoir mise en demeure²⁰⁰¹. Il en résulte que malgré l'exigence d'une mise en demeure préalable par l'article 1231-6 du Code civil, l'envoi d'une assignation en justice ne pourra valoir mise en demeure que si sa rédaction satisfait aux caractéristiques juridiques de celle-ci au cas par cas²⁰⁰². Il reste toutefois intéressant de rédiger une mise en demeure préalablement à l'assignation en justice car celle-ci a pour avantage de faire courir les intérêts moratoires plus tôt que l'assignation en justice.

II. Les clauses facilitant les dommages-intérêts compensatoires (art. 1231, C. civ.)

La clause de dispense de mise en demeure. L'article du Code civil relatif aux dommages-intérêts compensatoires a connu une évolution à la faveur de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, laquelle a conservée l'ancienne dichotomie²⁰⁰³ entre d'une part les dommages-intérêts moratoires (cf. l'ancien article 1153 C. civ et l'actuel article 1231-6 C. civ.) et d'autre part les dommages-intérêts compensatoires (cf. l'ancien art. 1146 C. civ. et l'actuel art. 1231 C. civ.). L'ancien article 1146 du Code civil prévoyait que « *Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer. La mise en demeure peut résulter d'une lettre missive, s'il en ressort une interpellation suffisante.* ». Alors que l'actuel article 1231-1 du Code civil dispose désormais que « *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.* ». On observe que l'ancien article 1146 a été amplement simplifié, les dérogations au principe du respect d'une mise en demeure préalable ont été supprimées (lesquelles comme expliqué *supra* pourraient

consommateur (art. L 132-16 C. conso.), la restitution des arrhes (L 214-2 C. conso.), l'apport en numéraire non réalisé par l'associé (art. 1843-3, alin. 5, C. civ.), les obligations du mandant (art. 2001, C. civ.) ou encore les fruits des choses sujettes au rapport civil en matière de succession (art. 856, C. civ.).

¹⁹⁹⁹ Cass. com., 25 mai 1982, n° 80-10.108 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 déc. 1980, n° 79-15.189 ; Cass. soc. 17 déc. 1974, n° 73-40.777 ; Cass. civ. 2^{ème}, 29 mars 1966, Pub. n° 427 (<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006971854>) ; Cass. civ. 1^{ère}, 5 févr. 1964, bull. civ. 1964, n° 71.

²⁰⁰⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 30 nov. 1977, n° 76-12.946.

²⁰⁰¹ Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 1964, Pub. n° 243 (<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006965403>) « *Qu'en se bornant à fixer à ce jour le point de départ des intérêts moratoires, sans rechercher si l'assignation délivrée par Brunet contenait une injonction de payer, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

²⁰⁰² V. sur l'admission du fait qu'une assignation en justice vaut mise en demeure en matière de dommages-intérêts moratoires : G. MAUGAIN, « *Assignation* », Rép. proc. civ. (Dalloz), sept. 2016, n° 44. Aussi, cet auteur précise que dans ce cas « *c'est la date de l'enrôlement qui constitue le point de départ des intérêts de retard* » (Cass. civ. 3^{ème}, 23 juin 1993, n° 91-16.971 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 janv. 1984, RTD civ. 1984. 363, obs. Perrot ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 1973, JCP 1974. II. 17606).

²⁰⁰³ V. par exemple sur cette distinction le célèbre ouvrage de PLANIOL : M. PLANIOL, « *Traité élémentaire de droit civil* », 11^{ème} éd., F. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, t. 2, n°221, p. 85 et 86. V. aussi sur la reconnaissance prétorienne de cette distinction entre dommages-intérêts moratoires et compensatoires : Cass. civ. 15 déc. 1880, D. 81, I, 37, S. 81, I, 170 ; Cass. civ. 19 juill. 1843, S. 44, I, 236.

être maintenues par la locution d'inexécution « *définitive* ») et les formes de la mise en demeure ne sont plus évoquées (la loi du 9 juillet 1991 avait ajouté ce passage concernant le fait que la mise en demeure puisse résulter d'une lettre missive, ce qui aujourd'hui est une évidence²⁰⁰⁴, dès lors qu'il en ressort une « *interpellation suffisante* », syntagme maintenu à l'article 1344 du Code civil). En revanche, l'exigence d'une mise en demeure préalable reste inchangée en son principe depuis l'ordonnance du 10 février 2016. Néanmoins, même avant cette réforme lors de la genèse du Code civil, il n'était pas certain que la mise en demeure s'impose comme un préalable obligatoire à toute demande de dommages-intérêts compensatoires. A la lecture de l'exposé des motifs formulé par l'un des éminents rédacteurs du Code civil, celle-ci semblait même devoir être exclue et réservée aux seuls dommages-intérêts moratoires. Ce dernier, après avoir reconnu la dichotomie entre dommages-intérêts compensatoires et moratoires (« *Les dommages et intérêts peuvent être dus non seulement à raison de l'inexécution, mais encore à raison du simple retard.*²⁰⁰⁵»), considère qu'en matière de dommages-intérêts moratoires « *Il faut, dans ce dernier cas, que le débiteur soit en demeure* »²⁰⁰⁶. L'absence de formulation expresse par ce dernier d'une extension de la mise en demeure aux dommages-intérêts compensatoires, alors qu'il reconnaissait cette distinction, semblait les exclure du respect de cette formalité, laquelle devenait donc l'apanage des dommages-intérêts moratoires. Toutefois, certains pourront dire qu'il s'agit d'une simple omission, puisque l'ancien article 1146 dans sa version initiale exigeait une mise en demeure préalable. D'autres rétorqueront que cet article ne vise que les dommages-intérêts moratoires et non ceux qui sont compensatoires alors même que selon le fameux adage *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Il en résulte que ces doutes et discussions relatifs à l'exigence d'une telle mise en demeure préalable vont imprégner la doctrine²⁰⁰⁷ ainsi que l'esprit des juges qui ont été amené à statuer sur cette question, ce qui explique le caractère erratique et incertain de certaines décisions rendues. Depuis longtemps, la jurisprudence considère comme étant indispensable le respect d'une mise en demeure préalable pour pouvoir réclamer des dommages-intérêts moratoires ou compensatoires²⁰⁰⁸. Cette dernière a plus récemment confirmé le respect de cette formalité préalable s'agissant des dommages-

²⁰⁰⁴ V. notamment : Cass. com. 9 juin 2015, n° 14-15.342 ; Cass. com. 14 janv. 2004, n° 01-13.026 ; Cass. soc., 9 mars 2000, n° 98-18.725 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 févr. 1999, n° 96-18.524 ; Cass. civ. 3^{ème}, 26 mars 1997, n° 94-21.821 ; Cass. com. 5 oct. 1993, n° 91-13.921 ; Cass. civ. 3^{ème}, 31 mars 1971, n° 69-12.294 ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 1956, Bull. civ. I, n° 363.

²⁰⁰⁵ Motifs exposés par M. Bigot de Préameneu, « *Code civil, contenant la série des lois qui le composent, avec leurs motifs* », livre I, éd. 1803, Garnery (Paris), p. 51.

²⁰⁰⁶ Motifs exposés par M. Bigot de Préameneu, « *Code civil, contenant la série des lois qui le composent, avec leurs motifs* », livre I, éd. 1803, Garnery (Paris), p. 75.

²⁰⁰⁷ R. LIBCHABER, « *Demeure et mise en demeure en droit français – Rapport français* » in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé (sous la dir. de M. FONTAINE, G. VINEY), Bruxelles, Bruylant, t. XXXII, 2001, p. 113, n° 16 à 20 ; X. LAGARDE, « *Contrats et obligations - Remarques sur l'actualité de la mise en demeure* », JCP, n° 46, 13 nov. 1996, doctr. 3974 ; J. CARBONNIER, « *Droit civil, les obligations* », 14^{ème} éd. 1990, p. 307 et s. ; D. ALLIX, « *Réflexions sur la mise en demeure* », JCP G 1977, I, 2844 ; N.H MOGRABI, « *La mise en demeure* », thèse, 1976, n° 384 ; R. MEURISSE, « *Dommages et intérêts compensatoires, dommages et intérêts moratoires et mise en demeure* », JCP G 1947, I, 667 ; M.-J. PIERRARD, « *La mise en demeure et les dommages et intérêts compensatoires* », JCP G 1945, I, p. 466 ; A. WEILL, « *Dommages et intérêts compensatoires et mise en demeure* », Revue critique de la législation et de jurisprudence 1939, p. 203 ; F. DAVID, « *De la mise en demeure* », in Revue critique de législation et de jurisprudence, 1939, p. 95 et s.

²⁰⁰⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 1995, n° 93-16.959 (toutefois, cet arrêt bien qu'invitant les juges du fond à rechercher le respect d'une mise en demeure préalable, renvoie simplement à leur appréciation souveraine) ; Cass. civ. 3^{ème} 13 avr. 1988, Bull. civ. III, n° 72 ; Cass. civ. 31 juill. 1946, D. 1947, p. 57, note P. L.-P., JCP G 1947, II, 3809, note P. Esmein ; Cass. soc., 17 déc. 1943, JCP G 1947, II, 3373, note Pierrard ; Cass. req. 4 janv. 1927, P. et S. 1927, I, 188 ; Cass. civ. 13 avr. 1923, S. 1926, I, p. 17 ; Cass. civ. 9 nov. 1914, MM. Falcimaigne, prés., Fabreguettes, rapp., Lombard, av. gén. ; Cass. civ. 6 juill. 1908, DP 1909, I, 510 ; Cass. civ. 24 juill. 1895, S. 1895, I, 511 ; Cass. civ. 11 janv. 1892, S. 1892, I, 117 ; Bonnet, av. ; Cass. civ. 14 janv. 1862, D., 62, I, 91 ; Cass. civ. 22 avr. 1848, DP 1854, I, p. 422.

intérêts compensatoires²⁰⁰⁹. Il est donc clair que par principe la demande de dommages-intérêts compensatoires doit être précédée d'une mise en demeure. Néanmoins, parallèlement à cette jurisprudence et également depuis de nombreuses années, la jurisprudence a pu considérer qu'en cas de constatation d'un préjudice certain ou d'une inexécution définitive, la demande de dommages-intérêts compensatoires n'a pas à être précédée par une mise en demeure quand bien même la régularisation de l'inexécution serait possible²⁰¹⁰. Aussi, certaines décisions requièrent que la mise en demeure soit écartée lorsque l'exécution est devenue impossible par sa faute²⁰¹¹. Cette jurisprudence assouplissant le recours obligatoire à la mise en demeure a fait constater et même professer par une partie de la doctrine un déclin progressif de la mise en demeure²⁰¹². Mais par ces arrêts, il s'agit moins d'opérer un revirement jurisprudentiel que de nuancer le principe d'une mise en demeure en cas d'inexécution devenue définitivement acquise. Le retentissant arrêt rendu en chambre mixte le 6 juillet 2007, abondamment commenté²⁰¹³, qui a conforté ce courant prétorien, affirme qu'une mise en demeure n'était pas nécessaire car l'« *inexécution du contrat était acquise et avait causé un préjudice* » au créancier, à rebours de l'avis formulé par le magistrat, premier avocat général ainsi que du conseiller rapporteur dans cette affaire²⁰¹⁴. Il est vrai toutefois que postérieurement à la mise en demeure, le plus souvent l'exécution ne sera plus possible car l'inexécution imputable au débiteur sera alors un « *fait acquis* »²⁰¹⁵. Cet arrêt a été particulièrement bienvenu dans la mesure où quelques arrêts antérieurs rendus par la Première chambre civile avait semé le doute quant à l'exigence d'une mise en demeure, contrairement à la jurisprudence précitée ces derniers paraissaient écarter par principe cette formalité préalable²⁰¹⁶. Désormais, l'arrêt rendu par la Chambre mixte a clarifié cet état du droit et

²⁰⁰⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 2015, n° 14-15.655 ; Cass. civ. 1^{ère} 22 nov. 2007, n° 06-18.905 ; Cass. com. 16 juin 2004, n° 02-20.480 ; Cass. com. 4 oct. 2005, n° 04-10.867 ; Cass. com., 8 oct. 2002, n° 99-15.304 ; Cass. civ. 3^{ème}, 8 oct. 1997, n° 95-13.830 ; Cass. com., 28 mai 1996, n° 94-17.076.

²⁰¹⁰ Cass. civ. 9 déc. 1965, Bull. civ., I, n° 694 ; Cass. civ. 18 janv. 1943, RTD civ. 1943, p. 268, n° 4 ; Cass. civ. 13 nov. 1940, S. 1941, 1, p. 11 ; Cass. civ. 5 janv. 1938, Bull. civ. 1938, n° 4, p. 8 ; Cass. civ. 3 déc. 1930, S. 1931, I, p. 101 ; Cass. req. 18 janv. 1922, S. 1922, 1, 222 ; Cass. req. 16 févr. 1921, S. 1922, 1, 86 ; Cass. req. 12 juin 1903, S. 1905, 1, 404 ; Cass. civ. 15 déc. 1880, S. 1881, 1, 170.

²⁰¹¹ Cass. com. 17 févr. 2009, n° 08-13.896 ; Cass. civ. 3^{ème}, 27 avr. 1979, n° 77-14.106 ; Cass. com. 4 juill. 1955, n° 1, 863, Bull. civ. III, n° 239 ; Cass. com. 5 avr. 1965, n° 62-13.552.

²⁰¹² M. LATINA, « *Mise en demeure et dommages-intérêts* », LPA 25 janv. 2008, n° 18 ; Ph. MALINVAUD, « *Droit des obligations* », 10^{ème} éd., 2007, n° 705 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, « *Les obligations* », t. 3, Le rapport d'obligation, 4^{ème} éd., Armand Colin, 2006, n° 223 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, « *Droit civil, Les obligations* », Dalloz, 2005, n° 1084 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, « *Les obligations* », Defrénois, 3^{ème} éd. 2005, n° 975 ; A. BENABENT, « *Droit civil, Les obligations* », Montchrestien, 2005, n° 418 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, « *Obligations* », t. 2, Litec, 1998, n° 1617 ; G. VINEY ; X. LAGARDE, « *Contrats et obligations - Remarques sur l'actualité de la mise en demeure* », JCP, n° 46, 13 nov. 1996, doct. 3974 ; Th. BONNEAU, « *Mise en demeure* », in Rép. civ. Dalloz, n° 27.

²⁰¹³ Cass. ch. mixte, 6 juill. 2007, n° 06-13.823 ; JCP G 2007, II, 10175, M. Mekki ; JCP G 2008, I, 125, Ph. Stoffel-Munck ; Resp. civ. et assur. 2007, comm. 300, N. Dupuy-Loup ; CCC. 2007, comm. 295, L. Leveneur ; D. 2007, p. 2642, note G. Viney ; RTD civ. 2007, p. 787, obs. P. Jourdain ; Defrénois 2007, art. 38667, obs. E. Savaux ; RDC 2007/4, p. 1115, obs. D. Mazeaud ; LPA 2007, n° 194, p. 17, note S. Prigent ; E. GARRAUD, « *L'absence de mise en demeure ne rend pas irréparable le préjudice né d'une inexécution contractuelle certaine* », Rev. Lamy dr. civ. 2007/43, n° 2716 ; V. FORRAY, « *Précisions sur le domaine de la mise en demeure en cas d'inexécution du contrat* », Dr. et patrimoine 2007, n° 167, p. 40 s.

²⁰¹⁴ Avis de R. de Gouttes, premier avocat général : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/gouttes_premier_10626.html#N_6 ; Rapport, M. HEDERER, conseiller rapporteur : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/hederer_conseiller_10629.html.

²⁰¹⁵ J.-L. AUBERT, J. FLOUR, E. SAVAUX, « *Droit civil : les obligations – le rapport d'obligation* », t. III, Sirey, 9^{ème} éd. 2015, p. 236.

²⁰¹⁶ En effet, la Cour de cassation dans arrêt du 6 mai 2003 avait affirmé dans son attendu que « *le débiteur est tenu du dommage né de l'inexécution de ses obligations, indépendamment de toute mise en demeure antérieure* » (Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2003, n° 00-17.383). Cet arrêt laissait penser que la mise en demeure n'était par principe

maintient la nécessité par principe du respect d'une mise en demeure préalable. Somme toute, c'est donc l'ensemble des hypothèses d'inexécutions acquises, certaines ou impossibles ou de préjudices certains que l'article 1231 du Code civil entend englober par la formulation « *inexécution (...) définitive* ». Il serait donc excessif de considérer que l'arrêt du 6 juillet 2007 a opéré un revirement de jurisprudence en faveur de la supposée position libérale de la Première chambre civile comme l'illustre la comparaison des suggestions faites par le conseiller rapporteur, M. HEDERER, et l'attendu de cet arrêt²⁰¹⁷. Aussi, comme expliqué précédemment, la jurisprudence antérieure pour l'essentiel n'écarte pas par principe la mise en demeure, elle la nuance dans certaines hypothèses particulières, ceci à l'exception de quelques arrêts qui ont semblé tout bonnement évincer cette formalité par principe²⁰¹⁸. En ce sens, le projet de réforme de la responsabilité civile²⁰¹⁹ n'abandonne pas l'exigence d'une mise en demeure en matière de dommages-intérêts compensatoires, au contraire, elle la réaffirme « *lorsqu'elle est nécessaire pour caractériser l'inexécution* ». De même, ce projet permettrait en même temps d'écarter cette formalité préalable lorsque celle-ci est inutile (la jurisprudence précitée en la matière serait ainsi reconduite), puisque dans ce cas il pourra être considéré qu'elle n'est pas « *nécessaire* ». Par conséquent, comme énoncé en préambule, l'ancien article 1146 et l'actuel article 1231 du Code civil ont pour point commun d'imposer une mise en demeure préalable en cas de dommages-intérêts moratoires et compensatoires, l'exigence de cette formalité restant inchangée, cela devrait inférer, comme le concède une grande partie de la doctrine²⁰²⁰, le maintien de l'ensemble de la jurisprudence antérieure assouplissant le respect d'une mise en demeure préalable. En dehors de la dispense légale liée à l'inexécution « *définitive* », il est parfaitement possible pour les parties de se dispenser de la mise en demeure par voie conventionnelle. La Cour de cassation a pu considérer qu'« *en l'absence de stipulation expresse dispensant le créancier de mise en demeure* »²⁰²¹ la Cour d'appel avait violée les anciens articles 1134, 1147 et 1184 du Code civil. Cet arrêt concerne tout particulièrement les dommages-intérêts compensatoires. Mais l'on pourrait aussi citer derechef les décisions judiciaires concernant les clauses résolutoires et de déchéance du terme²⁰²², imposant que la dispense conventionnelle de mise en demeure soit « *expresse* » et

plus un préalable nécessaire à toute demande de dommages-intérêts compensatoires, ce qui a justifié ultérieurement la réunion de la Cour de cassation en chambre mixte. Par le passé, la Première chambre civile avait déjà pu statuer en ce sens en ces termes : « *si les intérêts moratoires ne sont dus qu'à partir de la mise en demeure, le débiteur est tenu de réparer le dommage qui aurait été causé par l'inexécution de ses obligations avant qu'il ait été mis en demeure* » (Cass. civ. 9 déc. 1965, Bull. civ., I, n° 694).

²⁰¹⁷ Cass. ch. mixte, 6 juill. 2007, n° 06-13.823 : RDC 2007/4, p. 1115, obs. D. Mazeaud : « *Si l'on met en miroir l'attendu final de la décision commentée et les suggestions du conseiller rapporteur, il semble bien alors que la Chambre mixte n'ait pas entendu rendre un arrêt de principe par lequel elle exclut définitivement l'exigence de la mise en demeure du débiteur lorsque le créancier réclame des dommages-intérêts compensatoires.* ».

²⁰¹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 2003, n° 00-17.383 ; Cass. civ. 9 déc. 1965, Bull. civ., I, n° 694.

²⁰¹⁹ Projet de réforme de la responsabilité civile, Mars 2017, art. 1252 : « *La réparation du préjudice résultant du retard dans l'exécution suppose la mise en demeure préalable du débiteur. La mise en demeure n'est requise pour la réparation de tout autre préjudice que lorsqu'elle est nécessaire pour caractériser l'inexécution.* ».

²⁰²⁰ D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 5^{ème} éd., 2021, éd. Bruylant, collection paradigme, n° 1052 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 11^{ème} éd., 2020, n° 613 ; A. BENABENT, « *Droit des obligations* », L.G.D.J. préc. domat droit privé, 18^{ème} éd., 2019, n° 429 ; Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, « *Droit des obligations* », 15^{ème} éd., 2019, LexisNexis, n° 805-806 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 592 ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n° 676.

²⁰²¹ Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 2015, n° 14-15.655.

²⁰²² V. notamment pour la jurisprudence rendue par la Cour de cassation exigeant la stipulation d'une clause de dispense de la mise en demeure de manière expresse et non équivoque : Cass. civ. 1^{ère}, 16 Juin 2021, n° 18-25.320 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 Juin 2021, n° 20-12.154 ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 avr. 2021, n° 19-15.869 ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 Mai 2019, n° 18-13.246 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 Mai 2019, n° 18-13.470 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 Mai 2019, n° 18-13.471 ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 Mars 2019, n° 17-27.102 ; Cass. civ. 1^{ère}, 12 sept. 2018, n° 17-14.991 ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 Juin 2018, n° 17-18.418 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 Mai 2018, n° 17-17.892 ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 Mars 2018, n° 16-28.324 ;

« non équivoque », lesquelles devraient pouvoir s'appliquer *mutatis mutandis* aux dommages-intérêts. De même, le rapport remis au président de la République reconnaît que seuls les alinéas 2 et 3 de l'article 1231 présentent un caractère impératif²⁰²³, ce qui *a contrario* signifie que les autres alinéas de ce même article sont supplétifs de volonté. Partant, les parties sont expressément autorisées à écarter la mise en demeure par voie conventionnelle. Ainsi, ces dernières pourraient, pour plus de sécurité juridique, consacrer conventionnellement les hypothèses reconnues par la Cour de cassation où la mise en demeure est inutile. Par exemple, elles pourraient stipuler que sera également considérée comme relevant d'une inexécution « définitive » au sens de l'article 1231 du Code civil toute inexécution acquise, certaine ou impossible, en cas de préjudice certain ou dans toutes les autres hypothèses où une mise en demeure s'avèrerait inutile. Mais elles pourraient également tout bonnement écarter la mise en demeure dans les cas où celle-ci serait nécessaire pour réclamer des dommages-intérêts compensatoires. Comme expliqué, une telle clause serait valable dès lors qu'elle est expresse et non équivoque.

L'inutilité de la clause de dispense de mise en demeure. Par ailleurs, il existe des situations où une telle clause s'avèrera inutile dans la mesure où un acte judiciaire sera à même de valoir mise en demeure²⁰²⁴. Ainsi, l'assignation ou citation en justice devrait valoir mise en demeure à l'instar des dommages-intérêts moratoires, peu importe que la demande en justice soit formulée à titre principal ou reconventionnel²⁰²⁵. Il a même été jugé que le désistement ou la péremption de l'instance ou l'inaction du créancier suite à l'assignation en justice peuvent emporter renonciation à la mise en demeure initiale²⁰²⁶, ce qui suppose donc qu'*ab initio* l'assignation vaut mise en demeure. Aussi, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de se prononcer sur l'effet de l'assignation en justice en matière de dommages-intérêts compensatoires²⁰²⁷. Comme en matière de dommages-intérêts moratoires, l'assignation en justice devrait pouvoir valoir mise en demeure en cas de réclamation de dommages-intérêts compensatoires. En effet, comme l'enseignait classiquement M. POTHIER, « *suivant nos usages, un débiteur n'est censé mis en demeure de donner la chose par lui due, que par une interpellation judiciaire valablement faite, et seulement du jour de cette interpellation.* »²⁰²⁸. Plus récemment, dans les années 1930 et suivant la même logique, M. WEIL, relevant la

Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2017, n° 16-19.914 ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 2017, n° 16-18.418 ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 avr. 2016, n° 15-16.076 ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 Juin 2015, n° 14-15.655 ; Cass. com., 31 mai 2011, n° 10-16.315 ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 févr. 2004, n° 01-02.020 ; Cass. civ. 3^{ème}, 29 juin 1977, n° 76-11.024 ; Cass. civ. 3^{ème}, 25 juin 1975, n° JurisData : 1975-700008.

²⁰²³ 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.

²⁰²⁴ J.-L. AUBERT, J. FLOUR, E. SAVAUX, « *Droit civil : les obligations – le rapport d'obligation* », t. III, Sirey, 9^{ème} éd. 2015, p. 236, v. sous la note 5.

²⁰²⁵ Cass. com., 25 mai 1982, n° 80-10.108 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 déc. 1980, n° 79-15.189 ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 nov. 1977, n° 76-12.946 ; Cass. soc. 17 déc. 1974, n° 73-40.777 ; Cass. civ. 2^{ème}, 29 mars 1966, Pub. n° 427 (<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006971854>) ; Cass. civ. 1^{ère}, 5 févr. 1964, bull. civ. 1964, n° 71 ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 mai 1964, Pub. n° 243 (<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006965403>)

²⁰²⁶ Cass. civ. 16 mars 1910, S. 1910, I, 392 ; D. 1913, 5, 25.

²⁰²⁷ V. par exemple : Cass. com. 9 mars 1999, n° 97-12.332 : « *Attendu que M. Pavec, en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société Physem, fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande reconventionnelle en paiement du solde de factures que cette société n'avait pu percevoir, en raison de manquements contractuels de la société ECM, cessionnaire des contrats en cours, alors, selon le pourvoi, que toute inexécution préjudiciable d'une obligation ouvre droit à réparation, l'assignation valant mise en demeure, d'où une violation des articles 1142 et 1146 du Code civil* ».

²⁰²⁸ R.-J. POTHIER, « *Traité des obligations* », 1805, t. 1^{er}, n° 144, p. 97. Dans le même sens, ce dernier ajoute que « *Ordinairement le débiteur ne peut être mis en demeure que par une demande en justice que le créancier forme contre lui, à ce qu'il soit tenu de faire ce qu'il a promis, sinon qu'il soit condamné en des dommages et intérêts.* » (R.-J. POTHIER, « *Traité des obligations* », 1805, t. 1^{er}, n° 146, p. 98).

tendance actuelle à l'assouplissement des conditions de formes des anciens articles 1139 et 1153 du Code civil, affirme que « *La loi du 7 avril 1900 qui a modifié l'article 1153 (...) : une demande en justice n'est plus nécessaire pour faire courir les dommages-intérêts en cas d'inexécution d'une obligation de somme d'argent, une simple sommation suffit désormais.* »²⁰²⁹. Ainsi, il est traditionnellement admis en droit français que la demande en justice est l'acte qui par excellence vaut mise en demeure et que la sommation, par une intervention législative visant à assouplir ce formalisme de la mise en demeure, vaut désormais mise en demeure. D'ailleurs, la loi du 9 juillet 1991 va parachever cette œuvre d'assouplissement de la mise en demeure en ajoutant que celle-ci peut résulter d'une simple sommation « *ou d'un autre acte équivalent telle une lettre missive s'il en ressort une interpellation suffisante* ». Si une simple sommation vaut donc mise en demeure, *a fortiori* une assignation en justice qui est un acte plus grave devrait également valoir mise en demeure²⁰³⁰. Il ne faudrait ainsi pas aller contre la volonté du législateur qui était à cette époque de permettre l'interpellation du débiteur par une simple interpellation extra-judiciaire et non d'alourdir l'interpellation de ce dernier en exigeant à la fois une interpellation extra-judiciaire préalable, c'est-à-dire une sommation, et une interpellation judiciaire, c'est-à-dire une assignation en justice. Puis, le fait qu'une simple sommation puisse valoir mise en demeure, facilite les chances que l'inexécution, objet du litige, soit régularisée, sans intervention judiciaire. Alors qu'antérieurement le recours à l'assignation en justice, en tant qu'acte de nature judiciaire, pour mettre en demeure le débiteur favorise la résolution du litige par l'entremise du juge quand une exécution volontaire aurait pu être obtenue en lieu et place. En conséquence, M. WEILL considère la sommation préalable superflue en matière de dommages-intérêts compensatoires mais conserve un intérêt pour faire courir les intérêts moratoires²⁰³¹ comme expliqué précédemment.

III. Les clauses facilitant les clauses pénales (art. 1231-5, C. civ.)

La clause de dispense de mise en demeure. En matière de clauses pénales, la jurisprudence reconnaît aux juges la possibilité de dispenser les parties de mise en demeure préalable dès

²⁰²⁹ A. WEILL, « *Dommages et intérêts compensatoires et mise en demeure* », Revue critique de la législation et de jurisprudence 1939, p. 265 ; V. aussi : M. PLANIOL, « *Traité élémentaire de droit civil* », 11^{ème} éd., F. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, t. 2, n°276, p. 108 « *La loi du 7 avril 1900, a fait disparaître l'anomalie injustifiée qu'avait introduite l'art. 1153. D'après le texte nouveau, modifié par elle, la demande en justice n'est plus nécessaire, la simple sommation suffit (...)* ».

²⁰³⁰ V. en ce sens : O. DESHAYES, « *La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016* », RDC 2019, n°1, p. 29 : « *Qui peut le plus simple (constituer le débiteur en retard par une sommation ou par tout acte portant interpellation suffisante) peut le plus compliqué (constituer le débiteur en retard en l'assignant en justice)* » ; R. DEMOGUE, « *Traité des obligations en général* », t. VI, éd. : A. Rousseau (Paris), 1932, n°235, p. 256 : « *La loi faisant allusion à la sommation comme acte, de mise en demeure, il n'est pas douteux qu'un acte au moins aussi grave que celle-ci emporte mise en demeure. Il en est ainsi de la citation en référé, en conciliation, suivie d'assignation dans le mois et même sans cette condition ou de l'assignation devant le tribunal. Peu importe que l'assignation ne demande pas les dommages-intérêts qui ne sont réclamés que par conclusions postérieures ou que le juge soit incompétent, ou qu'il y ait désistement, péremption ou nullité de forme. Dans tous les cas, il y a volonté certaine de se faire payer.* ».

²⁰³¹ A. WEILL, « *Dommages et intérêts compensatoires et mise en demeure* », Revue critique de la législation et de jurisprudence 1939, p. 264-265 : « *le créancier peut obtenir des dommages-intérêts compensatoires sans devoir au préalable mettre le débiteur en demeure. (...) il n'en est pas de même des dommages-intérêts moratoires qui compenseront le préjudice causé par le retard qu'a mis le débiteur à réparer : pour les faire courir, une mise en demeure sera nécessaire.* ».

lors que celle-ci ressort implicitement ou explicitement des termes du contrat²⁰³². La Cour de cassation impose d'ailleurs aux juges du fond de procéder à cette recherche pour décider si une dispense de mise en demeure pouvait être octroyée²⁰³³. Il a pu être soutenu en doctrine que « *D'une certaine manière, la stipulation (d'une clause pénale) vaut déjà mise en demeure.* »²⁰³⁴, ce qui, comme le souligne également cet auteur, ne devrait pas valoir dans toutes les situations. La Cour de cassation a écarté toute généralisation de dispense de mise en demeure du simple fait de la stipulation d'une clause pénale²⁰³⁵. En effet, il apparaît que la jurisprudence privilégie une analyse au cas par cas et que bien souvent c'est le caractère strict des délais d'exécution d'une obligation qui est déterminant pour en déduire une dispense implicite de mise en demeure²⁰³⁶. Ainsi, la détermination de l'existence d'une dispense à la mise en demeure en matière de clause pénale relève du pouvoir souverain des juges du fond²⁰³⁷ qui en fonction des faits de l'espèce qui leurs sont soumis peuvent considérer qu'il y a dispense implicite²⁰³⁸ ou non²⁰³⁹ de cette formalité. Mais la jurisprudence s'avère particulièrement casuistique de sorte que différents mouvements peuvent être constatés. Deux mouvements jurisprudentiels semblent cohabiter en matière de clauses pénales : d'une part, certains juges considèrent que le non-respect de délais contractuels impartis ou d'un terme vaut mise en demeure²⁰⁴⁰ et, d'autre part, d'autres juges considèrent que le simple

²⁰³² Cass. civ. 3^{ème}, 24 juin 2021, n° 20-17.529 ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 2012, n° 11-16.292 ; Cass. civ. 3^{ème}, 20 janv. 1976, n° 74-13.422 ; Cass. civ. 3^{ème}, 18 avr. 1972, n° 71-11.141 ; Cass. civ. 3^{ème}, 7 Mars 1969, Bull. civ. 1969, n° 208 ; CA, Versailles, 3^{ème} ch., 8 déc. 2016, n° 15/00165 ; CA, Nouméa, ch. civ., 3 déc. 2015, n° 14/00413 ; CA, Reims, ch. civ., sec. 1, 20 juill. 2004, n° JurisData : 2004-256797.

²⁰³³ Cass. civ. 3^{ème}, 23 oct. 1991, n° 89-21.568 ; Cass. civ. 3^{ème}, 18 avr. 1972, n° 71-11.141 ; Cass. civ. 3^{ème}, 17 nov. 1971, n° 70-12.083 ; Cass. civ. 3^{ème}, 7 Mars 1969, Bull. civ. 1969, n° 208.

²⁰³⁴ V. par exemple : X. LAGARDE, « *Contrats et obligations - Remarques sur l'actualité de la mise en demeure* », JCP, n° 46, 13 nov. 1996, doctr. 3974. V. aussi la jurisprudence souvent associée à cette opinion : Cass. com., 8 oct. 2002, n° 01-01.200 ; Cass. civ. 3^{ème}, 9 juin 1999, n° 97-20.977 ; Cass. civ. 3^{ème}, 7 mars 1969, Bull. civ. 1969, III, n° 208 ; Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 1966, Bull. civ. 1966, I, n 306 ; Cass. req. 7 mars 1933, DH 1933, 218.

²⁰³⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 20 janv. 1976, n° 74-13.422.

²⁰³⁶ V. par exemple : « *Qu'en outre, retenant que la convention visait la date d'achèvement des travaux et prévoyait le paiement d'une indemnité de retard à compter de cette date, les juges du fond, par une recherche souveraine de l'intention des parties, ont admis que leur convention valait en l'espèce dispense de mise en demeure, dès lors que le débiteur n'avait pas exécuté son obligation dans le délai qui lui était imparti par le contrat* » (Cass. civ. 3^{ème}, 22 avr. 1975, n° 73-14.055) ; « *Attendu qu'en statuant de la sorte, sans rechercher si les parties n'avaient pas eu l'intention de dispenser le créancier de l'obligation de toute mise en demeure, dès lors qu'elles avaient fixé un terme pour l'achèvement des travaux, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* » (Cass. civ. 3^{ème}, 17 nov. 1971, n° 70-12.083) ; « *il s'induit nécessairement qu'en fixant des termes proches exactement définis de reprise des travaux le 7 août et d'achèvement le 30 septembre, ce dernier défini comme point de départ de pénalités de retard, les parties avaient entendu se dispenser de la formalité de mise en demeure* » (CA, Toulouse, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 22 févr. 2010, n° 08/06510).

²⁰³⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 9 juin 1999, n° 97-20.977 ; Cass. civ. 3^{ème}, 20 janv. 1976, n° 74-13.422 ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 janv. 1971, n° 69-13.935 ; Cass. soc. 3 juill. 1953, D. 1954. 615 ; Cass. req., 18 févr. 1856, S. 1857, I, 42.

²⁰³⁸ V. notamment pour l'admission de dispenses implicites à la mise en demeure : Cass. civ. 3^{ème}, 6 nov. 1996, n° 95-10.497 ; CA, Rennes, 14 janv. 2005, n° JurisData 270208 ; CA, Reims, 20 juill. 2004, n° 02/00396 ; CA, Colmar, 11 déc. 2003, n° JurisData 235261 ; CA, Rennes, 1^{er} avr. 2003, 02/02670 ; CA, Papeete, 26 mars, 1997, n° JurisData 042469 ; CA, Lyon, 2^{ème} ch., 6 sept. 1994, pourvoi rejeté par Cass. civ. 3^{ème}, 6 nov. 1996, 95-10.497 ; CA, Paris, 5^{ème} ch., 28 mars 1990, D. 1990. IR 98 ; CA, Paris, 15^{ème} ch. B, 27 avr. 1984, pourvoi rejeté par Cass. civ. 3^{ème}, 19 févr. 1986, n° 84-15.054 ; CA, Paris, 2^{ème} ch. B., 6 janv. 1984, n° JurisData 020047 ; CA, Paris, 14^{ème} ch. A, 12 janv. 1983, pourvoi rejeté par Cass. civ. 3^{ème}, 8 janv. 1985, n° 83-11.979.

²⁰³⁹ V. notamment pour le rejet de dispenses implicites à la mise en demeure : CA, Paris, pôle 4, ch. 1, 23 mars 2018, n° 16/15286 ; CA, Paris, 6 janv. 2011, pourvoi rejeté par Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 2012, n° 11-16.292 ; CA, Paris, 16^{ème} ch. A, 21 mai 2003, n° 2001/06439 ; CA, Bourges, 26 juin 2001, n° 98/01276 ; CA, Versailles, 14 juin 2001, n° 99/03041 ; CA, Colmar, 2^{ème} ch. civ., 26 avr. 1991, pourvoi rejeté par Cass. com., 8 juin 1993, n° 91-17.494 ; CA, Rennes, 25 juin 1981, n° JurisData 040521 ; CA, Paris, 15^{ème}, 6 nov. 1980, n° JurisData 095685.

²⁰⁴⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 4 févr. 2016, n° 14-25.701 ; Cass. civ. 3^{ème}, 9 juin 1999, n° 97-20.977 ; Cass. civ. 3^{ème}, 6 nov. 1996, n° 95-10.497 ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 avr. 1975, n° 73-14.055 ; Cass. civ. 3^{ème}, 17 nov. 1971, n° 70-12.083 ; CA, Nouméa, ch. civ., 3 déc. 2015, n° 14/00413 ; CA, Rennes, 14 janv. 2005, n° JurisData 270208 ; CA, Reims,

dépassement de délais prescrits ou d'un terme n'emporte pas dispense implicite d'une telle formalité²⁰⁴¹. Parmi les décisions rendues par les premiers juges, plusieurs exemples peuvent être cités : la stipulation d'un délai déterminé de livraison²⁰⁴², de démolition d'un ouvrage²⁰⁴³ ou d'achèvement de travaux²⁰⁴⁴ auquel s'applique une pénalité de retard de la même façon que la stipulation d'un délai très court²⁰⁴⁵. De même, a pu valoir mise en demeure la stipulation d'une pénalité en cas de retard de livraison d'un immeuble construit en prévision d'une commercialisation avant les jeux olympiques d'Albertville²⁰⁴⁶, d'un terme précis avec la mention que la pénalité n'emportera aucune prorogation pour quelque cause que ce soit²⁰⁴⁷ ou encore pour la construction d'une maison individuelle, d'une pénalité de 0,03 % due « automatiquement » par le maître d'ouvrage si les sommes qu'il doit verser ne le sont pas à leur échéance²⁰⁴⁸. Force est de constater l'importance accordée par les juges aux conditions de stipulation des délais d'exécution des obligations, dans ce cas, la dispense est implicite. Cette dernière peut également être explicite notamment comme l'illustre l'arrêt précité par l'usage du terme « automatiquement »²⁰⁴⁹ ce qui n'est pas sans rappeler le mode de rédaction de certaines clauses résolutoires dispensées de mise en demeure préalable, celles-ci sont stipulées « de plein droit et automatiquement, sans aucune sommation »²⁰⁵⁰. A l'inverse, d'autres juges écartent la dispense de mise en demeure malgré la stipulation de délais ou termes prescrits, plusieurs exemples peuvent être cités : la stipulation d'une simple pénalité en cas de retard concernant le paiement de loyers²⁰⁵¹, d'une pénalité par jour de retard d'un montant très élevé et d'un terme²⁰⁵² ou encore de « pénalités de retard (...) à partir du 10 janvier 1988 » avec une « mise en route au plus tard le 10 janvier 1988 »²⁰⁵³. En ce sens, la jurisprudence a jugé que la « simple inaction »²⁰⁵⁴ ou le « silence »²⁰⁵⁵ du débiteur ne pouvait valoir dispense implicite de mise en demeure. Force est donc de constater que les juges considèrent également que malgré la stipulation d'un terme et d'une pénalité, la mise en demeure ne sera pas nécessairement écartée. Il est vrai que ce courant jurisprudentiel compte moins de décisions que le premier. En réalité, il semble que ce soit l'analyse casuistique et souveraine des juges du fond qui détermine au cas par cas si les parties ont entendues se dispenser de mise en demeure. En dehors des conditions de stipulation des délais d'exécution, d'autres critères ont pu être avancés comme le caractère utile de la mise en demeure²⁰⁵⁶ ou « la nature du contrat (...) les conditions dans lesquelles il a été passé (...) les termes dans lesquels la clause pénale a été stipulée (...) enfin les aléas de son exécution, s'agissant de livrer dans un

20 juill. 2004, n° 02/00396 ; CA, Papeete, 26 mars, 1997, n° JurisData 042469 ; CA, Paris, 15^{ème} ch. B, 27 avr. 1984, pourvoi rejeté par Cass. civ. 3^{ème}, 19 févr. 1986, n° 84-15.054 ; CA, Paris, 2^{ème} ch. B., 6 janv. 1984, n° JurisData 020047.

²⁰⁴¹ Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 2012, n° 11-16.292 ; Cass. com. 8 juin 1993, n° 91-17.494 ; CA, Paris, 16^{ème} ch. A, 21 mai 2003, n° 2001/06439 ; CA, Rennes, 25 juin 1981, n° JurisData 040521 ; V. aussi dans le même sens : Cass. civ. 3^{ème}, 24 juin 2021, n° 20-17.529 ; CA, Reims, ch. civ., sect. 1, 20 juill. 2004, n° JurisData : 2004-256797.

²⁰⁴² Cass. civ. 3^{ème}, 4 févr. 2016, n° 14-25.701 ; CA, Reims, 20 juill. 2004, n° 02/00396 ; CA, Paris, 2^{ème} ch. B., 6 janv. 1984, n° JurisData 020047.

²⁰⁴³ CA, Rennes, 14 janv. 2005, n° JurisData 270208.

²⁰⁴⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 9 juin 1999, n° 97-20.977 ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 avr. 1975, n° 73-14.055.

²⁰⁴⁵ CA, Paris, 15^{ème} ch. B, 27 avr. 1984, pourvoi rejeté par Cass. civ. 3^{ème}, 19 févr. 1986, n° 84-15.054.

²⁰⁴⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 6 nov. 1996, n° 95-10.497.

²⁰⁴⁷ CA, Papeete, 26 mars, 1997, n° JurisData 042469.

²⁰⁴⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 4 févr. 2016, n° 14-25.701.

²⁰⁴⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 4 févr. 2016, n° 14-25.701.

²⁰⁵⁰ CA, Metz, 3^{ème} ch., 26 nov. 2020, n° 18/03331 ; CA, Metz, 3^{ème} ch., 24 sept. 2020, n° 18/03315 ; CA, Metz, 3^{ème} ch., 7 juill. 2020, n° 18/02219.

²⁰⁵¹ CA, Paris, 16^{ème} ch. A, 21 mai 2003, n° 2001/06439.

²⁰⁵² CA, Rennes, 25 juin 1981, n° JurisData 040521.

²⁰⁵³ Cass. com. 8 juin 1993, n° 91-17.494.

²⁰⁵⁴ CA, Reims, ch. civ., sect. 1, 20 juill. 2004, n° JurisData : 2004-256797.

²⁰⁵⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 24 juin 2021, n° 20-17.529.

²⁰⁵⁶ CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 16 janv. 2015, n° 14/00703.

très bref délai des produits pondéreux dans un pays encore en état de guerre »²⁰⁵⁷. Par ailleurs, hormis ces deux courants prétoriens, il convient également de relever un cas particulier. Celui où il ne fait guère de doute que le débiteur est responsable de l'inexécution commise, c'est-à-dire lorsque l'inexécution commise est exclusivement imputable au débiteur²⁰⁵⁸ ou que ce dernier s'est lui-même mis en situation d'inexécution²⁰⁵⁹, dans ce cas, aucune dispense de mise en demeure ne peut être accordée. En effet, dans ces situations, la répartition des torts est simple, le débiteur a commis une inexécution qui a causé un préjudice au créancier sans que le fait d'un tiers, du créancier ou d'un cas de force majeure y ait contribué. Dans ce cas le débiteur est présumé s'être volontairement ou involontairement mis en situation de ne plus pouvoir exécuter ses obligations. Ces décisions ne sont pas sans rappeler le célèbre arrêt rendu par la Cour de cassation concernant les dommages-intérêts compensatoires où la mise en demeure a été éludée en cas d'inexécution « *acquise* »²⁰⁶⁰, c'est-à-dire que l'inexécution était imputable au débiteur et qu'il s'agissait alors d'un « *fait acquis* »²⁰⁶¹. On peut se demander si ces décisions²⁰⁶² seront reconduites avec l'article 1231-5 du Code civil lequel dispense le créancier de cette formalité en cas d' « *inexécution définitive* » du débiteur. Certes, ces décisions sont antérieures à l'ordonnance du 10 février 2016. Mais à la réflexion, les juges pourraient considérer que dans cette situation le débiteur ayant commis une inexécution, sans qu'un événement quelconque ne puisse le justifier, est de nature à réduire la probabilité qu'il régularise celle-ci ou qu'il n'ait pas voulu de sa propre volonté inexécuter le contrat ; en cela, l'inexécution du débiteur pourrait être considérée comme « *définitive* ». Aussi, l'impossibilité pour le débiteur à exécuter ses obligations pourrait également relever de cette inexécution « *définitive* », même si la jurisprudence n'est pas encore claire à ce sujet²⁰⁶³. Enfin, un autre cas particulier relativement proche de l'impossibilité financière de l'exécution devrait être maintenue sous l'empire de la rédaction de l'article 1231-5 du Code civil, celui où l'inexécution commise par le débiteur est « *définitivement consommée* » puisque « *l'acte de cession du fonds de commerce (...) mentionne que l'acquéreur ne reprendra pas à sa charge l'exécution du contrat* »²⁰⁶⁴. Dans ce cas, le débiteur a manifesté sa volonté de ne pas exécuter le contrat ce qui permet d'inférer que son inexécution est « *définitive* »²⁰⁶⁵. On pourrait également citer les décisions où la dispense a été admise en raison de la rupture prématurée d'un contrat à durée déterminée²⁰⁶⁶ ou du fait que le débiteur a exprimé son intention de ne pas exécuter son obligation²⁰⁶⁷. Comme pour l'impossibilité financière d'exécution, les chances que le débiteur s'exécute sont relativement faibles. On pourrait même y ajouter les dispenses jadis reconnues en matière de dommages-intérêts compensatoires par les anciens articles 1145 et 1146 du Code civil : en cas de violation d'une obligation de ne pas faire ou d'obligation de donner ou de faire qui ne

²⁰⁵⁷ CAA, Paris, ch. 4, 4 mai 2010, n° 08PA04729.

²⁰⁵⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 23 oct. 1991, n° 89-21.568.

²⁰⁵⁹ Cass. civ. 3^{ème}, ch. 10, 1^{er} avr. 1998, n° 95-19.754.

²⁰⁶⁰ Cass. ch. mixte, 6 juill. 2007, n° 06-13.823.

²⁰⁶¹ J.-L. AUBERT, J. FLOUR, E. SAVAUX, « *Droit civil : les obligations – le rapport d'obligation* », t. III, Sirey, 9^{ème} éd. 2015, p. 236.

²⁰⁶² Cass. civ. 3^{ème}, ch. 10, 1^{er} avr. 1998, n° 95-19.754 ; Cass. civ. 3^{ème}, 23 oct. 1991, n° 89-21.568 ; CA, Colmar, 1^{ère} ch. civ. A, 20 août 2014, n° 13/00436.

²⁰⁶³ En faveur de cette affirmation, il a pu être retenue que l'impossibilité financière pour le débiteur à exécuter ses obligations peut rendre la mise en demeure inutile (CA, Metz, 1^{ère}, ch., 9 janv. 2018, n° 16/03519) ; en sens contraire, il a également été retenu que la mise en demeure constitue « un préalable nécessaire à la constatation de l'impossibilité, ou du refus, de régulariser » l'inexécution (CA, Reims, ch. civ., sec. 1, 20 juill. 2004, n° JurisData : 2004-256797).

²⁰⁶⁴ CA, Colmar, 1^{ère} ch. civ. A, 20 août 2014, n° 13/00436.

²⁰⁶⁵ V. en ce sens : B. GRIMONPREZ, « *Mise en demeure* », Rép. dr. civ. (Dalloz), avr. 2017 (actualisation : févr. 2021), n° 31.

²⁰⁶⁶ Cass. req. 12 juin 1903, S. 1905, I, 404 ; DP 1903.,1, 413.

²⁰⁶⁷ Civ. 3^e, 3 avr. 1973, Bull. civ. III, n° 254, n° 72-10.247 ; Cass. com. 14 févr. 1967, Bull. civ. III, n° 73.

pouvaient l'être que dans un certain temps²⁰⁶⁸. En effet, cette dispense étant rédigée en des termes quasi-identiques à l'article 1231 et 1231-5 du Code civil, l'inexécution « définitive » de l'article 1231-5 devrait comme pour celle de l'article 1231²⁰⁶⁹ englober ces deux mêmes cas de dispense de mise en demeure. Partant, compte tenu de l'abondante jurisprudence rendue par le passé, il ne fait aucun doute que les parties peuvent conventionnellement se dispenser explicitement ou implicitement de toute mise en demeure précédant la mise en œuvre de la clause pénale²⁰⁷⁰. Aussi, même si celle-ci est moins certaine, la clause aménageant l'inexécution « définitive » devrait être possible. En effet, l'alinéa 5 de l'article 1231-5 du Code civil n'est pas d'ordre public, ce que le rapport remis au président de la République suggère en affirmant que « *Seuls les alinéas 2 et 3 présentent un caractère impératif, les parties pouvant librement déroger au dernier.* » et la version initiale de ce texte, bien que tronquée dans sa version définitive, prévoyait que la mise en demeure était exigée « *sauf clause contraire* »²⁰⁷¹. Rien ne devrait donc empêcher aux parties d'écarter cette dispense en cas d'inexécution « définitive » ou d'en préciser les contours en y ajoutant, par exemple, le cas de l'inexécution causée par un débiteur qui s'est mis volontairement ou involontairement dans la situation de ne plus pouvoir exécuter ses obligations contractuelles.

L'inutilité de la clause de dispense de mise en demeure. Néanmoins, si la clause de dispense de mise en demeure devrait être parfaitement valable sur le principe, encore faut-il s'assurer de son utilité. C'est ainsi qu'une autre question se pose, celle de savoir si en matière de clauses pénales la mise en demeure préalable peut résulter d'une assignation en justice. Comme a pu le souligner le Professeur DEMOGUE concernant la clause pénale²⁰⁷², laquelle était soumise à une mise en demeure préalable en vertu de l'ancien article 1230 du Code civil, il semblerait que cette formalité puisse résulter de l'assignation en justice²⁰⁷³. Plusieurs jurisprudences plus récentes s'inscrivent également en ce sens. La Cour de cassation a pu juger s'agissant de la mise en œuvre d'une clause pénale que « *seule l'assignation pouvait valoir mise en demeure, et que la pénalité devait être décomptée par jours ouvrables* »²⁰⁷⁴ ou que « *les pénalités de retard n'ont donc pu commencer à courir qu'à compter du 27 mai 1968, date de l'assignation valant mise en demeure* »²⁰⁷⁵, les juges du fond ont également pu abonder en ce sens²⁰⁷⁶. Encore faut-il que l'assignation en justice soit correctement rédigée afin de pouvoir valoir mise en demeure, c'est ainsi que la Cour d'appel d'Aix-en-Provence affirme que « *Les assignations devant le juge des référés n'ont pas non plus fait état de la clause pénale d'un montant de 300 euros par jour et ne peuvent pas non plus constituer*

²⁰⁶⁸ Fr. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2018, Dalloz, n° 128.254 ; M. FABRE-MAGNAN, « *Droit des obligations – 1. Contrat et engagement unilatéral* », 4^{ème} éd. : Thémis droit PUF 2016, p. 769, n° 711. V. aussi en faveur d'une analogie entre l'inexécution « définitive » de l'article 1231 et celle de l'article 1231-5 du Code civil : G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n°692.

²⁰⁶⁹ V. en faveur du maintien des anciennes dispenses de mise en demeure visées aux anciens articles 1145 et 1146 du Code civil concernant l'article 1231 du Code civil : L. LEVENEUR, « *Responsabilité contractuelle - La condition d'un préjudice vaut aussi en cas d'inexécution d'une obligation de ne pas faire* », Contrats Concurrence Consommation n° 8-9, Août 2019, comm. 136.

²⁰⁷⁰ En effet, cette jurisprudence devrait être maintenue après l'ordonnance du 10 février 2016 comme l'illustre, par exemple, une décision rendue postérieurement à cette réforme certes au regard du droit antérieur à la réforme : Cass. civ. 3^{ème}, 24 juin 2021, n° 20-17.529.

²⁰⁷¹ V. sur ce point : C. PERES, « *Contrats et obligations - Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats* », JCP n° 16, 18 Avril 2016, 454.

²⁰⁷² R. DEMOGUE, « *Traité des obligations en général* », t. VI, éd. : A. Rousseau (Paris), 1932, n° 476, p. 508.

²⁰⁷³ Cass. req. 18 avr. 1877, D. 1877, I, 395.

²⁰⁷⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 1960, Bull. civ. 1960, n° 437

²⁰⁷⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 9 nov. 1976, n° 75-12.065.

²⁰⁷⁶ CA, Douai, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 15 avr. 2021, n° 19/02821 ; CA, Douai, 2^{ème} ch., 1^{ère} sect., 12 juill. 2018, n° 16/06453 ; CA, Caen, 19 déc. 2013, n° 12/02597 ; CA, Lyon, 14 nov. 2013, n° 12/06021.

une mise en demeure de C... B.... »²⁰⁷⁷. L'assignation doit donc *a minima* mentionner l'article du contrat prévoyant la clause pénale et son montant. Néanmoins, même si dans une autre décision, les juges maintiennent qu'en matière de clauses pénales l'assignation vaut mise en demeure, cela n'a pas été retenu en raison des faits de l'espèce²⁰⁷⁸. La mise en demeure concernait une majoration de 25% de la créance principale, laquelle était due en cas de dépassement d'un délai de 8 jours après la lettre de mise en demeure restée infructueuse. Or, l'appréciation de la Cour d'appel de Paris semble casuistique en ce que c'est le montant important de cette majoration qui semblait faire obstacle à ce que l'assignation puisse valoir mise en demeure. En effet, « *l'assignation en paiement de la facture augmentée de 25 % en application de la clause pénale ne l'en dispense pas sous la réserve exclusive d'une éventuelle réduction de cette clause pénale* ». Autrement dit, si la clause pénale avait été réduite dans son montant, la Cour aurait pu admettre la dispense de mise en demeure par l'assignation en justice. Partant, si l'on en croit cette jurisprudence, sous réserve que la clause pénale soit expressément mentionnée dans l'assignation en justice, celle-ci devrait valoir mise en demeure. Il est vrai que la clause pénale peut être comprise comme étant une sanction unilatérale à l'instar de la clause résolutoire. Seulement, si la clause résolutoire produit ses effets unilatéralement par la seule volonté du créancier²⁰⁷⁹ (bien que le juge puisse *a posteriori* remettre en cause ses effets), la clause pénale elle pour produire pleinement ses effets nécessite, en cas d'absence d'exécution volontaire du débiteur, le concours de la justice²⁰⁸⁰. L'effet sera matérialisé par la remise par le débiteur d'une certaine somme d'argent prédéterminée conventionnellement à titre de pénalité au créancier. Ainsi, la clause pénale ne produisant pas ses effets par sa seule invocation unilatérale par le créancier, la mise en demeure peut encore utilement être effectuée par exemple au moyen d'une assignation en justice.

En synthèse sur la clause de facilitation de la mise en demeure. La clause de dispense de mise en demeure est valable même si elle n'est nécessairement utile lorsque dans certaines circonstances l'assignation en justice peut valoir mise en demeure ou en cas d'inexécution « *définitive* ».

En premier lieu, de manière générale, il peut être affirmé que la mise en demeure peut faire l'objet d'un aménagement conventionnel, malgré les réticences de la doctrine²⁰⁸¹ concernant la mise en demeure précédant la résiliation unilatérale (art. 1226, C. civ.). Il conviendra dans ce

²⁰⁷⁷ CA, Aix-en-Provence, 15 mai 2008, n° 08/11053.

²⁰⁷⁸ CA, Paris, pôle 5, ch. 10, 22 janv. 2018, n° 16/03073.

²⁰⁷⁹ En effet, « *la résolution consécutive à la clause résolutoire nécessite généralement une décision du créancier* » (Ch. PAULIN, « *La clause résolutoire* », Thèse, LGDJ, 1996, n° 129), la clause résolutoire stipulée « *de plein droit* » n'induit pas « *l'absence de manifestation de volonté du bénéficiaire de la clause* » (M. TIREL, « *L'effet de plein droit* », thèse, Dalloz, 2018, n° 39). V. également la jurisprudence rendue en ce sens : Cass. civ. 3^{ème}, 30 juin 2015, n° 14-16.929 ; Cass. civ., 1^{ère}, 7 juill. 1998, n°96-16.161 ; Cass. com. 21 avr. 1977, D 1977, IR, 487 ; Cass. com. 27 oct. 1953 B, III, n°328, p. 229 ; Cass. req. 8 mai 1901, DP 1903, 1, 409 ; Cass. req. 4 Avr. 1859, DP 1860, 1, 41.

²⁰⁸⁰ En effet, il est vrai, en matière de clauses pénales, que la peine est exigible par le débiteur « *lorsque son inexécution illicite a été la cause de l'inexécution de l'obligation de garantie* » de la clause pénale (D. MAZEAUD, « *La notion de clause pénale* », LGDJ, 1992, n° 705) et, contrairement à la responsabilité contractuelle, « *la seule constatation de l'imputabilité de l'inexécution illicite suffit à déclencher l'exécution de la peine.* » (D. MAZEAUD, « *La notion de clause pénale* », LGDJ, 1992, n° 459). Toutefois, l'effet de la clause pénale est obtenu par son exécution laquelle est effective à compter de la réalisation du paiement de l'obligation pénale ; ce paiement est le plus souvent réalisé par « *la remise par le débiteur au créancier de la somme d'argent précisément prévue par la clause pénale, ni plus, ni moins.* » (S. PIMONT, « *Clause pénale* », Rép. dr. civ. (Dalloz), avr. 2010, actualisation : sept. 2019, n°65).

²⁰⁸¹ Fr. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2018, Dalloz, n° 128.193 ; G. CHANTEPIE, « *Contrat : effets – Sanctions de l'inexécution du contrat* », Rép de dr. civ., janv. 2018, actualisation : déc. 2020, n°263.

cas, d'une part, de stipuler une clause expresse et non équivoque en ce sens²⁰⁸² et, d'autre part, de stipuler une telle clause, de manière distincte, pour chaque sanction contractuelle²⁰⁸³. En effet, la clause qui aurait pour seul objet de dispenser le créancier de toute mise en demeure préalable sans mentionner les sanctions contractuelles dont elle facilite la mise en œuvre se risquerait à être jugée équivoque et donc dénuée d'efficacité juridique. Mais cette dispense conventionnelle peut naturellement perdre de son intérêt dans les hypothèses où un autre acte pourrait valoir mise en demeure, à l'instar d'une assignation en justice. On peut aussi citer la dispense conventionnelle de la faculté de remplacement et de destruction de l'article 1222 du Code civil qui reste incertaine tant que la jurisprudence ne s'est pas définitivement prononcée à ce sujet. Comme expliqué précédemment, la jurisprudence était réticente à l'idée d'évincer la mise en demeure même en cas d'urgence contrairement à l'autorisation judiciaire.

En deuxième lieu, dans certaines circonstances, l'assignation peut jouer le même rôle que la mise en demeure, laquelle deviendra alors inutile. En effet, certains auteurs considèrent que selon la nature du contrôle judiciaire exercé ou de l'étendue des pouvoirs judiciaires pour chaque sanction, tantôt de manière *a priori*, tantôt de manière *a posteriori*, la dispense conventionnelle de mise en demeure ne sera pas toujours complètement pertinente²⁰⁸⁴. Dans le premier cas, la dispense serait admise, alors que dans le second cas, elle ne serait pas admise. En réalité, il nous semble que ce n'est pas tant le pouvoir judiciaire de contrôler l'opportunité d'une sanction contractuelle qui devrait déterminer la nécessité d'une mise en demeure préalable, ni le caractère *a priori* ou *a posteriori* du contrôle judiciaire, mais davantage, comme nous l'avons vu, la possibilité pour le débiteur de régulariser l'inexécution qui lui est reprochée et de s'exécuter volontairement, ce qui implique que la sanction contractuelle

²⁰⁸² V. notamment pour la jurisprudence rendue par la Cour de cassation exigeant la stipulation d'une clause de dispense de la mise en demeure de manière expresse et non équivoque : Cass. civ. 1^{ère}, 16 Juin 2021, n° 18-25.320 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 Juin 2021, n° 20-12.154 ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 avr. 2021, n° 19-15.869 ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 Mai 2019, n° 18-13.246 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 Mai 2019, n° 18-13.470 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 Mai 2019, n° 18-13.471 ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 Mars 2019, n° 17-27.102 ; Cass. civ. 1^{ère}, 12 sept. 2018, n° 17-14.991 ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 Juin 2018, n° 17-18.418 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 Mai 2018, n° 17-17.892 ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 Mars 2018, n° 16-28.324 ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2017, n° 16-19.914 ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 Juin 2017, n° 16-18.418 ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 avr. 2016, n° 15-16.076 ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 Juin 2015, n° 14-15.655 ; Cass. com., 31 Mai 2011, n° 10-16.315 ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 févr. 2004, n° 01-02.020 ; Cass. civ. 3^{ème}, 29 juin 1977, n° 76-11.024 ; Cass. civ. 3^{ème}, 25 Juin 1975, n° JurisData : 1975-700008.

²⁰⁸³ F. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2018, Dalloz, n° 214.51 (« Si une telle clause [stipulant que la mise en demeure est accomplie par la seule exigibilité de l'obligation] dispensera le créancier de la mise en demeure préalable à l'action en paiement, elle ne devrait pas, à elle seule, le dispenser de la mise en demeure exigée pour les autres sanctions de l'inexécution : exécution forcée indirecte (art. 1222 : faculté de substitution et de destruction), réduction du prix (art. 1223), résolution (art. 1225 et 1226) ou encore dommages-intérêts (art. 1231). Lorsque la loi l'autorise, cette seconde dispense sera subordonnée à la stipulation d'une seconde clause idoine. »).

²⁰⁸⁴ V. sur le fait que l'assignation en justice ne vaudra mise en demeure que si le contrôle judiciaire de la sanction contractuelle est exercé de manière *a priori* et non de manière *a posteriori* (C. POPINEAU-DEHAULLON, « *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Etude comparative* », thèse, LGDJ, 2006, p. 480). V. aussi dans le même sens : X. LAGARDE, « *Contrats et obligations - Remarques sur l'actualité de la mise en demeure* », JCP, n° 46, 13 nov. 1996, doct. 3974 (« ou bien le juge n'a qu'un pouvoir de vérification des conditions de la sanction en sorte qu'il est tenu de la prononcer si la vérification s'avère concluante, et alors, il revient au créancier d'adresser une mise en demeure préalable à son débiteur ; ou bien, il entre dans l'office du juge, non seulement de vérifier les conditions de la sanction, mais encore de contrôler l'opportunité de son prononcé, ce qui alors rend plus incertain la nécessité d'annoncer cette sanction au débiteur. ») ; O. DESHAYES, « *La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016* », RDC 2019, n°1, p. 29 : « Lorsque le juge a le pouvoir de rejeter la demande et de condamner à la place le débiteur à l'exécution (ce qui est assurément le cas en France en présence d'une demande de résolution judiciaire), il n'est pas aussi logique de soumettre la demande à l'exigence d'une interpellation préalable infructueuse puisque la demande ne fige pas elle-même l'issue du litige. (...) Lorsque, au contraire, le juge n'a pas le pouvoir de préférer l'exécution forcée du contrat à la demande dont il est saisi, la logique voudrait plutôt que l'interpellation soit préalable à la demande en justice puisque cette demande exclut à première vue irrémédiablement l'exécution de l'obligation. ».

choisie par le créancier n'ait pas déjà produit ses effets à l'égard du débiteur. Ce n'est donc pas parce qu'une sanction contractuelle n'est pas soumise au pouvoir du juge de statuer sur son opportunité que l'assignation précédant sa mise en demeure ne peut, en toute hypothèse, valoir mise en demeure. Par exemple, si la réduction unilatérale du prix (art. 1223, alin. 1^{er}, C. civ.) nécessite une mise en demeure préalable, c'est parce que si une assignation en justice était diligentée par le créancier, le débiteur n'aurait en tout état de cause plus la possibilité de régulariser volontairement sa situation, la réduction du prix étant déjà intervenue *ab initio*. A l'inverse, si l'exécution forcée en nature (art. 1221, C. civ.) peut être dispensée de mise en demeure préalable en raison d'une assignation en justice ou de la notification d'une décision de justice, c'est parce que le débiteur peut, malgré une telle assignation ou notification, s'exécuter volontairement jusqu'au rendu de la décision de justice. L'exécution forcée en nature ne déploiera ses effets à l'égard du débiteur qu'à compter de la décision de justice condamnant le débiteur à une telle sanction contractuelle, avant cette date, il peut régulariser l'inexécution contractuelle qui lui est reprochée. Au surplus, si l'on tenait compte des pouvoirs judiciaires de contrôler l'opportunité d'une sanction contractuelle, le fait d'assigner en justice un débiteur en vue de demander au juge de constater l'acquisition d'une clause résolutoire au sens de l'article 1225 du Code civil ne pourrait valoir mise en demeure. Le débiteur ayant été menacé du constat judiciaire de la résolution du contrat par le créancier qui l'a assigné en justice, la résolution a d'ores et déjà produit ses effets. En effet, si le juge constate l'acquisition de la clause résolutoire, c'est qu'elle a déjà, de manière unilatérale, produit ses effets. Est-ce à dire que pour toutes les sanctions imprégnées de l'unilatéralisme l'assignation en justice ne pourra valoir mise en demeure ? Rappelons qu'il ne faut pas perdre à l'esprit qu'initialement avant la loi du 7 avril 1900 le Code civil l'interpellation judiciaire était l'acte par excellence qui valait mise en demeure, cette loi a simplement assoupli cette ancienne exigence en autorisant à ce qu'une sommation puisse à certaines conditions valoir mise en demeure²⁰⁸⁵. L'assignation étant un acte plus grave que la sommation²⁰⁸⁶, celle-ci devrait pouvoir valoir mise en demeure indépendamment des pouvoirs du juge et tant que la sanction contractuelle concernée n'a pas produit ses effets. Certes, la logique voudrait qu'une

²⁰⁸⁵ R.-J. POTHIER, « *Traité des obligations* », 1805, t. 1^{er}, n° 144, p. 97 : « *suivant nos usages, un débiteur n'est censé mis en demeure de donner la chose par lui due, que par une interpellation judiciaire valablement faite, et seulement du jour de cette interpellation.* » ; R.-J. POTHIER, « *Traité des obligations* », 1805, t. 1^{er}, n° 146, p. 98 « *Ordinairement le débiteur ne peut être mis en demeure que par une demande en justice que le créancier forme contre lui, à ce qu'il soit tenu de faire ce qu'il a promis, sinon qu'il soit condamné en des dommages et intérêts.* » ; A. WEILL, « *Dommages et intérêts compensatoires et mise en demeure* », *Revue critique de la législation et de jurisprudence* 1939, p. 265 : « *La loi du 7 avril 1900 qui a modifié l'article 1153 (...) : une demande en justice n'est plus nécessaire pour faire courir les dommages-intérêts en cas d'inexécution d'une obligation de somme d'argent, une simple sommation suffit désormais.* » ; M. PLANIOL, « *Traité élémentaire de droit civil* », 11^{ème} éd., F. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, t. 2, n°276, p. 108 : « *La loi du 7 avril 1900, a fait disparaître l'anomalie injustifiée qu'avait introduite l'art. 1153. D'après le texte nouveau, modifié par elle, la demande en justice n'est plus nécessaire, la simple sommation suffit (...)* ». D'ailleurs, la loi du 9 juillet 1991 va parachever cette œuvre d'assouplissement de la mise en demeure en ajoutant que celle-ci peut résulter d'une simple sommation « *ou d'un autre acte équivalent telle une lettre missive s'il en ressort une interpellation suffisante* ».

²⁰⁸⁶ V. en ce sens : O. DESHAYES, « *La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016* », *RDC* 2019, n°1, p. 29 : « *Qui peut le plus simple (constituer le débiteur en retard par une sommation ou par tout acte portant interpellation suffisante) peut le plus compliqué (constituer le débiteur en retard en l'assignant en justice)* » ; R. DEMOGUE, « *Traité des obligations en général* », t. VI, éd. : A. Rousseau (Paris), 1932, n°235, p. 256 : « *La loi faisant allusion à la sommation comme acte, de mise en demeure, il n'est pas douteux qu'un acte au moins aussi grave que celle-ci emporte mise en demeure. Il en est ainsi de la citation en référé, en conciliation, suivie d'assignation dans le mois et même sans cette condition ou de l'assignation devant le tribunal. Peu importe que l'assignation ne demande pas les dommages-intérêts qui ne sont réclamés que par conclusions postérieures ou que le juge soit incompetent, ou qu'il y ait désistement, péremption ou nullité de forme. Dans tous les cas, il y a volonté certaine de se faire payer.* ».

sanction qui a un caractère unilatéral et extra-judiciaire devrait être soumise à un formalisme venant compenser cette absence d'intervention *a priori* du juge. Il est vrai que le caractère unilatéral d'une sanction constitue un indice permettant d'augurer que l'assignation ne pourra valoir mise en demeure, déjà pour la simple raison que si la sanction contractuelle en cause revêt véritablement un caractère extra-judiciaire, l'assignation en justice ne devrait pas *ab initio* être pertinente. Toutefois, il nous semble que la question est surtout de savoir quand cette sanction unilatérale a produit ses effets (quand bien même ils sont réversibles). La clause résolutoire produit ses effets à compter de la manifestation de volonté du créancier à l'égard du débiteur, la réduction du prix à compter de la notification du débiteur. En revanche, la clause pénale parce qu'elle sous-tend le concours du débiteur, ne peut effectivement produire effet avant la justice ne se soit prononcée. C'est pourquoi nous avons retenu qu'en matière de clauses pénales, l'assignation en justice peut valoir mise en demeure, le débiteur pouvant encore remédier à la mise en œuvre de cette sanction. Cela n'est pas le cas pour la clause résolutoire ou la réduction du prix puisque les effets de la sanction sont déjà acquis, que le créancier n'a pas, pour ce faire, besoin du concours du débiteur et que le créancier a informé le débiteur de son choix s'agissant de la sanction qu'il souhaitait mettre en œuvre.

En troisième et dernier lieu, l'inexécution « *définitive* » qui est certes textuellement prévue uniquement aux articles 1231 et 1231-5 du Code civil, soit en matière de dommages-intérêts et de clauses pénales, devrait pouvoir être généralisée à l'ensemble des sanctions contractuelles soumises à une mise en demeure préalable. En effet, il n'est pas à exclure que la jurisprudence puisse par un raisonnement *a pari* extrapoler ce cas de dispense de mise en demeure à l'ensemble des sanctions contractuelles (exécution forcée, faculté de remplacement, clause résolutoire etc.). Comme le soutient la doctrine, cette généralisation de l'exigence d'une mise en demeure préalable à d'autres sanctions contractuelles pourrait ainsi justifier d'exclure cette formalité en cas d'inexécution « *définitive* » s'agissant par exemple de la résolution unilatérale²⁰⁸⁷ ou de la clause résolutoire²⁰⁸⁸. Les parties pourraient ainsi stipuler qu'elles sont convenues, de manière expresse et non équivoque, de se dispenser de toute mise en demeure préalable en cas d'inexécution « *définitive* » et/ou « *irréversible* » concernant les sanctions contractuelles soumises à une telle formalité préalable au sein des articles du Code civil²⁰⁸⁹.

SECTION II : la clause aménageant la notification

L'exigence d'une notification préalable pour la mise en œuvre²⁰⁹⁰ des sanctions de l'inexécution du contrat. La notification est une formalité qui n'était pas textuellement exigée avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016. Selon le Vocabulaire juridique du Doyen CORNU, la notification est le « *Fait (en général assujetti à certaines*

²⁰⁸⁷ V. en ce sens : C. GRIMALDI, « *Clause résolutoire et résolution unilatérale* », RDC 2018, n°1, p. 71, note de bas de page n° 5. Ce dernier considère qu'aux côtés de l'urgence, il peut être ajoutée une autre cause de dispense à la mise en demeure en matière de résolution unilatérale, en cas d'inexécution « *définitive* » au sens de l'article 1231 du Code civil ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 575. V. aussi CA, Bourges, ch. civ., 10 déc. 2020, n° 19/01122.

²⁰⁸⁸ V. en ce sens : Ch. PAULIN, « *La clause résolutoire* », Thèse, LGDJ, 1996, p. 173, n° 158.

²⁰⁸⁹ V. par exemple pour une recommandation similaire s'agissant de la dispense d'une mise en demeure en cas d'inexécution définitive en matière de clauses résolutoires : Ch. PAULIN, « *La clause résolutoire* », Thèse, LGDJ, 1996, p. 173, n° 158.

²⁰⁹⁰ A. BENABENT, « *Les nouveaux mécanismes* », RDC 2016, n° Hors-série, p. 17 : « *le système mis en place aux articles 1217 et suivants, qui enrichit le droit positif de nouvelles voies à la disposition du créancier, place souvent entre ses mains l'instrument de la notification pour les mettre en œuvre.* ».

formes) de porter à la connaissance d'une personne un fait, un acte ou un projet d'acte qui la concerne individuellement.»²⁰⁹¹. Elle vient du terme latin *notificare* qui signifie «faire connaître». Sous l'influence des Principes Lando et Unidroit²⁰⁹², depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, la notification est expressément prévue pour plusieurs sanctions contractuelles : l'exception pour risque d'inexécution (art. 1220, C. civ.), la réduction du prix (1223, C. civ.) et la résolution unilatérale (art. 1226, C. civ.). L'imposition d'une notification traduit une «véritable conversion à l'unilatéralisme opérée par la réforme au stade des sanctions de l'inexécution»²⁰⁹³, elle permet «de sanctionner l'inexécution du contrat»²⁰⁹⁴. La notification aurait dû également être requise pour certaines sanctions contractuelles extra-judiciaires dès lors que la mise en demeure est éludée²⁰⁹⁵, notamment par voie conventionnelle. Il s'agit du remplacement extra-judiciaire (art. 1222, C. civ.) et de la clause résolutoire (art. 1225, C. civ.). Nous n'aborderons pas le remplacement unilatéral qui textuellement ne prévoit pas l'exigence d'une notification mais seulement d'une mise en demeure²⁰⁹⁶ ; même s'il nous aurait paru pertinent de prévoir une telle notification pour déterminer avec certitude le point de départ de la prise d'effet de cette sanction contractuelle. De même, il convient également d'exclure l'exception d'inexécution de ces futurs développements, laquelle n'est soumise à aucune condition formelle, ni mise en demeure, ni notification, il suffit simplement au créancier «de suspendre matériellement l'exécution.»²⁰⁹⁷. Le cas de la clause résolutoire est plus complexe et mérite qu'on s'y attarde un peu plus longuement. *De lege lata*, la notification n'est plus retenue pour la clause résolutoire au sein de l'article 1225 du Code civil alors que dans sa version antérieure le projet de loi prévoyait qu'elle devait être soumise à une notification préalable. Toutefois, on pourrait penser que la notification relève de l'esprit de ce texte. En ce sens, la jurisprudence imposait clairement une manifestation de volonté pour mettre en œuvre la clause résolutoire²⁰⁹⁸. Toutefois, l'article 1225 du Code civil ne mentionne plus cette formalité, l'ancienne mouture prévoyait un alinéa 3 à l'article 1225 du Code civil selon lequel «la résolution prend effet par la notification qui en est faite au débiteur et à la date de sa réception». Un auteur indiquait d'ailleurs, à juste titre, que c'est cet alinéa qui permettait, en l'état antérieur du texte, d'affirmer qu'«Il n'y a

²⁰⁹¹ G. CORNU, Association H. CAPITANT, «Vocabulaire juridique», PUF, 12^{ème} éd. 2018, «Notification», p. 693.

²⁰⁹² En effet, ces dispositions et principes consacrés par ces réglementations accordent une place de choix à la notification s'agissant par exemple de la résolution par notification (art. 7.3.2 Unidroit, art. 10:303 PDEC) ou de la clause résolutoire (art. 10:309(3), PDEC).

²⁰⁹³ J.-S. BORGHETTI, «Fixation et révision du prix», RDC 2018, n° Hors-série, p. 25, n°12. V. aussi sur l'unilatéralisme consacré par la réforme au sein des sanctions de l'inexécution du contrat (P. GROSSER, «Les sanctions de l'inexécution», Dr. et patr., n° 258, 1^{er} mai 2016). Il est accordé «une place non négligeable aux pouvoirs unilatéraux qui s'expriment» notamment à travers terme de «notification» aux articles 1220, 1223 et 1226 du Code civil (S. CHASSAGNARD-PINET, «Le vocabulaire», RDC 2016, n°3, p. 581, n°12).

²⁰⁹⁴ A. BENABENT, «Les nouveaux mécanismes», RDC 2016, n° Hors-série, p. 17.

²⁰⁹⁵ V. en faveur de cette thèse au sujet de la faculté de remplacement à l'article 1222 du Code civil (J.-F. HAMELIN, «L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant», RDC 2018, n°3, p. 514).

²⁰⁹⁶ Un auteur s'étonne de l'absence de notification préalablement à la faculté de remplacement de l'article 1222 du Code civil. Ce dernier estime qu'il s'agit d'un oubli et que «La puissance de la sanction contraste avec l'ignorance dans laquelle le débiteur est laissé». Ainsi, il propose, à titre d'aménagement conventionnel, «de prévoir que l'exercice du pouvoir tiré de l'article 1222 suppose une notification.» (J.-F. HAMELIN, «L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant», RDC 2018, n°3, p. 514).

²⁰⁹⁷ O. DESHAYES «Exception d'inexécution» Rép. dr. civ. (Daloz), juillet 2018 (actualisation : nov. 2019), n°123 : «L'exception d'inexécution n'est en principe soumise, pour sa mise en œuvre, à aucune condition. Ainsi que nous allons le voir, l'excipiens n'a ni formalité préalable à accomplir, ni demande préalable à former : il lui suffit de suspendre matériellement l'exécution.»

²⁰⁹⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 30 juin 2015, n° 14-16.929 ; Cass. civ., 1^{ère}, 7 juill. 1998, n°96-16.161 ; Cass. com. 21 avr. 1977, D 1977, IR, 487 ; Cass. com. 27 oct. 1953 B, III, n°328, p. 229 ; Cass. req. 8 mai 1901, DP 1903, 1, 409 ; Cass. req. 4 Avr. 1859, DP 1860, 1, 41.

donc pas de résolution « de plein droit », c'est-à-dire « du seul fait de l'inexécution »²⁰⁹⁹. Au surplus, le caractère alternatif de l'article 1229 du Code civil indique plus clairement l'éviction de cette notification en tant que formalité obligatoire s'agissant de la clause résolutoire. En effet, « *La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice.* ». Ainsi, sur les trois alternatives posées, la clause résolutoire est expressément concernée uniquement par la première laquelle prévoit que cette clause prend effet dans les conditions prévues par elle ; l'obligation de notification n'est donc plus exigée. Par le truchement d'un parallèle avec la dichotomie entre la nullité de plein droit et la nullité par notification, on peut affirmer que c'est la clause résolutoire de plein droit qui est ici consacrée et non la clause résolutoire par notification. En effet, contrairement à la nullité par notification, la « *la nullité de plein droit, (...) joue par elle-même sans qu'il soit même nécessaire de l'établir* »²¹⁰⁰. A l'inverse, la nullité par notification joue à compter de la réalisation de la notification. La clause résolutoire de plein droit consacrée par l'article 1225 du Code civil se rapprocherait ainsi de la nullité de plein droit puisqu'elle interviendrait sans notification en cas de dispense de mise en demeure, elle « *résulterait du seul fait de l'inexécution* » ; la date de l'inexécution serait ainsi la date de prise d'effet de cette clause résolutoire, la notification est donc inutile. L'article 1225 du Code civil est donc venu battre en brèche la jurisprudence antérieure précitée²¹⁰¹. Toutefois, les parties peuvent naturellement, et elles le font bien souvent en pratique, imposer le respect d'une notification inhérente à la prise d'effet de cette clause puisque « *La résolution prend effet, (...) dans les conditions prévues par la clause résolutoire* » (art. 1229, C. civ.). Précisons toutefois que dans le cadre de relations contractuelles entre professionnels, un délai de préavis minimum devra être observé lors de la mise en œuvre de la clause résolutoire au risque pour son auteur d'engager sa responsabilité au sens de l'article L. 442-1-II du Code de commerce. Toutefois, l'alinéa 3 de cet article précise que l'imposition d'un tel délai de préavis ne fait pas « *obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations* », dans lequel cas la jurisprudence exige une inexécution présentant un degré de gravité suffisant²¹⁰². Or, la caractérisation de ce degré de gravité n'est ici pas évidente dans la mesure où l'intérêt de la clause résolutoire est précisément de pouvoir résilier le contrat sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'une inexécution suffisamment grave (contrairement aux autres modes de résiliation prévus aux articles 1226 et 1227 du Code civil). De plus, cette appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond²¹⁰³ et le respect de ce préavis étant d'ordre public, aucune clause ne pourrait, en l'absence d'inexécution suffisamment grave, stipuler une résiliation sans préavis²¹⁰⁴. Même si bien entendu rien n'empêche aux parties de définir conventionnellement le manquement grave donnant lieu à une résiliation avec effet

²⁰⁹⁹ P. GROSSER, « *Observations sur l'inexécution du contrat* », in *Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations* (dir. J. Ghestin), LPA 4 sept. 2015, n° 177, p. 78.

²¹⁰⁰ L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « *La nullité par notification en cas de perte de la chose vendue (art. 21 de l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux)* », RDC sept. 2020, n° 3, p. 154. V. aussi : J.Fr. HAMELIN, « *Le caractère judiciaire de la nullité à l'heure de la réforme du droit des contrats* », LPA 9 déc. 2014, n° 245, p. 4.

²¹⁰¹ Cass. civ. 3^{ème}, 30 juin 2015, n° 14-16.929 ; Cass. civ., 1^{ère}, 7 juill. 1998, n°96-16.161 ; Cass. com. 21 avr. 1977, D 1977, IR, 487 ; Cass. com. 27 oct. 1953 B, III, n°328, p. 229 ; Cass. req. 8 mai 1901, DP 1903, 1, 409 ; Cass. req. 4 Avr. 1859, DP 1860, 1, 41.

²¹⁰² Cass. com., 5 juin 2019, n° 17-26.119 ; Cass. com., 1^{er} mars 2017, n° 15-12.785 ; Cass. com., 9 juill. 2013, n° 12-21.001 ; Cass. com., 18 janv. 2011, n° 10-11.611 ; Cass. com., 25 sept. 2007, n° 06-15.517

²¹⁰³ Cass. com. éco et fin., 27 mars 2019, n° 17-16.548.

²¹⁰⁴ Cass. com., 16 déc. 2014, n° 13-21.363 ; Cass. com., 20 mai 2014, n° 13-16.398 ; Cass. com., 25 sept. 2007, n° 06-15.517 : « *il ne peut être fait obstacle aux dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6 I 5 du code de commerce par des clauses permettant une rupture sans préavis dès lors que l'inexécution du contrat n'a pas un degré de gravité suffisant* ». V. aussi : CEPC, avis n° 20-4 du 24 sept. 2020.

immédiat et sans préavis²¹⁰⁵. Il en résulte que dès lors que les parties sont soumises à l'article L. 442-1-II du Code de commerce, la clause résolutoire lors de sa mise en œuvre devra observer un préavis minimum, à moins qu'il puisse être établi un manquement suffisamment grave. Cette précision étant apportée, il nous faut revenir à l'objet de notre développement qui concerne la notification préalable. Comme il a été énoncé précédemment, la clause résolutoire ne nécessite pas textuellement le respect d'une notification préalable à l'article 1225 du Code civil. Partant, la question de l'efficacité d'une clause de dispense conventionnelle de celle-ci ne se pose pas et nous ne l'aborderons pas.

Le formalisme simplifié de la notification préalable. La notification devra répondre à un formalisme particulier. Comme pour le formalisme de la mise en demeure²¹⁰⁶, laquelle n'est « *pas de nature contentieuse* », la notification ne devrait pas nécessairement suivre le formalisme prescrit par les articles 665 à 670-3 du Code de procédure civile. A rebours, celle-ci devrait suivre un formalisme assez souple sur le modèle de la notification de la décision de résiliation du locataire en matière de baux²¹⁰⁷, la notification devrait ainsi pouvoir être réalisée au moyen d'une lettre recommandée avec avis de réception, d'une signification d'huissier ou de la remise en main propre contre récépissé ou émargement. Il semblerait même que la notification puisse être réalisée par courrier électronique en application de l'article 1126 du Code civil dès lors que « *leur destinataire a accepté l'usage de ce moyen* »²¹⁰⁸. Dans ce cas, il serait préférable que le créancier recourt à un courrier électronique avec accusé de réception à des fins de preuve.

La fonction de la notification préalable et sa vocation impérative. Par ailleurs, la notification permet de fixer précisément la date de prise d'effet de la sanction contractuelle mise en œuvre. Elle est distincte de la mise en demeure : « *L'interpellation qui prévient le débiteur de sa défaillance ne doit donc pas être confondue avec la notification par laquelle le créancier met en œuvre unilatéralement la sanction.* »²¹⁰⁹. En revanche, la notification a pour point commun avec la mise en demeure de constituer un acte réceptice²¹¹⁰. Elle relève de la catégorie de ces actes réceptices lesquels sont les « *actes juridiques unilatéraux qui n'existent que par la notification qui en est faite à leur destinataire* »²¹¹¹. La notification est une formalité préalable bien connue par certaines réglementations relatives aux sanctions de l'inexécution du contrat²¹¹², à l'instar de la notification de la résiliation par l'assureur en cas

²¹⁰⁵ Cass. com., 11 sept. 2012, n° 11-23.067 : « *que, par une clause librement convenue entre les parties, le contrat du 30 avril 2004 stipulait expressément qu'en cas de manquement grave, dont il précisait la nature, le contrat pourrait être résilié avec effet immédiat et sans indemnité, par simple notification écrite et retenu que les agissements de la société Dabtech correspondaient à la définition du manquement grave donnée par le contrat, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche que ces constatations et appréciations rendaient inopérante, a légalement justifié sa décision* ».

²¹⁰⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2021, n° 19-20.680 ; Cass. civ. 2^{ème}, 24 janv. 2019, n° 17-28.437 ; Cass. civ. 2^{ème}, 5 nov. 2015, n° 14-25.850.

²¹⁰⁷ V. le formalisme prévu à l'article 15 auquel renvoie l'article 12 de la loi du 6 juillet 1989 n° 89-462.

²¹⁰⁸ V. sur les formes de la notification prévue à l'article 1226 du Code civil : M. FABRE-MAGNAN, « *Droit des obligations – I. Contrat et engagement unilatéral* », 4^{ème} éd. : Thémis droit PUF 2016, p. 745, n° 690.

²¹⁰⁹ B. GRIMONPREZ, « *Mise en demeure* », Rép. dr. civ. (Dalloz), avr. 2017 (actualisation : févr. 2021), n° 61.

²¹¹⁰ J. ROCHFELD, « *Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivisation du droit de l'exécution* », RDC, n°1, p.13, 1^{er} janv. 2006, n°14.

²¹¹¹ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Réceptice* », p. 857.

²¹¹² Au-delà même des sanctions applicables en cas d'inexécution du contrat, il est intéressant de relever la proposition novatrice du projet de réforme du droit des contrats spéciaux consistant à étendre le respect d'une notification préalable à la mise en œuvre de la nullité, laquelle sanctionne l'invalidation du contrat lors de sa formation, on peut nommer cette dernière la nullité par notification. V. art. 21, avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, Association H. CAPITANT, 7 avr. 2020, p. 21 : « *Si, au moment de la conclusion de la promesse ou de la vente, le bien avait perdu tout ou partie de ses utilités, l'acheteur qui établit qu'il n'aurait pas*

d'aggravation du risque pour le contrat²¹¹³, de la notification du licenciement d'un salarié²¹¹⁴, de la notification de la résiliation du bail par le locataire²¹¹⁵ ou encore de la résiliation par le consommateur du contrat en cas de non-respect du délai de livraison par le professionnel²¹¹⁶. Dans ces différentes hypothèses, la notification a un double effet : d'une part, un effet extinctif, elle formalise la volonté de rompre de l'assureur/employeur/locataire/consommateur le contrat et, d'autre part, un effet créateur en faisant courir le point de départ du délai de préavis de résiliation²¹¹⁷. Aussi, la résolution par notification en cas de contravention essentielle prévue en matière de vente internationale remplit cet effet extinctif²¹¹⁸. La notification conditionne ainsi la prise d'effet de la sanction contractuelle « *qui joue automatiquement* »²¹¹⁹ et marque le point de départ de l'ultime délai avant sa mise en œuvre. A la différence de la mise en demeure, ce délai n'a pas pour objet de laisser au débiteur une dernière chance de s'exécuter ou de régulariser l'inexécution qui lui est reprochée ; ici la décision du créancier est prise, la sanction contractuelle va produire son effet. Contrairement au délai de préavis lequel permet au débiteur d'organiser les conséquences de son inexécution avant la mise en œuvre effective de la sanction contractuelle²¹²⁰, il s'agit ici d'un simple délai d'information du débiteur et celle-ci doit intervenir « *dans les meilleurs délais* » pour que la sanction extra-judiciaire qu'elle encadre soit mise en œuvre de façon régulière. A la différence de la mise en demeure, qui est supplétive de volonté, la notification à l'aune du droit français est obligatoire²¹²¹ et, de manière générale, ne devrait pas pouvoir faire l'objet de dispense conventionnelle en son principe (ce que nous démontrerons pour chaque sanction contractuelle). En effet, écarter conventionnellement la notification reviendrait à tronquer son double effet extinctif et créateur, essentiel à la mise en œuvre de la sanction contractuelle, sans quoi la sanction ne pourrait produire ses effets²¹²². Se prévaloir de la mise en œuvre d'une sanction contractuelle en supprimant dans le même temps la formalité nécessaire à sa prise d'effet n'aurait en effet guère de sens. Le débiteur ne serait pas informé de la volonté du créancier de recourir à une sanction contractuelle qui, en tout état de cause, ne pourrait courir. La notification devrait donc constituer une formalité impérative sur le fondement de l'article 1104 du Code civil, cette dernière « *relève de l'obligation d'exécution de bonne foi et de*

acheté ou qu'il aurait acheté à des conditions substantiellement différentes, peut annuler le contrat par voie de notification. ». V. aussi sur ce point : L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « *La nullité par notification en cas de perte de la chose vendue (art. 21 de l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux)* », RDC sept. 2020, n° 3, p. 154.

²¹¹³ Art. 113-4, C. des ass.

²¹¹⁴ Art. 1232-6 du Code du travail.

²¹¹⁵ V. la notification prévue à l'article 15 auquel renvoie l'article 12 de la loi du 6 juillet 1989 n° 89-462.

²¹¹⁶ Art. L 216-2, C. conso.

²¹¹⁷ V. sur ce point concernant la rupture du contrat de travail : A. FABRE, « *Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – droit commun – Étapes de la procédure* », Rép. dr. tr., avr. 2020, n° 98 et 100.

²¹¹⁸ Art. 26, Conv. des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises.

²¹¹⁹ S. BERNHEIM-DESVAUX « *Droit de la consommation - Plaidoyer en faveur d'un renforcement des sanctions civiles en droit de la consommation Partie 2 : Approche prospective des sanctions civiles* », CCC n° 2, févr. 2019, étude 2, n° 9.

²¹²⁰ V. par exemple sur ce point concernant la résiliation unilatérale par notification : L. AYNES, « *Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives* », Dr. et patr., Lamy, 2004, p. 67.

²¹²¹ De la même manière, en droit allemand, la notification est obligatoire notamment concernant la résolution ou la réduction du prix en matière de contrat de vente et d'entreprise sur le fondement de la *Nachfrist*. En revanche, sous l'empire du droit anglais et québécois la notification est facultative bien qu'elle puisse en pratique être couramment utilisée (C. POPINEAU-DEHAULLON, « *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Etude comparative* », thèse, LGDJ, 2006, p. 487 à 490).

²¹²² Or, pour ce qui concerne la résolution du contrat, l'article 1229 du Code civil indique clairement que « *La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice.* ». Ainsi, dès lors que le créancier choisit la voie de la résolution unilatérale par notification, cette formalité est nécessaire à la prise d'effet de la résolution et sa date de réception par le débiteur marque la date de la prise d'effet de la résolution.

collaboration entre les parties »²¹²³, elle « *répond au besoin d'information du partenaire contractuel et de constat de la volonté de son auteur de rompre* »²¹²⁴. D'ailleurs, en ce sens, la Cour de cassation a pu spécialement en matière de résiliation unilatérale exiger le respect de la transmission d'une notification au débiteur même en cas de stipulation d'une dispense de préavis de rupture²¹²⁵. Si la mise en demeure est « *une des manifestations les plus emblématiques* » de la bonne foi du créancier²¹²⁶, la notification constitue quant à elle assurément son noyau dur impératif et indérogeable, c'est le minimum de collaboration qu'un débiteur puisse attendre son co-contractant. Elle est intimement liée au devoir de coopération qui est « *l'expression d'un minimum de loyauté entre les parties consistant à prendre en considération l'intérêt de son cocontractant, à lui faciliter les choses* »²¹²⁷ et de coopération puisque « *une des conséquences de l'idée de collaboration entre les contractants est l'obligation pour chacun d'avertir l'autre en cours de contrat, des événements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution du contrat* »²¹²⁸. Pour reconnaître cette portée impérative à la notification les juges pourraient ainsi rattacher cette dernière à l'article 1104 du Code civil mais aussi à l'article 1112-1 du Code civil revêtant chacun un caractère d'ordre public. Le rattachement au premier article devrait pouvoir être effectué sans grande difficulté. En revanche, le rattachement au second article relatif à une obligation d'information pré-contractuelle sous-entend d'étendre son champ d'application au stade de l'exécution du contrat. Si telle en est la volonté des juges, cela ne devrait pas poser de difficulté particulière, la doctrine²¹²⁹ comme la jurisprudence²¹³⁰ reconnaissent déjà que l'obligation d'information peut apparaître dans la phase d'exécution du contrat. Partant, les juges pourraient non seulement rattacher l'obligation de notification à l'article 1104 mais aussi à l'article 1112-1 du Code civil. Toutefois, cette vocation d'ordre public de la notification, que nous soutenons, devrait être admise toutes les fois où aucune autre formalité ne pourrait remplir la même fonction, à l'instar de la mise en demeure²¹³¹. En effet, comme évoqué, la mise en demeure se distingue de la notification notamment en raison de l'objectif du délai que chacune de ces formalités contient. Le délai de la première constitue un délai d'information avant la prise d'effet de la sanction contractuelle alors que la seconde constitue un délai de régularisation durant lequel la prise d'effet de la sanction contractuelle n'est pas assurée. Néanmoins, ces

²¹²³ C. POPINEAU-DEHAULLON, « *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Étude comparative* », thèse, LGDJ, 2006, p. 491.

²¹²⁴ J. ROCHFELD, « *Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivisation du droit de l'exécution* », RDC, n°1, p.13, 1^{er} janv. 2006, n°14. V. aussi : Y.-M. LAITHIER, « *Les sanctions de l'inexécution du contrat* », RDC 2016, n° Hors-série, p. 39 : « *La notification sert au minimum à informer le débiteur d'une décision prise par le créancier* ».

²¹²⁵ Cass. com., 26 nov. 2003, n° 02-10.391.

²¹²⁶ R. LIBCHABER, « *Rôle effectif et concevable de la mise en demeure* », RDC juin 2021, n°2, p. 36.

²¹²⁷ Y. PICOD, « *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat* », thèse, LGDJ, 1988, n°85.

²¹²⁸ R. DEMOGUE, « *Traité des obligations en général* », t. VI, éd. : A. Rousseau (Paris), 1932, n°29, p. 38.

²¹²⁹ V. notamment sur ce point : C. CHABAS, « *L'inexécution licite du contrat* », Thèse, LGDJ, 2002, n°416 à 427 ; M. FABRE-MAGNAN, « *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie générale* », thèse, LGDJ, 1992, n° 438 et s. ; R. DEMOGUE, « *Traité des obligations en général* », t. VI, éd. : A. Rousseau (Paris), 1932, n°29, p. 38.

²¹³⁰ V. notamment la jurisprudence citée par le Professeur MESTRE : J. MESTRE, « *Deux exemples intéressants d'obligation d'information au stade de l'exécution du contrat* », RTD civ. 1997, p. 930 ; J. MESTRE, « *Un bel exemple d'obligation de renseignement dans l'exécution du contrat* », RTD civ. 1996. 393.

²¹³¹ En effet, que ce soit l'article 1220, 1223 ou 1226 du Code civil, aucun ne précise que la notification « *dans tous les cas* » ou « *en tout état de cause* », c'est-à-dire même si une clause de dispense de mise en demeure a été stipulée. En ce sens, sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations, le Professeur GROSSER concernant l'ancien alinéa 3 de l'article 1225 recommandait que le texte se contente « *d'exiger une telle notification « dans tous les cas », c'est-à-dire même lorsque la clause résolutoire a écarté la formalité de la mise en demeure.* ». Ce dernier préconisait ce même ajout concernant la résolution par notification de l'article 1226 du Code civil (P. GROSSER, « *Observations sur l'inexécution du contrat* », in *Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations* (dir. J. Ghestin), LPA 4 sept. 2015, n° 177, p. 78).

deux formalités ont pour point commun de constituer des actes réceptices²¹³². Il est donc possible qu'une même formalité puisse remplir à la fois les conditions de la mise en demeure et celles de la notification²¹³³ de sorte qu'un même *instrumentum* puisse porter à la fois mise en demeure et notification²¹³⁴. Celle-ci devra à la fois mentionner un délai de régularisation et, à défaut d'une telle régularisation, un délai d'information courant à compter de l'expiration du premier délai. De ce fait, lorsque les juges seront amenés à analyser la clause de dispense de notification, pour reconnaître celle-ci comme illicite, ils devront avoir préalablement recherché si aucun autre acte ou formalité n'aurait pu valoir notification. A défaut, ils pourraient donc juger cette clause illicite et la réputer non écrite. Un auteur a mis en exergue les questions que posent les trois notifications des articles 1220, 1223 et 1226 du Code civil, notamment en ce qui concerne la possibilité de les aménager conventionnellement, voire de les exclure²¹³⁵. Aussi, cette portée impérative de la notification nous semble devoir être confirmée ou infirmée au cas par cas pour chaque sanction contractuelle concernée par cette formalité, à savoir, l'exception pour risque d'inexécution (art. 1220, C. civ.)(**Paragraphe I**), la réduction du prix (1223, C. civ.)(**Paragraphe II**) et la résolution unilatérale (art. 1226, C. civ.)(**Paragraphe III**). Dans le cadre de ces développements, il reste une question qui est de savoir si l'assignation en justice peut valoir notification. Si l'on considère que l'assignation en justice peut parfois être le pendant de la mise en demeure, il faut alors admettre que le pendant de la notification est le jugement rendu et non l'assignation en justice²¹³⁶. Partant, il n'est donc pas pertinent d'aborder ici l'incidence de l'assignation en justice sur la notification, ces deux formalités étant distinctes et décorréées l'une de l'autre.

Paragraphe I : la clause facilitant la notification préalable à la

²¹³² V. en ce sens au sujet de la notification prévue à l'article 1220 du Code civil : O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 545.

²¹³³ C. POPINEAU-DEHAULLON, « Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Étude comparative », thèse, LGDJ, 2006, p. 491.

²¹³⁴ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 576, v. sous note 463. V. aussi : B. GRIMONPREZ, « Mise en demeure », Rép. dr. civ. (Dalloz), avr. 2017 (actualisation : févr. 2021), n° 66 : « l'avertissement du débiteur et la notification de la résolution sont deux actes unilatéraux distincts. On peut néanmoins concevoir qu'ils se réalisent simultanément, sur le même support instrumentaire » ; spécialement sur l'article 1226 du Code civil : B. GRIMONPREZ, « Mise en demeure », Rép. dr. civ. (Dalloz), avr. 2017 (actualisation : févr. 2021), n° 69 : « Il va sans dire que l'acte par lequel le créancier prévient le débiteur de la sanction qui le menace est nécessairement distinct de celui par lequel il lui notifie la rupture ». V. aussi sur les avantages d'inclure la notification de la résolution unilatérale dans l'acte de mise en demeure : Y.-M. LAITHIER, « Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat », Thèse, L.G.D.J 2004, p. 288, n° 206.

²¹³⁵ A. BENABENT, « Les nouveaux mécanismes », RDC 2016, n° Hors-série, p. 17 : « Au-delà des questions particulières à chaque cas, ces trois notifications peuvent susciter des questions communes, en particulier quant à la valeur des clauses qui pourraient en aménager ou encadrer à l'avance l'exercice (quant à leur forme, à leur délai, à leur motivation) ou même aller plus loin, en fermant leur possibilité. ». A ces questions, l'auteur répond que « À première vue, ces clauses ne sont pas intrinsèquement illicites, mais il leur faudra éviter tout à la fois les écueils des clauses abusives (dans les contrats de consommation), du déséquilibre significatif (dans les contrats d'adhésion et les conditions générales : art. 1171) et de la « limite Chronopost » (consacrée à l'article 1170 nouveau). ».

²¹³⁶ C. POPINEAU-DEHAULLON, « Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Étude comparative », thèse, LGDJ, 2006, p. 485. V. aussi : C. LACHIEZE, « Droit des contrats », 4^{ème} éd., ellipses, n°607 : celui-ci établi un parallèle entre la notification prévue par l'article 1226 du Code civil et le rendu d'une décision de justice, selon lui la notification « évite au créancier d'avoir à attendre la décision du juge pour mettre fin à ses relations avec le débiteur défaillant et lui permet donc de conclure au plus tôt un nouveau contrat avec un tiers. ».

mise en œuvre de l'exception pour risque d'inexécution (art. 1220, C. civ.)

Le caractère obligatoire de la notification. Initialement, l'exception pour risque d'inexécution était déjà prévue par les principes Lando et Unidroits²¹³⁷, lesquels ont vraisemblablement influencé le législateur lors de la rédaction de l'article 1220 du Code civil. Cet article prévoit que la suspension de l'obligation « *doit être notifiée dans les meilleurs délais.* ». A la différence des mécanismes des articles 1613 et 1653 du Code civil exigeant une « *mise en demeure de faire cesser le trouble* »²¹³⁸ pouvant être satisfaite par la fourniture d'une caution, aucune mise en demeure n'est requise pour l'article 1220 du Code civil sinon une simple notification. Il en va d'ailleurs de même en matière de vente internationale où une partie est autorisée, à certaines conditions et de manière anticipée, à différer l'exécution de ses obligations et, dans ce cas, « *doit adresser immédiatement une notification à cet effet à l'autre partie* »²¹³⁹. Une question importante se pose de savoir quelle sanction doit-on appliquer si la notification prévue à l'article 1220 du Code civil fait défaut ou est tardive ? Le texte est muet sur ce point. La doctrine n'a pas manqué de relever cette carence textuelle et de présenter les deux principales voies possibles, à savoir, l'engagement de la responsabilité du créancier ou la déchéance de l'exception pour risque d'inexécution²¹⁴⁰. Il apparaît que la majorité des auteurs sont favorables à ce que la voie indemnitaire triomphe sur la déchéance du droit d'invoquer l'exception pour risque d'inexécution dès lors qu'il existe un préjudice consécutif à la notification tardive ou inexistante²¹⁴¹. Il est vrai que ni le texte, ni le rapport remis au président de la République valide cette position doctrinale. Relevons tout de même que ledit rapport considère que l'article 1220 du Code civil nécessitait d'être « *plus encadré que l'exception d'inexécution* », c'est cette formalité qui a permis d'encadrer davantage cette sanction contractuelle ainsi que son adoption par le législateur. Ce qui sous-entend que la notification participe à un encadrement particulier de celle-ci. Mais la notification en principe nécessite l'application de sanctions particulières. Classiquement, le défaut de notification entraîne l'inopposabilité de la sanction contractuelle, c'est un élément *ad opposabilitatem*. Ainsi, la cession de créance si elle n'est pas notifiée au débiteur ne peut lui être opposable (1324, C. civ.), de même, dans d'autres hypothèses, la sanction de l'absence de notification est l'inopposabilité à l'instar de celle prévue en matière de cessions de créance réalisées dans le cadre d'une fiducie²¹⁴², de cessions de droits portant sur un bien indivis pour l'exercice du droit de préemption des coindivisaires²¹⁴³ ou encore d'opposabilité du nantissement de

²¹³⁷ Art. 10.201(2), PDEC, art. 7.1.3(2), Unidroit.

²¹³⁸ F. PARAISO, « *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle* », Aix-en-Provence, PUAM, 2011, p. 235, n°361

²¹³⁹ Art. 71, Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (aussi appelé *Convention de Vienne*), 11 Avr. 1980.

²¹⁴⁰ D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 5^{ème} éd., 2021, éd. Bruylant, collection paradigme, n° 948 ; M. STORCK, JCl. Notarial Répertoire, Art. 1219 et 1220, Fasc. unique « *Contrat. – Inexécution du contrat. – Exception d'inexécution* », 4 mai 2017, n° 69.

²¹⁴¹ G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n°631 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 545. ; J.-D. BRETZNER, « *Contrats et obligations - Les conditions de l'exception d'inexécution par anticipation* », JCP G., n° 39, 26 sept. 2016, 999. ; F. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2018, Dalloz, n° 128.62 ; A.-S. CHONE-GRIMALDI, sous Article 1223, in Douville T. (dir.), « *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article* », 2^e éd., 2018, Gualino, p. 221 ; O. DESHAYES « *Exception d'inexécution* » Rép. dr. civ. (Dalloz), juill. 2018, n°130.

²¹⁴² Art. 2018-2, C. civ.

²¹⁴³ Art. 815-14 à 815-16 et 815-18, C. civ.

créances²¹⁴⁴. Citons encore l'article L. 143-2 du Code de commerce lequel dispose que « *Le propriétaire qui poursuit la résiliation du bail de l'immeuble dans lequel s'exploite un fonds de commerce grevé d'inscriptions doit notifier sa demande aux créanciers antérieurement inscrits, au domicile élu par eux dans leurs inscriptions.* ». Cette notification devant être effectuée à l'égard des créanciers inscrits qui n'est pas d'ordre public²¹⁴⁵ entraîne, si celle-ci fait défaut, l'inopposabilité de plein droit de la résiliation à leur égard²¹⁴⁶. Dans ces quelques exemples, la sanction de l'inopposabilité a été retenue car elle concerne des situations particulières où cette dernière vise à atteindre des tiers au contrat et non les parties elles-mêmes. Lorsqu'il s'agit uniquement du rapport entre les parties, le pendant de la sanction de l'inopposabilité en cas de défaut de notification devrait être la nullité. En effet, on sait que la différence entre la nullité et l'inopposabilité est ténue et se limite à l'étendue des effets de cette dernière²¹⁴⁷, « *La différence réside dans les effets : en cas d'inopposabilité, l'irrégularité de l'acte n'affecte pas les relations entre les parties en ce sens que seuls les tiers ou certains d'entre eux pourront l'ignorer* »²¹⁴⁸. Par conséquent, dans une relation exclusivement *inter partes*, la transposition de l'inopposabilité impliquerait que l'une des parties ait le droit d'ignorer l'acte accompli, ce qui revient à prononcer la nullité de celui-ci, donc du droit d'invoquer l'exception pour risque d'inexécution. La sanction de la nullité serait ainsi privilégiée, ce qui ferait de la notification une condition *ad validitatem* de la mise en œuvre de l'exception pour risque d'inexécution. Par exemple, dans le cas où la notification est requise dans le cadre d'une relation *inter partes*, la jurisprudence a pu juger que la notification de la décision de résiliation d'un bail rural par le preneur était une règle obligatoire et même d'ordre public²¹⁴⁹. En effet, la Cour d'appel affirme que « *l'article L. 411-65 du code rural, texte d'ordre public, imposant la notification de la résiliation par lettre recommandée avec accusé de réception 12 mois à l'avance* ». Bien qu'elle ne mentionne pas son caractère d'ordre public, la Cour d'appel de Toulouse a pu également adopter une formulation assez proche s'agissant de l'exception pour risque d'inexécution en affirmant que « *l'article 1220 du Code civil (...) impose une notification dans les meilleurs délais* »²¹⁵⁰. Au surplus, citons l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier lequel prévoit que « *Tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel, qu'un établissement de crédit ou une société de financement consent à une entreprise, ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours* ». La Cour de cassation a clairement affirmé le caractère obligatoire et d'ordre public de cette notification écrite sans laquelle la décision d'interruption ou de réduction ne peut produire effet²¹⁵¹. On peut donc penser que la notification est une formalité obligatoire²¹⁵² inhérente à la validité du droit d'invoquer l'article 1220 du Code civil.

²¹⁴⁴ Art. 2362 et 2363, C. civ.

²¹⁴⁵ CA, Paris, 14 oct. 1998, *D. Affaires* 1999. 113, obs. Y. R.

²¹⁴⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 12 juill. 2006, n° 05-14.396

²¹⁴⁷ Entre la nullité et l'inopposabilité « *il y a seulement une différence de principe et non pas une différence absolue – une différence d'étendue et non pas une différence de nature* » (R. JAPIOT, « *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle* », thèse, 1909, Rousseau, p. 35).

²¹⁴⁸ Y. PICOD, « *Nullité* », *Rép. dr. civ.* (Dalloz), juill. 2019, n° 17.

²¹⁴⁹ CA, Versailles, 14^{ème} ch., 31 janv. 2019, n° 18/05211 ; CA, Grenoble, ch. soc., 15 sept. 1997, n° JurisData : 1997-047278.

²¹⁵⁰ CA, Toulouse, 2^{ème} ch., 19 mai 2021, n° 17/05589.

²¹⁵¹ Cass. com., 2 mars 2010, n° 09-10.435 ; Cass. com., 22 mai 2002, n° 00-16.571 ; Cass. com., 10 juin 1997, n° 95-14.966 ; Cass. com., 19 févr. 1991, n° 89-14.825.

²¹⁵² V. toutefois la distinction entre la notification « *constitutive* » lorsque celle-ci « *est nécessaire à la réalisation des effets juridiques attachés à son objet.* » et la notification « *autonome* » lorsqu'elle « *ne porte que sur un fait et ne participe pas à sa perfection.* ». Partant, cet auteur considère que « *Si la notification constitutive est toujours facultative, certaines notifications autonomes peuvent être rendues obligatoires par la loi.* » (G. CERQUEIRA, « *Technique contractuelle - Les clauses de communication* », CCC n° 5, Mai 2021, dossier 11, n° 4).

Le caractère d'ordre public de la notification. Son éventuel caractère d'ordre public ne semble pas emporter les faveurs de la doctrine qui penche davantage pour reconnaître un caractère supplétif à l'article 1220 du Code civil²¹⁵³. Cependant, ces auteurs précisent qu'il est possible d'aménager « *les conditions ou les effets* » de l'exception pour risque d'inexécution en mentionnant seulement que « *le régime de la notification pourrait être précisé* »²¹⁵⁴ ou que « *les parties devraient pouvoir écarter ou aménager cette sanction anticipée* »²¹⁵⁵. A aucun moment ces derniers n'envisagent la possibilité d'écarter conventionnellement la notification de l'exception pour risque d'inexécution afin de l'aligner sur l'absence de formalisme prévu pour l'exception d'inexécution à l'article 1219 du Code civil. Il est difficile de prévoir ce que la jurisprudence décidera sur ce point. Pour l'heure, comme démontré, la jurisprudence considère la notification comme une obligation ce qui ne l'empêcherait pas de reconnaître plus encore son caractère d'ordre public en se rattachant à l'obligation de collaboration et de bonne foi²¹⁵⁶.

Paragraphe II : la clause facilitant la notification préalable à la mise en œuvre de la réduction du prix (art. 1223, C. civ.)

Le caractère obligatoire de la notification. Comme l'exception pour risque d'inexécution, la réduction du prix a été consacrée par les principes Lando²¹⁵⁷, les PDEC art. 9:401, l'avant-projet Gandolfi (art. 113), le Cadre commun de référence (PCCR, art. III 3.601), lesquels ont nettement influencé le législateur lors de la rédaction de l'article 1223 du Code civil. Cet article prévoit deux hypothèses de réduction du prix soit, le créancier a déjà payé le prix et il peut demander la réduction du prix au juge (alinéa 2), soit le créancier n'a pas encore payé le prix et il peut notifier au débiteur sa décision de réduire le prix (alinéa 1^{er}). S'agissant de la première hypothèse de réduction du prix, il devrait être possible d'aménager l'alinéa 2 de l'article 1223 du Code civil lorsque le créancier a déjà payé le prix²¹⁵⁸. Celui-ci consisterait à faciliter la mise en œuvre de la réduction du prix sans demander une quelconque autorisation au juge mais en prévoyant l'exercice unilatéral de la réduction du prix. En effet, le texte semble expressément autoriser cette clause et dispose que « *à défaut d'accord entre les parties, il peut demander au juge la réduction de prix.* ». Une clause qui viendrait imposer une réduction du prix par voie de notification alors même que le prix a déjà été payé devrait pouvoir constituer cet « *accord entre les parties* ». Surtout, s'agissant de la seconde

²¹⁵³ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 546 ; F. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2018, Dalloz, n° 128.62.

²¹⁵⁴ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 546.

²¹⁵⁵ F. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2018, Dalloz, n° 128.62.

²¹⁵⁶ C. POPINEAU-DEHAULLON, « *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Étude comparative* », thèse, LGDJ, 2006, p. 491 ; J. ROCHFELD, « *Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivisation du droit de l'exécution* », RDC, n°1, p.13, 1^{er} janv. 2006, n° 14.

²¹⁵⁷ Art. 10.401, PDEC.

²¹⁵⁸ S. BERNHEIM-DESVAUX « *Droit de la consommation - Plaidoyer en faveur d'un renforcement des sanctions civiles en droit de la consommation Partie 2 : Approche prospective des sanctions civiles* », CCC n° 2, févr. 2019, étude 2, n° 9, v. sous note 50 ; H. BARBIER, « *L'exécution et la sortie du contrat* », RDC 2018, n° Hors-série, p. 40 ; F.-X. LICARI, « *Contrat. Inexécution du contrat. Réduction de prix* », JCl. Civil Code, Art. 1223, fasc. unique, 2018, n° 27.

hypothèse de réduction du prix, la doctrine semble admettre qu'il soit possible d'aménager les conditions de forme du mécanisme de la réduction du prix²¹⁵⁹. Cela pourrait inclure la possibilité d'exclure la notification préalable à la réduction du prix, cependant, cette hypothèse n'est pas évoquée par ces auteurs. Il semble que la doctrine se soit peu intéressée à la clause qui aurait pour objet d'exclure cette formalité préalable. Or, il existe bien une « obligation de notification du créancier qui n'a pas encore payé »²¹⁶⁰, il existe une obligation légale posée par l'article 1223 du Code civil et non une faculté. Ce caractère obligatoire de la notification ressort d'ailleurs des travaux préparatoires de l'ordonnance du 10 février 2016²¹⁶¹. Cette formalité constitue « une ouverture pour le juge afin de pondérer les intérêts en présence et tempérer la brutalité de ces prérogatives. »²¹⁶², la notification participe ainsi à ériger un formalisme protecteur préservant le débiteur de la brutalité de la décision du créancier. En effet, « On concevrait mal en effet que l'une des parties tire les conséquences juridiques du comportement de son cocontractant sans l'en avertir. »²¹⁶³. Il nous semble toutefois que la vocation obligatoire (et impérative) de cette notification devrait être rattachée à la bonne foi contractuelle au visa de l'article 1104 du Code civil. En effet, un auteur s'est particulièrement intéressé à cette clause et semble s'orienter vers cette voie. Celui-ci affirme : « Mais plutôt que d'organiser la notification, est-il licite de la supprimer ? Le caractère a priori supplétif des textes peut le laisser penser. Toutefois, n'est-ce pas reculer pour mieux sauter ? Après tout, celui qui exerce un pouvoir unilatéral prend seul une décision qui affecte son cocontractant et doit, de ce fait, l'en informer à un moment ou à un autre... »²¹⁶⁴. Un autre auteur établit un lien inextricable entre l'exercice de la prérogative unilatérale prévue à l'article 1223 du Code civil et le respect d'une notification préalable à l'égard du débiteur. C'est ainsi que celui-ci affirme qu'« On concevrait mal en effet que l'une des parties tire les conséquences juridiques du comportement de son cocontractant sans l'en avertir. Ainsi, les nouveaux textes prévoient de manière abondante l'obligation pour le créancier d'informer son débiteur, sous formes de notification ou mises en demeure. Compte tenu de l'esprit de la réforme, celles-ci occupent un rôle majeur dans le nouveau droit des contrats. On l'a dit, le développement de ces modalités d'information est le corollaire de l'accroissement des pouvoirs des parties et en particulier de leurs prérogatives unilatérales. Il est ainsi à prévoir que les juges se montrent strictes dans le respect de ces exigences. »²¹⁶⁵.

Le caractère d'ordre public de la notification. La notification répond à un besoin impérieux d'information du débiteur et constitue le corollaire intangible de la mise en œuvre de la réduction du prix exercée de manière unilatérale et extra-judiciaire. Comme nous

²¹⁵⁹ Fr. CHENEDE, « Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives », 2018, Dalloz, 128.152 ; Fr. CHENEDE, « La réduction du prix », RDC 2017, n° 03, p. 571, n° 8 et n° 15 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 566 ; F.-X. LICARI, « Contrat. Inexécution du contrat. Réduction de prix », JCl. Civil Code, Art. 1223, fasc. unique, 2018, n° 27 ; A. AYNES, « Accroissement du pouvoir de la volonté individuelle », in L'inexécution des contrats, Dr. et patr., n° 259, juin 2016.

²¹⁶⁰ B. MERCADAL, « Réforme du droit des contrats », 2016, Francis Lefebvre, n° 714. V. aussi : A. AYNES, « Accroissement du pouvoir de la volonté individuelle », in L'inexécution des contrats, Dr. et patr., n° 259, juin 2016 : « Bien entendu, il sera toujours nécessaire que le créancier notifie sa décision au débiteur, afin que celui-ci soit informé de la modification intervenue (C. civ., art. 1223, al. 2). ».

²¹⁶¹ Rapport parlementaire, 7 févr. 2018, S. HOULIE : « Le créancier doit ensuite notifier à son débiteur, dans les meilleurs délais, sa décision de réduire le prix, s'il n'a pas encore payé. ».

²¹⁶² M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », RDC 2016, n° 2, p. 400.

²¹⁶³ Au sujet de l'article 1223 du Code civil : B. MATHIEU, « Droit commun des contrats - Le nouveau droit de l'inexécution du contrat en pratique Quelques conjectures », JCP E et aff. n° 11, 14 mars 2019, 1126, n° 10.

²¹⁶⁴ J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », RDC 2018, n°3, p. 514.

²¹⁶⁵ B. MATHIEU, « Droit commun des contrats - Le nouveau droit de l'inexécution du contrat en pratique Quelques conjectures », JCP E et aff. n° 11, 14 mars 2019, 1126, n° 10.

entendons le soutenir, c'est bien le rattachement à la bonne foi contractuelle qui pourrait permettre de consacrer la vocation impérative de cette formalité. Au surplus, on voit mal comment la réduction du prix pourrait induire un quelconque effet juridique à l'égard du débiteur dès lors qu'on considère que la notification remplace le jugement²¹⁶⁶, il s'agirait alors d'une simple intention de réduire le prix sans qu'aucun événement ne puisse effectivement permettre de réaliser celle-ci. Plus qu'une simple entorse, il y aurait là une véritable privation du principe d'interdiction de se faire justice soi-même, la réduction du prix étant réalisée et produisant effet sans même que le débiteur en soit informé, on peut affirmer dans ce cas que le créancier se ferait justice lui-même. La reconnaissance de ce caractère impératif à la notification nous semble ainsi indispensable.

Paragraphe III : la clause facilitant la notification préalable à la mise en œuvre de la résiliation unilatérale (art. 1226, C. civ.)

Le caractère obligatoire de la notification. La résolution unilatérale est assortie d'une mise en demeure et d'une « *formalité délai-supplémentaire* »²¹⁶⁷. La notification, est un mécanisme amplement inspiré du modèle de *Nachfrist* allemand²¹⁶⁸. Avant d'aborder la question de la vocation d'ordre public que pourrait endosser la notification, il convient de déterminer s'il s'agit d'une obligation légale ou d'une simple faculté pour le créancier. Tout d'abord, relevons que pour ce qui concerne la résolution du contrat, l'article 1229 du Code civil indique clairement que « *La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice.* ». Ainsi, dès lors que le créancier choisit la voie de la résolution unilatérale par notification, cette formalité est nécessaire à la prise d'effet de la résolution et sa date de réception par le débiteur marque la date de la prise d'effet de la résolution. En effet, « *lorsque le juge est saisi à la suite d'une résolution unilatérale, on peut penser qu'il ne prononce pas la résolution. Celle-ci interviendrait en effet par la notification adressée au débiteur.* »²¹⁶⁹. Si « *la résolution unilatérale produit ses effets dès la notification* »²¹⁷⁰, celle-ci permet, de ce fait, de savoir si le contrat peut être ressuscité ou non ; si la résiliation unilatérale « *n'a pas produit ses effets, le juge peut ordonner la poursuite des relations contractuelles* »²¹⁷¹, en revanche, si « *la décision du créancier a déjà produit ses effets, il est (...) peu probable que la convention puisse être judiciairement ressuscitée* »²¹⁷². Aussi, la notification permet au créancier de ne pas attendre la décision du juge pour mettre fin à la relation contractuelle et conclure avec un autre contractant²¹⁷³. Mais la notification prévue par l'article 1229 du Code civil est-elle une obligation légale que le créancier doit respecter ? *A priori*, la lecture de cet article pourrait laisser penser que la notification en matière de résolution unilatérale n'est pas nécessaire étant donné que « *La résolution prend effet, selon les cas, (...) soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le*

²¹⁶⁶ C. POPINEAU-DEHAULLON, « *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Étude comparative* », thèse, LGDJ, 2006, p. 485.

²¹⁶⁷ S.-K. MYOUNG, « *La formalité délai-supplémentaire dans la résolution du contrat* », in Études offerte à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^{ème} siècle, p. 703.

²¹⁶⁸ T. GENICON, « *La résolution du contrat pour inexécution* », Thèse L.G.D.J, 2007, n° 615.

²¹⁶⁹ Ph. NEISS, « *Le juge des référés et la résolution du contrat* », LPA 18 nov. 2010, n° 230, p. 3.

²¹⁷⁰ D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 5^{ème} éd., 2021, éd. Bruylant, collection paradigme, n° 990-2.

²¹⁷¹ D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 5^{ème} éd., 2021, éd. Bruylant, collection paradigme, n° 992.

²¹⁷² D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 5^{ème} éd., 2021, éd. Bruylant, collection paradigme, n° 992.

²¹⁷³ C. LACHIEZE, « *Droit des contrats* », 4^{ème} éd., ellipses, n°607.

créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice. ». Ainsi, au regard de cette rédaction, on pourrait être tenté de croire que l'assignation en justice postérieure à la résolution unilatérale peut venir compenser l'absence de notification préalable. Une telle hypothèse ferait que le caractère obligatoire de la notification préalable serait nettement entamé. La difficulté étant de savoir si le syntagme « *ou, à défaut,* » concerne les trois alternatives prévues par l'article 1229 du Code civil (c'est-à-dire la clause résolutoire, la résiliation unilatérale et la résolution judiciaire) ou se limite à la dernière alternative relative à la résolution judiciaire. Il nous semble que ce syntagme concerne uniquement la résolution judiciaire, la doctrine ne s'y est pas trompée et confirme cette lecture de l'article 1229 du Code civil²¹⁷⁴. De surcroît, la fixation de la date de prise d'effet de la résolution à celle fixée par le juge ou, à défaut, celle du jour de l'assignation en justice par l'article 1229 du Code civil vient opportunément mettre fin à un débat prétorien portant sur la date de prise d'effet de la résolution judiciaire²¹⁷⁵. Par conséquent, cet article 1229 du Code civil ne vient en rien poser une dérogation possible à la notification qui est obligatoire en matière de résolution unilatérale. Certains juges du fond confirment le caractère consubstantiel de la notification et de la prise d'effet de la résolution au sens de l'article 1226 du Code civil ; selon ces derniers « *la résiliation est acquise à la date de sa notification, la sanction de la rupture injustifiée étant régie par les règles de la responsabilité contractuelle.* »²¹⁷⁶. L'article 8 de la loi du 16 février 2015, habilitant le Gouvernement par voie d'ordonnance à prendre certaines mesures nécessaires pour réformer le droit des contrats, insiste sur le fait que la résolution unilatérale requiert une notification préalable²¹⁷⁷. Comme l'affirment plusieurs auteurs²¹⁷⁸, la notification est une obligation légale pour le créancier, il ne s'agit pas d'un acte formel facultatif ; c'est également ce qui semble ressortir du rapport remis au président de la

²¹⁷⁴ V. notamment en ce sens : D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 5^{ème} éd., 2021, éd. Bruylant, collection paradigme, n° 1007-1 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 11^{ème} éd., 2020, n° 561 ; B. FAGES, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 10^{ème} éd., 2020, n° 313 ; A. BENABENT, « *Droit des obligations* », L.G.D.J. préc. domat droit privé, 18^{ème} éd., 2019, n° 400 ; A. ETIENNEY, JCI Contrats – Distribution, fasc. n° 175 : Extinction du contrat – Les causes, 10 janv. 2019 (mis à jour le 5 juill. 2021), n°166 ; Fr. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2018, Dalloz, 128.221 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 586 ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n° 668.

²¹⁷⁵ En effet, la jurisprudence n'était d'une grande clarté sur le jour de la prise d'effet de la résolution judiciaire ; la date où le débiteur a cessé d'exécuter ses obligations contractuelles (Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1963, Gaz. pal. 1963, 2, 388), dès l'origine de l'exécution imparfaite ou de l'absence d'exécution (Cass. civ. 3^{ème}, 30 avr. 2003, n° 01-14.890), celle où les deux parties ont cessé de respecter le contrat (Cass. civ. 1^{ère}, 1996, n° 93-21.728) ou encore celle du prononcée de la décision (Cass. civ. 3^{ème}, 31 mai 2006, n° 05-18.214 ; Cass. civ. 3^{ème}, 13 mai 1998, n° 96-18.358 ; Cass. civ. 3^{ème}, 26 mai 1983, Bull. civ. III, n° 124). Toutefois, la résolution judiciaire ne prend pas nécessairement effet à la date de la décision qui la prononce (Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} oct. 2008, n° 07-15.338).

²¹⁷⁶ TGI Paris, 3^e ch. 3^e sect., 23 mars 2018, n° 15/18773 ; TGI Paris, 3^e ch. 1^{re} sect., 16 nov. 2017, n° 16/06303.

²¹⁷⁷ Art 8, 8^o, loi 16 févr. 2015, n° 2015-177 : « *le Gouvernement est autorisé à (...) Regrouper les règles applicables à l'inexécution du contrat et introduire la possibilité d'une résolution unilatérale par notification* ». En ce sens, le Professeur GROSSER affirme que « *La mise en œuvre de la résolution unilatérale est donc assez strictement encadrée. Il serait par conséquent souhaitable d'assouplir ce cadre en autorisant en cas d'urgence une résolution immédiate, c'est-à-dire sans mise en demeure et délai supplémentaire. La loi d'habilitation ne l'interdit pas, dès lors que l'exigence d'une notification serait maintenue.* ». Ce dernier met donc en avant la nécessité que la résiliation unilatérale impose une notification préalable à sa prise d'effet (P. GROSSER, « *Observations sur l'inexécution du contrat* », in *Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations* (dir. J. Ghestin), LPA 4 sept. 2015, n° 177, p. 78).

²¹⁷⁸ Le créancier « *doit « notifier » au débiteur la résolution du contrat.* » (B. MERCADAL, « *Réforme du droit des contrats* », 2016, Francis Lefebvre, n° 730) ; « *Pour que la résolution prenne effet, elle doit en outre faire l'objet d'une notification exposant les motifs de celle-ci.* » (C. PIZARRO-WILSON, « *Les remèdes à l'inexécution contractuelle dans la réforme du droit des contrats en France : regard d'un juriste chilien* », RDC 2015, n° 3, p. 706).

République²¹⁷⁹. On peut également penser que le défaut de notification pourra avoir les mêmes conséquences que la résolution irrégulière en cas de défaut d'établissement d'un élément de fond de la résiliation unilatérale, à l'instar du caractère suffisamment grave de la rupture²¹⁸⁰. Dans ce cas, comme le défaut de cette condition de fond, le défaut d'une condition de forme, en l'occurrence, la notification, devrait autoriser les juges à maintenir l'exécution du contrat et à priver d'effet la résiliation unilatérale de l'article 1226 du Code civil. Le juge des référés pourrait également ordonner la poursuite du contrat en attendant que le juge du fond se prononce²¹⁸¹ dès lors que la résiliation unilatérale a été mise en œuvre de manière irrégulière²¹⁸². De même, cette sanction de la déchéance du droit d'agir en résolution du contrat est également prévue de *lege ferenda* par les textes Unidroits et Landö en cas de défaut de notification dans un délai raisonnable par le créancier²¹⁸³. *A fortiori*, l'absence totale de notification devrait également emporter déchéance du droit d'agir en résolution unilatérale du contrat. En ce sens, un arrêt rendu le 8 mars 2021 par la Cour d'appel de Colmar concernant l'article 1226 du Code civil (bien que celui-ci n'était pas applicable aux faits de l'espèce)²¹⁸⁴ affirme que « *la résiliation est acquise à la date de sa notification et s'impose au juge* ». Partant, à défaut de notification, la résiliation ne s'impose pas au juge lequel peut exiger le maintien et l'exécution forcée du contrat. D'ailleurs, l'absence de communication de la lettre de notification de la résiliation unilatérale par une partie a privé d'effet son action en résolution, puisque cette absence de transmission de la notification « *ne permettant pas à la cour de connaître les motifs invoqués (...) Il ne peut donc qu'être considéré qu'elle ne pouvait résoudre le contrat* »²¹⁸⁵.

Le caractère d'ordre public de la notification. S'agit-il à présent d'une formalité pouvant revêtir un caractère d'ordre public ? Certains auteurs en doctrine sont partagés sur la question de savoir si les conditions de la résiliation unilatérale peuvent faire l'objet d'aménagements contractuels²¹⁸⁶, d'autres y sont favorables²¹⁸⁷ là ou encore d'autres y sont hostiles²¹⁸⁸. La

²¹⁷⁹ 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 : « *un formalisme protecteur est imposé, puisque la notification de la résolution doit être précédée d'une mise en demeure du débiteur de s'exécuter dans un délai raisonnable* ».

²¹⁸⁰ Cass. com., 29 janv. 2013, n° 11-28.576 ; Cass. com., 18 nov. 2008, n° 07-20.304 ; CA, Paris, 14 déc. 2016, n° 14/14207.

²¹⁸¹ En ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 2001, RTD civ. 2001, 590, obs. J. Mestre et B. Fages ; CA, Paris, 28 janv. 2009, RTD, civ. 2009, 529 obs. B. Fages ; CA, Aix, 22 janv. 2004, RTD, civ. 2004, 731, obs. J. Mestre et B. Fages. En revanche, le juge des référés ne pourrait pas même si la résiliation est parfaitement fondée prononcée la résolution du contrat, pouvoir qui relève de la compétence des juges du fond (Cass. soc., 13 mai 2003, 01-17.452 ; Cass. civ. 3^{ème}, 2 avr. 2003, n° 01-14.774 ; Cass. civ. 3^{ème}, 19 févr. 2003, n° 01-16.991).

²¹⁸² Cass. com., 28 nov. 2006, n° 04-20.734.

²¹⁸³ Art. 9.303(2), PDEC, art. 7.3.2(2), Unidroit. Les commentateurs des PDEC reconnaissent que « *La condition de notification permettra au débiteur d'éviter tout préjudice dû à l'incertitude quant à savoir si le créancier acceptera l'exécution. Elle empêche en même temps le créancier de spéculer sur une hausse ou une baisse de la valeur de l'exécution au détriment du débiteur.* ».

²¹⁸⁴ CA, Colmar, 1^{ère} ch. civ., sect. A, 8 mars 2021, n° 18/05107. V. aussi dans le même sens : CA, Colmar, 1^{ère} ch. civ., sect. A, 31 mai 2021, n° 19/00154.

²¹⁸⁵ CA, Douai, 2^{ème} ch., 2^{ème} sect., 18 juin 2020, n° 19/01938.

²¹⁸⁶ G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n°656.

²¹⁸⁷ N. HAGE-CHAHINE, « *Résolution – Résiliation* », Rép. dr. civ., févr. 2021, n° 108 ; A. BENABENT, « *Droit des obligations* », L.G.D.J préc. domat droit privé, 18^{ème} éd., 2019, n° 392 : « *Rien ne paraît interdire aux parties d'aménager le régime légal, soit pour écarter ou encadrer toute possibilité de résolution unilatérale, soit à l'inverse pour l'ouvrir même en l'absence de faute grave ou de mise en demeure.* ».

²¹⁸⁸ Fr. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2018, Dalloz, 128.193 : « *En déclarant l'article 1226 supplétif de volonté, la Chancellerie a vraisemblablement souhaité permettre aux parties de renoncer à la voie (plus souple) de la résolution par notification au profit de la voie (plus sûr) de la résolution judiciaire, et non les autoriser à écarter par avance*

notification nous semble être d'ordre public sur le fondement de la bonne foi contractuelle, c'est ce que pourrait, selon nous, sous-entendre le Professeur LAITHIER pour qui « *La notification sert au minimum à informer le débiteur d'une décision prise par le créancier. Son rôle est plus fondamental dans la résolution par notification puisque, comme son nom l'indique, l'une n'existe pas sans l'autre.* »²¹⁸⁹. De même, comme le soulignait déjà le Professeur GENICON, une telle notification précédant la mise en œuvre de la résiliation unilatérale qui ne serait pas « *assortie d'une sanction particulière* » serait inutile et n'apporterait rien de plus « *lorsque le créancier est de toute façon décidé à se débarrasser de son débiteur.* »²¹⁹⁰. Enfin, le Professeur LAITHIER mettait également en exergue la vocation impérative et fondamentale de la notification pour deux raisons : « *d'une part, pour éviter que le débiteur laissé dans l'ignorance n'effectue inutilement des dépenses en vue d'accomplir une prestation que le créancier sera en droit de refuser, d'autre part, pour empêcher celui-ci de spéculer sur une hausse ou une baisse de la valeur de l'exécution au détriment du débiteur* »²¹⁹¹. Ainsi, la notification est indispensable pour la protection et l'information du débiteur. La jurisprudence a pu reconnaître que la résolution unilatérale n'est pas valable car le bailleur avait sommé le débiteur de s'exécuter, mais ne lui avait pas notifié la résolution du contrat après avoir constaté son inexécution définitive²¹⁹². La Cour d'appel de Riom au sujet de l'article 1226 du Code civil a pu également invalider la résiliation unilatérale d'un contrat pour défaut de notification. En l'espèce, « *M. M. s'est limité, dans sa lettre du 22 juin 2016, à avertir la société adverse qu'il provoquerait cette résolution, à défaut d'obtenir satisfaction ; il ne justifie pas avoir notifié en définitive à la société COMETIK sa décision de mettre fin à leurs relations contractuelles.* »²¹⁹³. Partant, la demande de résiliation n'était pas fondée et ne pouvait être admise par les juges. Comme démontré pour l'article 1220 du Code civil, la notification en principe nécessite d'appliquer des sanctions particulières. Classiquement, le défaut de notification entraîne l'inopposabilité de la sanction contractuelle, c'est un élément *ad opposabilitatem*. Ainsi, la cession de créance si elle n'est pas notifiée au débiteur ne peut lui être opposable (1324, C. civ.), de même, dans d'autres hypothèses, la sanction de l'absence de notification est l'inopposabilité à l'instar de celle prévue en matière de cessions de créance réalisées dans le cadre d'une fiducie²¹⁹⁴, de cessions de droits portant sur un bien indivis pour l'exercice du droit de préemption des coindivisaires²¹⁹⁵ ou encore d'opposabilité du nantissement de créances²¹⁹⁶. Citons encore l'article L 143-2 du Code de commerce lequel dispose que « *Le propriétaire qui poursuit la résiliation du bail de l'immeuble dans lequel s'exploite un fonds de commerce grevé d'inscriptions doit notifier sa demande aux créanciers antérieurement inscrits, au domicile élu par eux dans leurs inscriptions.* ». Cette notification devant être effectuée à l'égard des créanciers inscrits qui n'est pas d'ordre public²¹⁹⁷ entraîne, si celle-ci fait défaut, l'inopposabilité de plein droit de la résiliation à leur égard²¹⁹⁸. Dans ces

les conditions de mise en œuvre de la résolution extrajudiciaire ». Certains auteurs se montrent dubitatifs sur la validité de la dispense de mise en demeure « *cette dispense est admise en matière de clause résolutoire mais la résolution par notification couvrant un spectre de défaillances bien moins précis, une dispense conventionnelle peut paraître plus dangereuse.* », on peut penser que la dispense de notification serait encore plus grave à leur yeux même si ces auteurs ne se prononcent pas expressément sur cette question (P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 11^{ème} éd., 2020, n° 551).

²¹⁸⁹ Y.-M. LAITHIER, « *Les sanctions de l'inexécution du contrat* », RDC 2016, n° Hors-série, p. 39.

²¹⁹⁰ T. GENICON, « *La résolution du contrat pour inexécution* », Thèse L.G.D.J., 2007, n° 615.

²¹⁹¹ Y.-M. LAITHIER, « *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat* », Thèse, L.G.D.J. 2004, p. 288, n° 207.

²¹⁹² TGI, Angers, 17 mai 2018, n° 18/00202.

²¹⁹³ CA, Riom, 3^{ème} ch. civ. et com. réunies, 15 janv. 2020, n° 18/01627.

²¹⁹⁴ Art. 2018-2, C. civ.

²¹⁹⁵ Art. 815-14 à 815-16 et 815-18, C. civ.

²¹⁹⁶ Art. 2362 et 2363, C. civ.

²¹⁹⁷ CA, Paris, 14 oct. 1998, *D. Affaires* 1999. 113, obs. Y. R.

²¹⁹⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 12 juill. 2006, n° 05-14.396

quelques exemples, la sanction de l'inopposabilité a été retenue car elle concerne des situations particulières où cette dernière vise à atteindre des tiers au contrat et non les parties elles-mêmes. Lorsqu'il s'agit uniquement du rapport entre les parties, le pendant de la sanction de l'inopposabilité en cas de défaut de notification devrait être la nullité. En effet, on sait que la différence entre la nullité et l'inopposabilité est ténue et se limite à l'étendue des effets de cette dernière²¹⁹⁹, « *La différence réside dans les effets : en cas d'inopposabilité, l'irrégularité de l'acte n'affecte pas les relations entre les parties en ce sens que seuls les tiers ou certains d'entre eux pourront l'ignorer* »²²⁰⁰. Par conséquent, dans une relation exclusivement *inter partes*, la transposition de l'inopposabilité impliquerait que l'une des parties ait le droit d'ignorer l'acte accompli, ce qui revient à prononcer la nullité de celui-ci, donc du droit d'invoquer la résiliation par notification. La sanction de la nullité serait ainsi privilégiée, ce qui ferait de la notification une condition *ad validitatem* de la mise en œuvre de la résiliation unilatérale. Par exemple, dans le cas où la notification est requise dans le cadre d'une relation *inter partes*, la jurisprudence a pu juger que la notification de la décision de résiliation d'un bail rural par le preneur était une règle obligatoire et même d'ordre public²²⁰¹. En effet, la Cour d'appel affirme que « *l'article L. 411-65 du code rural, texte d'ordre public, imposant la notification de la résiliation par lettre recommandée avec accusé de réception 12 mois à l'avance* ». Puis, à encore plus forte raison que l'article 1220 du Code civil, l'analogie avec l'article L. 313-12 du Code monétaire et financier peut être établie à l'égard de l'article 1226 du Code civil²²⁰². Cet article dispose que « *Tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel, qu'un établissement de crédit ou une société de financement consent à une entreprise, ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours.* ». Or, la jurisprudence écarte clairement la possibilité d'être dispensé conventionnellement de l'acte formel de notification, cet acte est obligatoire et revêt un caractère d'ordre public²²⁰³.

SECTION III : la clause aménageant l'obligation de motivation

Définition de l'obligation de motivation. Qu'est-ce qu'au juste cette obligation de motivation ? Et que signifie motiver ? Selon le Vocabulaire juridique du Doyen CORNU, la

²¹⁹⁹ Entre la nullité et l'inopposabilité « *il y a seulement une différence de principe et non pas une différence absolue – une différence d'étendue et non pas une différence de nature* » (R. JAPIOT, « *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle* », thèse, 1909, Rousseau, p. 35).

²²⁰⁰ Y. PICOD, « *Nullité* », Rép. dr. civ. (Dalloz), juill. 2019, n° 17.

²²⁰¹ CA, Versailles, 14^{ème} ch., 31 janv. 2019, n° 18/05211 ; CA, Grenoble, ch. soc., 15 sept. 1997, n° JurisData : 1997-047278.

²²⁰² V. sur ce point : L. AYNES, « *Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives* », Dr. et patr., Lamy, 2004, p. 67.

²²⁰³ Cass. com., 2 mars 2010, n° 09-10.435 ; Cass. com., 22 mai 2002, n° 00-16.571 ; Cass. com., 10 juin 1997, n° 95-14.966 ; Cass. com., 19 févr. 1991, n° 89-14.825 : « *si, lorsque le comportement du bénéficiaire du crédit est gravement répréhensible, la banque est dispensée de respecter un préavis avant d'interrompre son concours, elle n'en reste pas moins tenue, même dans ce cas, de notifier préalablement par écrit sa décision* ». V. aussi : Cass. com., 18 mars 2014, n° 12-29.583 ; Cass. com., 26 nov. 2003, n° 02-10.391 ; CA, Rennes, 3^{ème} ch. com., 8 juin 2021, n° 18/02815 ; CA, Aix-en-Provence, 11^{ème} ch. B, 9 nov. 2018, n° 16/15373 ; CA, Pau, 2^{ème} ch., 1^{ère} sect., 27 sept. 2018, n° 16/02122. V. en ce sens : F. GRUA, JCl. Civil Code, Art. 1382 et 1386, Fasc. 335-20 « *Banquier. – Responsabilité en matière de services. – Service du crédit* », 29 juill. 2011 (mis à jour : 25 nov. 2019), n° 79.

motivation est « l'ensemble des motifs d'un jugement ou d'une décision »²²⁰⁴, quant à eux, les motifs sont le « fondement », la « cause de justification », la « raison de principe ou de circonstances invoquée pour justifier une décision ou un comportement »²²⁰⁵. La motivation serait ainsi la justification qu'apporterait le créancier pour avoir mis en œuvre une prérogative unilatérale, à l'image d'un plaideur qui serait en situation de devoir prouver les faits nécessaires au succès de ses prétentions (art. 9 CPC). Dans un second sens, assez proche, les motifs peuvent également être la « raison de fait ou de droit qui commande la décision »²²⁰⁶ à l'image des motifs exposés par le juge avant son dispositif (art. 455, CPC). Dans sa première acception, motiver désignerait la justification apportée par le créancier dans le but de convaincre le débiteur du bien-fondé de sa décision alors que dans sa seconde acception motiver signifierait exposer ou expliquer les éléments ayant donné lieu à la décision du créancier. Il semble que la doctrine préfère cette seconde acception. Le Professeur LOKIEC soutient que si toute décision de pouvoir doit être motivée « motiver n'est pas justifier et l'obligation de motivation n'impose qu'une obligation d'expliquer, d'expliquer la décision »²²⁰⁷. De même, pour le Professeur AYNES, motiver c'est « rendre intelligible l'acte unilatéral », c'est « parler, expliquer (...) permettre au destinataire d'accéder à la compréhension - qui n'est pas nécessairement approbation - ; et, de ce fait, échapper à la brutalité de l'arbitraire. »²²⁰⁸. De manière plus exigeante, le Professeur REVET soulève que la simple présentation des motifs d'un acte unilatéral ne suffit pas à contenter l'exigence de motivation, « encore faut-il qu'ils soient énoncés et mis en rapport avec la décision qu'ils ont (ou qu'ils sont censés avoir) déterminée, cette relation étant de causalité, sinon de nécessité. »²²⁰⁹. Il faudrait donc en plus de la justification ou de l'explication des raisons qui sous-tendent la décision du créancier qu'une relation de causalité ou de nécessité soit établie entre les motifs exposés et la décision prise. Le Code civil se garde bien d'avaliser telle ou telle définition de la motivation, de sorte que cette question n'est pour l'heure pas tranchée et, qu'à défaut d'être expressément exclue, l'ensemble de ces définitions devraient pouvoir être admises. Partant, l'obligation de motivation est une notion polysémique, à laquelle il ne peut être assigné une définition univoque et péremptoire.

Reconnaissance progressive de l'obligation de motivation en droit des contrats. Avant l'ordonnance du 10 février 2016, l'obligation de motivation n'était pas, de manière générale, imposée en droit des contrats dès lors qu'il s'agissait de contrats « égalitaires » soumis au droit commun des contrats, c'est-à-dire conclus dans le cadre d'une relation égalitaire entre les parties²²¹⁰. L'obligation de motivation était et est « un mécanisme encore très rarement utilisé en droit commun des contrats »²²¹¹. Avant la réforme du droit des contrats, la doctrine lui avait accordé une certaine place²²¹², en particulier dès lors qu'un acte unilatéral était à

²²⁰⁴ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « Vocabulaire juridique », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « Motivation », p. 671.

²²⁰⁵ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « Vocabulaire juridique », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « Motif », p. 670.

²²⁰⁶ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « Vocabulaire juridique », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « Motif », p. 670.

²²⁰⁷ P. LOKIEC, « Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels », LGDJ, 2004, n° 353.

²²⁰⁸ L. AYNES, « Motivation et justification », RDC 2004, n° 2, p. 555.

²²⁰⁹ Th. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », RDC 2004, n°2, p. 579.

²²¹⁰ Th. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », RDC 2004, n°2, p. 579, n° 9. Ainsi, il convenait d'opérer une *summa divisio* entre, d'une part, les contrats égalitaires pouvant être soumis à une obligation de motivation et, d'autre part, ceux inégalitaires ne pouvant pas être soumis à une telle exigence.

²²¹¹ M. FABRE-MAGNAN, « Droit des obligations – 1. Contrat et engagement unilatéral », 4^{ème} éd. : Thémis droit PUF 2016, p. 744, n° 690.

²²¹² V. par ex. sur l'obligation de motivation et la résiliation unilatérale : Th. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre

même de surprendre son destinataire²²¹³, sans pour autant que cette obligation en matière de résiliation soit suivie par la jurisprudence. En effet, en droit civil, la jurisprudence s'est montrée particulièrement hostile à l'exigence d'une telle obligation de motivation en cas de résiliation unilatérale du contrat²²¹⁴. Il existait naturellement des arguments en faveur et en défaveur de l'introduction de l'obligation de motivation en droit des contrats²²¹⁵. Cependant, cela n'a pas empêché le législateur d'intervenir ponctuellement pour introduire une telle exigence dans certaines situations particulières. L'obligation de motivation a pu être imposée au sein de certaines réglementations spéciales. Par exemple, l'employeur doit indiquer, dans la lettre de notification de licenciement, les motifs de sa décision prise à l'égard du salarié (art. L. 1232-6 C. du tr. et L. 1235-2 C. du tr.), en matière de bail à usage d'habitation, le bailleur doit lorsqu'il donne congé à son locataire indiquer un motif de rupture « *légitime et sérieux* » (art. 15-I., loi 6 juill. 1989, n° 89-462), en droit des sociétés, le gérant d'une SARL peut être révoqué que moyennant un « *juste motif* » sous peine de donner lieu à des dommages-intérêts (art. L. 223-25, C. de com.) ou encore le fournisseur de véhicules automobiles doit pour bénéficier d'une exemption indiquer les « *raisons objectives et transparentes* » de sa décision de résiliation d'un accord vertical (règlement n° 1400/2002 31 juill. 2002, art. 3-4). Ainsi, il ressortait de ces réglementations une sorte de devoir de transparence, ou mieux de « *devoir de parole, de dialogue, dans certaines situations* »²²¹⁶, du créancier à l'égard du débiteur lequel n'a pas suffi à justifier la consécration d'une obligation généralisée de motivation en particulier s'agissant de la résolution unilatérale²²¹⁷. En effet, il était reproché à cette dernière d'être facilement contournable « *par une motivation mensongère, incomplète ou imprécise* »²²¹⁸. Cette problématique s'était d'ailleurs posée en dehors du droit commun des contrats (certes en des termes différents) en droit du travail concernant la prise d'acte d'un salarié. Même si pendant un temps la jurisprudence semblait ambiguë à ce sujet²²¹⁹, elle a fini par décider que cet acte unilatéral du salarié n'était pas soumis à une obligation de motivation²²²⁰. En matière de contrats commerciaux (concession, franchise etc.), malgré quelques hésitations²²²¹, la jurisprudence n'a pas imposé d'obligation de motivation en cas de résiliation du contrat²²²², à moins que la relation contractuelle établie soit déséquilibrée²²²³. Il reste qu'en matière d'agrément stipulé dans un contrat de concession,

partie », RDC 2004, p. 579 ; S. AMRANI-MEKKI, « *La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée* », Defrénois 2003, p. 369 et s. et n° 39 et s. ; v. de manière plus générale sur l'obligation de motivation : X. LAGARDE, « *La motivation des actes juridiques* », in *La motivation*, Travaux de l'association Henri Capitant, LGDJ, 2000, p. 73 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, « *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie générale* », thèse, LGDJ, 1992, p. 301.

²²¹³ L. AYNES, « *Motivation et justification* », RDC 2004, n° 2, p. 555.

²²¹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-19.736 ; Cass. civ. 3^{ème}, 3 avr. 2001, n° 99-18.442.

²²¹⁵ G. HELLERINGER, « *Les clauses du contrat* », Thèse, 2010, n°430 à 437. Sur les clauses de pouvoir v. n° 343 et s. En particulier pour ce que Madame HELLERINGER dénomme les « *clauses de pouvoir* » relatives aux incidents qui peuvent émailler la relation contractuelle.

²²¹⁶ L. AYNES, « *Motivation et justification* », RDC 2004, n° 2, p. 555.

²²¹⁷ Y.-M. LAITHIER, « *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat* », Thèse, L.G.D.J 2004, p. 289, n° 207

²²¹⁸ Y.-M. LAITHIER, « *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat* », Thèse, L.G.D.J 2004, p. 288, n° 207. V. aussi dans le même sens : T. GENICON, « *La résolution du contrat pour inexécution* », Thèse L.G.D.J, 2007, n° 615.

²²¹⁹ Cass. soc., 19 oct. 2004, n° 02-45.742.

²²²⁰ Cass. soc., 29 juin 2005, n° 03-42.804. V. notamment sur ce point : F. GEA, « *Prise d'acte de la rupture – La prise d'acte, rupture de droit* », Rép. dr. du trav., juill. 2019 (actualisation : juin 2020), n° 64.

²²²¹ Cass. com., 20 janv. 1998, n° 96-18.353.

²²²² Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-19.736 ; Cass. com., 20 juin 2006, n° 04-15.785 ; Cass. civ. 3^{ème}, 3 avr. 2001, n° 99-18.442. V. notamment en ce sens : N. DISSAUX, « *Centrales et groupements d'achat et de référencement – Relations internes* », Rép. dr. com., juin 2016, n°141.

²²²³ M. FABRE-MAGNAN, « *Droit des obligations – I. Contrat et engagement unilatéral* », 4^{ème} éd. : Thémis droit PUF 2016, p. 301 ; M. FABRE-MAGNAN, « *Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la*

dès lors que le contrat est conclu expressément *intuitu personae*, il a pu être décidé par la Cour de cassation d'imposer une obligation de motivation²²²⁴. On voit donc bien la prudence avec laquelle l'obligation de motivation progresse en droit positif et il est patent que les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 étaient animés par cette même retenue. En effet, « *Le législateur n'a fait qu'un usage parcimonieux de l'obligation de motivation.* »²²²⁵, « *qu'une application ponctuelle.* » de celle-ci²²²⁶. Au total, sur l'ensemble des articles prévus par cette ordonnance, l'obligation de motivation n'a été consacrée qu'en matière de fixation unilatérale du prix aux articles 1164 et 1165 du Code civil et de résolution unilatérale du contrat à l'article 1226 du Code civil. On constate ainsi la prégnance de cette obligation de motivation décrite parfois comme découlant du solidarisme contractuel²²²⁷ en cas d'exercice d'une prérogative unilatérale²²²⁸. C'est l'article 1226 du Code civil qui retiendra notre attention lors de nos futurs développements.

Finalités et fonctions de l'obligation de motivation. L'article 1226 du Code civil impose au créancier, malgré l'envoi d'une mise en demeure préalable, en cas d'inexécution persistante du débiteur de lui notifier sa décision de résoudre unilatéralement le contrat et « *les raisons qui la motivent.* ». Une véritable obligation de motivation en cas de résolution unilatérale est donc établie. La doctrine, avant l'ordonnance du 10 février 2016, avait déjà parfaitement conscience de l'utilité de l'obligation de motivation, selon le Professeur AYNES celle-ci remplissait une « *double fonction* » elle permettait au créancier de communiquer au débiteur « *les raisons de celui-ci, lui permettant d'en percevoir la rationalité, de le comprendre - c'est-à-dire de l'accepter intellectuellement - et de mesurer quelle résistance il peut lui opposer.* ». Plus encore, à l'égard du créancier « *elle évite l'impulsion, l'obligeant à formuler, c'est-à-dire à poser devant lui, à rendre objectives, partant à juger, les causes de sa décision. Elle l'oblige à se dédoubler et à se mettre, ne serait-ce qu'un instant, à la place du destinataire de son acte.* »²²²⁹. La Professeur CHABAS ajoutait qu' « *une telle exigence de motivation faciliterait la charge de la preuve d'un abus de droit de l'auteur de la rupture* »²²³⁰. Il ressort ainsi que la motivation poursuit une finalité informative et probatoire à l'égard du débiteur et une finalité dissuasive à l'égard du créancier. Depuis l'ordonnance du 10 février 2016 et avec l'introduction de l'article 1226 du Code civil, la doctrine adopte une conception similaire de l'obligation de motivation, ses utilités et finalités n'ont pas variées. Elle permet au créancier de prendre conscience « *de la nécessité de disposer de motifs sérieux pour mettre unilatéralement fin à la relation contractuelle* » et au débiteur « *de déterminer s'il dispose des arguments nécessaires pour contester cette résolution, le cas échéant en saisissant le*

rupture des contrats de dépendance économique », RDC 2004, p. 573 ; D. MAZEAUD, « *Unilatéralisme et motivation en droit des contrats* », Recueil Dalloz, 2001, p. 3237 ; Ph. LAURENT, « *La bonne foi et l'abus du droit de résilier unilatéralement les contrats de concession* », LPA 8 mars 2000, n° 48, p. 6 ; Cass. com., 20 janv. 1998, n° 96-18.353 : Recueil Dalloz 1998, p. 413, note Ch. Jamin ; Th. REVET, « *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie* », RDC 2004, p. 579 ; D. MAZEAUD, « *La protection par le droit commun des contrats* », in Les clauses abusives entre professionnels, Economica, 1998, p. 35.

²²²⁴ Cass. com., 2 juill. 2002, n° 01-12.685.

²²²⁵ M. LATINA, « *Contrat : généralités – Principes directeurs du droit des contrats* », Rép. dr. civ., mai 2017 (actualisation : févr. 2020), n°104.

²²²⁶ Y.-M. LAITHIER, « *Les sanctions de l'inexécution du contrat* », RDC 2016, n° Hors-série, p. 39.

²²²⁷ Ch. JAMIN, « *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel* », Mélanges Ghestin : LGDJ 2001, p. 441.

²²²⁸ Th. REVET, « *L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie* », RDC 2004, n°2, p. 579 ; Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, « *L'unilatéralisme et le droit des obligations* », Economica, coll. Études juridiques, LGDJ 1999.

²²²⁹ L. AYNES, « *Motivation et justification* », RDC 2004, n° 2, p. 555.

²²³⁰ C. CHABAS, « *Résolution – Résiliation* », R. dr. civ. (Dalloz), Oct. 2010 (actualisation : nov. 2018), n° 311.

juge. »²²³¹ ; aussi, elle « *permet au débiteur d'apprécier plus sûrement l'opportunité d'une éventuelle action en contestation de la résiliation* »²²³². Par conséquent, les finalités et fonctions de l'obligation de motivation permettent de canaliser la mise en œuvre d'une prérogative unilatérale comme la résolution unilatérale et de faire preuve de transparence à l'égard du débiteur. Cela peut permettre au débiteur de se convaincre du bien-fondé de la décision prise par le créancier ou, dans le cas contraire, de pouvoir contester cette dernière. Somme toute, l'objectif fondamental de l'article 1226 du Code civil, qui introduit cette obligation de motivation, est d'« *échapper à la brutalité de l'arbitraire.* »²²³³. Mais il convient d'examiner le caractère obligatoire de l'obligation de motivation et la sanction qui lui est applicable dans le cas de son non-respect pour pouvoir déterminer par la suite la possibilité pour les parties d'aménager cette dernière.

Le caractère obligatoire de la motivation de la notification et ses conséquences. L'article 1226 du Code civil affirme qu'en cas d'inexécution persistante le créancier « *notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent* ». Or, comme nous l'avons démontré précédemment, la notification effectuée par le créancier lorsqu'il n'a pas encore payé le prix constitue une obligation²²³⁴ et non une simple faculté. Il va donc de soi que le contenu de celle-ci relève également d'une obligation légale²²³⁵ ; non seulement, la résolution unilatérale doit être notifiée au débiteur mais aussi elle doit l'être correctement, c'est-à-dire en indiquant, de manière formelle, dans la notification les raisons de cette décision prise par le créancier. Cependant, une question semble avoir davantage retenu l'attention de la doctrine, celle de savoir si les motifs indiqués par le créancier dans la notification l'empêcheront d'en invoquer d'autres ultérieurement lors d'un éventuel litige ? La doctrine est largement divisée sur ce sujet²²³⁶. Certains auteurs se montrent favorables à ce que les motifs indiqués dans la notification empêchent le débiteur de s'en prévaloir ultérieurement²²³⁷. D'autres considèrent que des motifs complémentaires pourront être invoqués ultérieurement²²³⁸. D'autres encore considèrent que seuls peuvent être invoqués ultérieurement les motifs dont n'avait pas connaissance le créancier lors de la notification²²³⁹. Néanmoins, l'analyse de la jurisprudence,

²²³¹ C. PELLETIER, « Article 1226 : les conditions d'exercice de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier », RDC 2015, n° 3, p. 788.

²²³² J. MOULY, « La prise d'acte saisie par le nouvel article 1226 du code civil ? », Droit social 2017, p. 1.

²²³³ L. AYNES, « Motivation et justification », RDC 2004, n° 2, p. 555.

²²³⁴ V. par exemple : Le créancier « doit « *notifier* » au débiteur la résolution du contrat. » (B. MERCADAL, « Réforme du droit des contrats », 2016, Francis Lefebvre, n° 730) ; « Pour que la résolution prenne effet, elle doit en outre faire l'objet d'une notification exposant les motifs de celle-ci. » (C. PIZARRO-WILSON, « Les remèdes à l'inexécution contractuelle dans la réforme du droit des contrats en France : regard d'un juriste chilien », RDC 2015, n° 3, p. 706).

²²³⁵ V. notamment en ce sens et considérant la motivation comme une obligation légale : F. DOURNAUX, « L'appréciation du bien-fondé de la résolution unilatérale », RDC juin 2021, n° 2, p. 8 ; Cass. soc., avis, 3 avr. 2019, n° 15003, PBRI : BJT, mai 2019, n°5, p. 21, comm. J. Icard ; M.-P. DUMONT avec Ph. GRIGNON et R. LOIR, sous la dir. de J.-B. SEUBE, « Contrats et obligations - Technique contractuelle », JCP E, n° 30, 26 juill. 2018, 1418, n° 8 ; Ph. DUPICHOT, avec la collaboration de J.-D. BRETZNER et M. THOMAS, « Contrats et obligations - User des prérogatives contractuelles », JCP E, n° 25, 23 juin 2016, 1375, n° 19.

²²³⁶ Certains auteurs ont pu mettre en exergue cette fragmentation de la doctrine à ce sujet : P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « Droit des obligations », L.G.D.J., 11^{ème} éd., 2020, n° 550.

²²³⁷ B. MERCADAL, « Réforme du droit des contrats », 2016, Francis Lefebvre, n° 731 ; P. GROSSER, « Observations sur l'inexécution du contrat », in *Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations* (dir. J. Ghestin), LPA 4 sept. 2015, n° 177, p. 78 ; P.-Y. GAUTIER, « La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat », Dr. et patr. 2014, n° 240, p. 70-71.

²²³⁸ B. FAGES, « Droit des obligations », L.G.D.J., 10^{ème} éd., 2020, n° 306 ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, « Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n°659 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « La résolution unilatérale par notification : question en suspens », Dr. et patr., n° 240, 1^{er} oct. 2014, p. 69.

²²³⁹ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 576 ; Fr. CHENEDE, « Le nouveau droit des

pour l'heure parcimonieuse, rendue au regard de l'article 1226 du Code civil nous permet de pencher davantage pour une hypothèse plutôt qu'une autre. Dans une décision rendue par la Cour d'appel de Paris le 22 mars 2021²²⁴⁰ une décision de résiliation unilatérale a été déclarée fondée et régulière au regard de l'article 1226 du Code civil (le contrat conclu en l'espèce était soumis à l'ordonnance du 10 février 2016 et en particulier à l'article 1226 du Code civil). En l'espèce, la décision de résilier unilatéralement le contrat a été notifiée oralement le 9 mars 2018 et les éléments sur lesquels s'appuie la Cour d'appel pour fonder la résiliation relèvent de courriers électroniques envoyés entre le 30 octobre 2017 et le 5 mars 2018. Il s'agit d'éléments de preuve exogènes, non mentionnés dans la notification. Ces courriers faisaient « *état de nombreux dysfonctionnements lors de ses interventions et des doléances exprimées par plusieurs clients. Ces manquements portent sur les domaines sur lesquels la société Staten s'était engagée à présenter ses préconisations dans un rapport daté du 22 septembre 2017 (...)* La gravité de l'inexécution ainsi caractérisée a justifié la résiliation du contrat. ». Dans un autre arrêt rendu par la Cour d'appel de Poitiers, le 26 janvier 2021²²⁴¹, il a été jugé au sens de l'article 1226 du Code civil (applicable aux faits de l'espèce) que « *Le bien-fondé de la résiliation unilatérale doit s'apprécier au regard uniquement des griefs énoncés dans ce courrier du 6 janvier 2017, et non en considération du courrier du 12 janvier 2017, se fondant sur des constatations opérées le 10 janvier 2017 à l'intérieur du local, à un moment où le contrat était déjà résilié, concernant la réalisation de travaux non autorisés par la promettante.* ». Il ressort donc que la Cour d'appel considère que l'appréciation des motifs justifiant la décision du créancier de résilier le contrat ne peuvent être appréciés dans un courrier distinct à celui valant notification de résiliation (datant du 6 janvier 2017) simplement parce que les constatations qui y sont faites remontent à un moment où la décision de résiliation était déjà acquise, soit le 10 janvier 2017. Cela signifie donc que si ce courrier distinct avait été envoyé antérieurement à la notification de la résiliation unilatérale, les juges auraient parfaitement pu, entre autres, se fonder sur celui-ci pour apprécier la réalité des motifs de la résiliation. Ainsi, il ressort de ces arrêts que les motifs indiqués dans la notification ne sont pas exclusifs de tout autre motif pouvant être constaté dans un autre élément de preuve (par exemple, un courrier ou courriel distinct) dès lors que celui-ci n'invoque pas des raisons postérieures à la date de la notification de la résiliation. Le créancier peut donc pour justifier sa décision de résilier le contrat se prévaloir d'autres motifs que ceux indiqués dans sa notification. Cependant, comme cela a été justement souligné, « *si une motivation complémentaire voire nouvelle semble possible, encore faut-il sans doute ne pas se contredire, ce qui pourrait être sanctionné en tant que manquement au devoir de bonne foi* »²²⁴². Citons enfin une décision rendu par la Chambre commerciale, le 17 février 2021²²⁴³ (dont les faits de l'espèce étaient soumis au droit antérieur à l'ordonnance du 10 février 2016), dans laquelle la Cour d'appel a retenu que « *dans sa lettre de résiliation, la société Maisons du monde justifie sa décision par « la non-réciprocité des points de vue sur des questions telles que le taux de casse, notamment, et les moyens de l'améliorer », sans évoquer d'éventuels manquements graves de la société VIR à ses obligations contractuelles.* ». Il ressort de la décision de la Cour d'appel l'absence d'évocation par le créancier des manquements contractuels du débiteur dans la lettre de résiliation. C'est précisément ce point qui va être reproché aux juges du fond et induire la cassation de cet arrêt. En effet, la Cour de cassation affirme que « *En se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si les motifs sous-jacents de la rupture relatifs à l'importance du taux de casse ne se déduisaient*

obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives », 2018, Dalloz, 128.194 ; B. FAGES, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 7^{ème} éd., 2017, n° 303.

²²⁴⁰ CA, Paris, pôle 5, ch. 10, 22 mars 2021, n° 19/18727.

²²⁴¹ CA, Poitiers, 2^{ème} ch. civ., 26 janv. 2021, n° 19/00664.

²²⁴² J.-F. HAMELIN, « *L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant* », RDC 2018, n°3, p. 514.

²²⁴³ Cass. com., 17 févr. 2021, n° 19-19993.

pas des correspondances échangées entre les sociétés Maisons du monde et VIR préalablement à la rupture, la cour d'appel a privé sa décision de base légale. ». La Cour d'appel aurait donc dû rechercher parmi l'ensemble des correspondances échangées entre les parties les motifs sous-jacents de la rupture du contrat pour pouvoir statuer sur le caractère suffisamment grave des manquements. Partant, on comprend que la notification n'en fige pas la motivation et que « *ce n'est pas tant la motivation formelle qui est contrôlée que le bien-fondé substantiel de la résolution décidée* »²²⁴⁴.

La notification de la résiliation doit indiquer les « *raisons qui la motivent* », ce qui amène à savoir, en cas de défaut d'indication de ces motifs ou d'insuffisance de ces derniers, quelle sanction appliquer. En doctrine, quelques pistes, qu'il convient d'écarter (la première correspondant à une hypothèse particulière où la mise en demeure est réalisée par voie d'huissier et la seconde étant spécifique aux actions en référé), ont pu être envisagées. Tout d'abord, un auteur souligne que s'agissant de la sanction du défaut de motivation « *Le texte n'en a rien dit. Il convient donc, en vertu des articles 649 et 694 du Code de procédure civile, d'appliquer les règles régissant la nullité des actes de procédure (CPC, art.112 à 121).* »²²⁴⁵. Cependant, cette sanction de la nullité applicable aux actes de procédure peut trouver à s'appliquer en matière de mise en demeure uniquement si celle-ci est notifiée au débiteur par un huissier de justice²²⁴⁶. En effet, la Cour de cassation rappelle, de manière constante, le formalisme souple de la mise en demeure²²⁴⁷, celle-ci n'étant « *pas de nature contentieuse* », elle n'est pas tenue de suivre le formalisme prescrit par les articles 665 à 670-3 du Code de procédure civile. Ainsi, à défaut de recourir aux services d'un d'huissier de justice, la mise en demeure n'est pas constitutive d'un acte de procédure et les articles 112 à 121 du Code de procédure civile ne sont pas applicables. D'autres auteurs ont proposé que « *Lorsque le créancier insatisfait omettra de motiver sa décision, il s'exposera à ce que le débiteur allègue que sa carence caractérise un « trouble manifestement illicite » au sens de l'article 873, alinéa 1^{er} du Code de procédure civile et sollicite du juge des référés une ordonnance destinée à paralyser de façon temporaire les effets de la décision de résiliation.* »²²⁴⁸. En effet, rien ne semble empêcher une telle action en référé, la Cour de cassation rappelant que « *le trouble manifestement illicite visé par l'article 873 du code de procédure civile désigne toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou non, constitue une violation évidente de la règle de droit* »²²⁴⁹. La violation de l'obligation de motivation visée à l'article 1226 du Code civil pourrait ainsi être constitutive d'une violation évidente de la règle de droit. Mais qu'en est-il au fond des conséquences de l'absence de motivation de la décision de résiliation unilatérale ? Principalement, trois sanctions sont envisageables « *l'inefficacité de la résolution unilatérale ou l'octroi de dommages-intérêts* »²²⁵⁰, ou encore, sur le terrain probatoire, la possibilité pour le juge de tirer toutes les conséquences de l'absence de

²²⁴⁴ F. DOURNAUX, « *L'appréciation du bien-fondé de la résolution unilatérale* », RDC juin 2021, n° 2, p. 8.

²²⁴⁵ J. LAFOND, « *Bail commercial - La résolution unilatérale des contrats : application aux baux commerciaux* » JCP N., n° 5, 2 févr. 2018, 1093, n° 19.

²²⁴⁶ R. LAHER, « *Sommation* », Rép. pro. civ., juin 2020, n°21 à 25 ; N. CAYROL, JCl. Voies d'exécution, fasc. 223 : mise en demeure. Sommation. – Régime de l'acte de mise en demeure, 14 sept. 2015 (actualisation : 7 sept. 2017), n° 87 ; G. MAUGAIN, « *Actes de procédure – Conditions de forme* », Rép. pro. civ., janv. 2018 (actualisation avr. 2021), n° 143 à 145.

²²⁴⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2021, n° 19-20.680 ; Cass. civ. 2^{ème}, 24 janv. 2019, n° 17-28.437 ; Cass. civ. 2^{ème}, 5 nov. 2015, n° 14-25.850.

²²⁴⁸ Ph. DUPICHOT, avec la collaboration de J.-D. BRETZNER et M. THOMAS, « *Contrats et obligations - User des prérogatives contractuelles* », JCP E, n° 25, 23 juin 2016, 1375, n° 19.

²²⁴⁹ Cass. com., 2 sept. 2020, n° 18-24.863 ; V. aussi : H. SOLUS et R. PERROT, « *Droit judiciaire privé* », 1961, Sirey, t. 1, 1289.

²²⁵⁰ M. STORCK, JCl Civil Code, Art. 1224 à 1230– fasc. 30 : Contrat. Inexécution du contrat –Résolution unilatérale, 1^{er} août 2019, n° 24. V. aussi en faveur de la sanction des dommages-intérêts en cas de préjudice causé : N. HAGE-CHAHINE, « *Résolution – Résiliation* », Rép. dr. civ., févr. 2021, n° 129.

motivation²²⁵¹. Une chose est certaine, cette dernière sanction consistant à tirer toutes les conséquences de l'absence de motivation est clairement possible puisque le dernier alinéa de l'article 1226 du Code civil dispose que « *Le créancier doit (...) prouver la gravité de l'inexécution.* ». A défaut de preuve suffisante notamment au moyen du courrier de résiliation unilatérale valant notification exposant ses motifs, le juge pourrait parfaitement décider que le créancier a échoué à prouver « *les faits nécessaires au succès de sa prétention.* » (art. 9, Code de procédure civile) (en l'occurrence, à prouver le bien-fondé de sa décision de résilier unilatéralement le contrat). En revanche, plus incertaines sont les deux autres sanctions consistant au prononcé de dommages-intérêts ou, plus radicalement, de la déchéance du droit d'agir en résolution unilatérale du contrat. Il appert que l'action en dommages-intérêts devrait pouvoir être envisagée dès lors qu'un préjudice résulte de l'absence de notification des motifs de la résolution unilatérale. L'inefficacité du droit d'agir en résolution du contrat devra attendre une décision de la Cour de cassation à ce sujet quoique même si celle-ci était admise, le créancier disposerait du droit « *en toute hypothèse* » de demander la résolution judiciaire du contrat. Il reste qu'il n'y aurait aucune difficulté à ce que la jurisprudence se prononce en faveur de la sanction des dommages-intérêts dès lors qu'un préjudice résulte du défaut de motivation ainsi que de la déchéance de toute demande de dommages-intérêts par le créancier consécutive aux conséquences de la résiliation²²⁵². Néanmoins, une Cour d'appel semble admettre la possibilité de déchoir le créancier de son action en résolution unilatérale du contrat en cas d'absence de communication de la lettre de notification au juge, puisque cette absence de transmission de la notification « *ne permettant pas à la cour de connaître les motifs invoqués (...) Il ne peut donc qu'être considéré qu'elle ne pouvait résoudre le contrat* »²²⁵³. Certes, il est évident que l'action en résiliation ne pouvait ici aboutir étant donné que le créancier n'avait pas transmis la lettre de résiliation du contrat valant notification à la Cour d'appel, ce qui équivaut à l'absence de notification de la résiliation et donc à l'absence de prise d'effet de cette sanction. Mais la formule employée par la Cour d'appel considérant que cette absence de notification a déchu le créancier de son action puisque la Cour n'a pas pu « *connaître les motifs invoqués* » par ce dernier souligne l'importance de l'indication des raisons motivant la résiliation unilatérale. La déchéance de cette action en résiliation semble donc avoir été causée par l'absence de connaissance par les juges des raisons expliquant cette décision du créancier. Par conséquent, il pourrait en être déduit, de la même façon, que le simple défaut d'indication des motifs dans la notification pourrait entraîner la déchéance du droit d'agir en résolution unilatérale.

Le caractère d'ordre public de l'article 1226 du Code civil. Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, la liberté contractuelle en matière d'obligation de motivation était entière « *dans un sens comme dans l'autre* »²²⁵⁴. La jurisprudence avait reconnu la validité d'une clause de résiliation autorisant les parties à « *mettre fin au présent contrat quand bon lui semblera, sans qu'elles aient à motiver ou justifier le bien-fondé de leur décision* » ; la clause rédigée dans le sens de l'exclusion de la motivation était donc parfaitement valable²²⁵⁵. A l'inverse, la jurisprudence avait également reconnu la pleine validité du « *contrat de concession, expressément conclu intuitu personae* » impliquant que « *le refus d'agrément par le concédant (...) pour éviter tout arbitraire, il lui appartenait de le motiver, à seule fin de permettre au concessionnaire de vérifier que sa décision était fondée*

²²⁵¹ N. HAGE-CHAHINE, « Résolution – Résiliation », Rép. dr. civ., févr. 2021, n° 129.

²²⁵² V. par exemple : CA, Colmar, 3^{ème} ch. civ., sect. A, 9 nov. 2020, n° 19/02216.

²²⁵³ CA, Douai, 2^{ème} ch., 2^{ème} sect., 18 juin 2020, n° 19/01938.

²²⁵⁴ B. FAGES, « Des motifs de débat... », RDC 2004, n°2, p. 563. V. aussi sur les clauses relatives aux motifs des décisions unilatérales : M. LAMOUREUX, « L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants », Thèse, LGDJ, Tome II, n° 604 à 607.

²²⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 3 avr. 2001, n° 99-18.442.

sur un examen équitable et soigneux, conforme à ses engagements contractuels »²²⁵⁶ ; la clause rédigée dans le sens de la motivation obligatoire était donc parfaitement valable. Cependant, ces jurisprudences sont antérieures à l'article 1226 du code civil qui désormais impose un « formalisme protecteur » afin « de protéger le débiteur et d'encadrer cette résolution unilatérale. »²²⁵⁷. Bien que le rattachement à la bonne foi contractuelle n'induit pas nécessairement une obligation d'ordre public, ce dernier peut en constituer l'antichambre. La doctrine établit ce lien entre l'article 1104 du Code civil et l'obligation de motivation figurant à l'article 1226 du Code civil. Elle est « une manifestation du principe de bonne foi posé par l'article 1104 du Code civil. »²²⁵⁸ et « la continuité de l'exigence de bonne foi, afin d'éviter que le créancier change de position. »²²⁵⁹. Même si certains auteurs se montrent favorables à la possibilité d'aménager l'obligation de motivation²²⁶⁰, une partie importante de la doctrine affiche son hostilité à l'égard de leur validité²²⁶¹. Il est souvent mis en avant la vocation « protectrice »²²⁶² de cette règle veillant ayant pour finalité de « canaliser l'unilatéralisme. »²²⁶³. Le caractère d'ordre public de cette obligation de motivation pourrait être déduit par analogie avec celle prévue aux articles 1164 et 1165 du Code civil. En effet, force est de constater que les articles 1164 et 1165 du Code civil posent une obligation de motivation qui est vraisemblablement d'ordre public²²⁶⁴. Toutefois, ces mécanismes de motivation ne sont pas identiques à celui de l'article 1226 du Code civil. Une des différences essentielles est que « L'exigibilité de l'obligation de motivation n'est pas régie de la même façon (...) Une telle différence s'explique par le fait que, dans un cas, l'exercice du pouvoir unilatéral qu'il s'agit de motiver intervient lors de l'exécution du contrat, alors que, dans l'autre, cet exercice fait suite à son inexécution »²²⁶⁵. L'analogie entre l'article 1226 et les articles 1164 et 1165 semble donc peu pertinente. Surtout que la jurisprudence semble pour l'heure assez libérale s'agissant de la possibilité d'aménager contractuellement le formalisme

²²⁵⁶ Cass. com., 2 juill. 2002, n° 01-12.685. V. en ce sens : A.-A. HYDE, sous la dir. de E. VERGES, « *Clauses relatives à l'intuitu personae* », Hors coll. Contrats sur la recherche et l'innovation (Dalloz), chap. 213, n° 213.141.

²²⁵⁷ 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.

²²⁵⁸ G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n°659 ; G. CHANTEPIE, « *Contrat : effets – Sanctions de l'inexécution du contrat* », Rép de dr. civ., janv. 2018, actualisation : déc. 2020, n°265. V. aussi en ce sens : J. ROCHFELD, « *Contrats et obligations – Droit des obligations* », étude par J. Ghestin, F. Labarthe, J. Rochfeld, Y.-M. Serinet, G. Virassamy, JCP G., n° 41, 10 oct. 2001, doct. 354 : « au sein des contrats relationnels « s'y imposeraient des obligations spécifiques de loyauté et de coopération et, partant, la considération des intérêts de celui qui subit la rupture, notamment par un contrôle de la motivation de celle-ci. ».

²²⁵⁹ G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n°659.

²²⁶⁰ C. GRIMALDI, « *Leçons pratiques de droit des contrats* », LGDJ, 2019, p. 344 ; A. BENABENT, « *Les nouveaux mécanismes* », RDC 2016, n° Hors-série, p. 17.

²²⁶¹ C. BUCHER, « *Contrat – Les clauses relatives à la résolution par notification* », CCC n° 4, avr. 2021, form. 4 ; M. STORCK, JCl Civil Code, Art. 1224 à 1230– fasc. 30 : Contrat. Inexécution du contrat –Résolution unilatérale, 1^{er} août 2019, n°24 ; Fr. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2018, Dalloz, 128.194 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « *Droit des obligations* », L.G.D.J, 9^{ème} éd., 2017, n° 895.

²²⁶² Fr. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2018, Dalloz, 128.194.

²²⁶³ C. BUCHER, « *Contrat – Les clauses relatives à la résolution par notification* », CCC n° 4, avr. 2021, form. 4.

²²⁶⁴ V. en ce sens : N. DISSAUX, « *Contrat : formation – Détermination des conditions* », Rép. dr. civ., avr. 2017 (actualisation : mars 2021), n° 200 ; J. MOURY, « *La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre* », AJCA 2016. 123. ; E. MOUIAL BASSILANA, J.-B. RACINE, JCl Civil Code, Art. 1162 à 1171 – fasc. 30 Contrat. – Contenu du contrat : objet du contrat, 8 mars 2018 (mise à jour : 9 sept. 2021), n° 72.

²²⁶⁵ J.-F. HAMELIN, « *L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant* », RDC 2018, n°3, p. 514.

prévu à l'article 1226 du Code civil²²⁶⁶. Il ressort de cet arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles, le 10 juin 2021, que « *les dispositions de l'article 1226 du code civil ne sont pas d'ordre public de sorte que le contrat légalement formé qui tient lieu de loi entre les parties peut y déroger.* ». En l'espèce, c'était le fait de mentionner expressément « *qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat* » qui faisait l'objet d'un aménagement conventionnel. L'article 18.2 du contrat de sous-traitance prévoyait que le contrat peut être résilié de plein droit après une mise en demeure restée infructueuse « *à l'expiration d'un délai de 8 jours calendaires ou de 48 heures en cas d'urgence, adressée par lettre recommandée avec accusé de réception comportant l'indication des manquements auxquels il doit être mis fin et éventuellement, les dispositions qui doivent être mises en œuvre par le sous-traitant.* ». Or, même si « *ne mentionne pas expressément qu'à défaut pour la société 3MI de satisfaire à son obligation, elle sera en droit de résoudre le contrat* », la mise en demeure « *fait état des manquements imputés à la société 3MI en décrivant les malfaçons relevées par le rapport de la société Jps* » et a « *mis en demeure la société 3MI de reprendre les malfaçons constatées sous une semaine* ». Dans ces conditions, la Cour d'appel a considéré que la résiliation unilatérale était régulière et valable conformément aux modalités de la mise en demeure prévues par le contrat. Aussi, précisons que la clause prévoyait que « *L'ENTREPRISE PRINCIPALE notifie au SOUS-TRAITANT par lettre recommandée avec accusé de réception la décision de résiliation (...)* » sans évoquer une quelconque obligation de motivation conformément à l'article 1226 du Code civil. Pourtant, la Cour d'appel de Versailles a validé cette clause laquelle autorise le créancier à résilier le contrat de sous-traitance sans être tenu d'indiquer « *les raisons qui la motivent* ». Néanmoins, il conviendra d'attendre que la Cour de cassation se prononce sur la validité d'une telle clause excluant l'obligation de motivation de l'article 1226 du Code civil.

Au surplus, il nous semble plus probable que la clause consistant à supprimer cette obligation de motivation en cas d'urgence puisse être jugée valable. L'article 1226 du Code civil prévoit que lorsque le créancier décide de résilier à ses risques et périls le contrat, il doit adresser une mise en demeure au débiteur « *sauf urgence* ». En cas d'urgence, la mise en demeure n'est donc plus nécessaire, ce qu'avait déjà jugé la Cour de cassation auparavant²²⁶⁷. Observons que cette dérogation visée à l'alinéa 1^{er} ne semble pas concerner l'alinéa 3 qui ne prévoit aucune dérogation particulière à l'obligation de motivation devant être satisfaite au sein de la notification. Dans sa thèse, le Professeur GENICON soulignait très justement que « *Lorsqu'il faut faire très vite, il ne peut être question de s'embarasser d'une mise en demeure, d'un délai, voire d'une obligation de motivation. Que l'on songe à l'exemple classique de l'expulsion impérative du spectateur turbulent.* »²²⁶⁸. Ce qui a fait dire d'autres auteurs que l'obligation de motivation « *ralentit la résolution et elle paraît incompatible avec l'urgence qui caractérise certaines hypothèses.* »²²⁶⁹ et qu'elle pourrait être écartée à titre exceptionnel uniquement en cas « *d'extrême urgence* »²²⁷⁰. Ainsi, même si « *l'urgence* » mentionnée par l'article 1226 du Code civil ne semble pas concerner pas la motivation de la notification, il est fort à parier que la jurisprudence entende dans certaines situations urgentes permettre au créancier de résilier unilatéralement le contrat sans mise en demeure préalable, ni la formalisation d'une motivation au soutien de cette décision. Par exemple, en cas de « *conséquences sur la santé publique* », de « *contamination microbienne* », il est nécessaire

²²⁶⁶ CA, Versailles, 12^{ème} ch., 10 juin 2021, n° 19/05692.

²²⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 2014, n° 12-27943 ; Cass. civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, n° 08-14524 ; Cass. com., 4 févr. 2004, n° 99-21480.

²²⁶⁸ T. GENICON, « *La résolution du contrat pour inexécution* », Thèse L.G.D.J., 2007, n° 591.

²²⁶⁹ J.-L. AUBERT, J. FLOUR, E. SAVAUX, « *Droit civil : les obligations – le rapport d'obligation* », t. III, Sirey, 9^{ème} éd. 2015, p. 286, n° 278.

²²⁷⁰ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 576, v. sous note 465.

que la résiliation ait lieu « *immédiatement* »²²⁷¹. De même, la résiliation doit avoir lieu avec une particulière célérité lorsqu'un village est dans un « *état particulièrement dégradé, nécessitant une intervention d'urgence* »²²⁷², la sécurité des personnes étant en jeu, ou lorsque des erreurs et dysfonctionnements concernant la mise à disposition d'une carte privative de distribution de carburant a obligé « *à retirer les cartes de crédit pour mettre fin aux effets particulièrement négatifs sur la clientèle des dysfonctionnements constatés et pour faire cesser une situation néfaste à son image de marque* »²²⁷³. Ainsi, il ne devrait pas être insurmontable pour un juge d'admettre la validité d'une clause excluant expressément l'obligation de motivation devant figurer sur la notification de la résiliation en cas d'urgence. Tant il est vrai que cette dérogation à l'obligation d'indiquer des motifs de résiliation pourrait tout bonnement être écartée par la jurisprudence même en l'absence de clause en ce sens. D'ailleurs, dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles précité²²⁷⁴, il était stipulé que « *Lorsque la mise en demeure est restée infructueuse à l'expiration d'un délai de 8 jours calendaires ou de 48 heures en cas d'urgence (...) L'ENTREPRISE PRINCIPALE peut résilier le Contrat (...) L'ENTREPRISE PRINCIPALE notifie au SOUS-TRAITANT par lettre recommandée avec accusé de réception la décision de résiliation* ». Non seulement la mise en demeure, mais aussi, l'obligation de motivation ont été écartées par cette clause en cas d'urgence à résilier le contrat dans un délai de 48 heures. Cela pourrait donc augurer de la potentielle validité d'une telle clause écartant l'obligation de motivation en cas d'urgence.

CHAPITRE II : les conditions d'efficacité des clauses d'aménagement des modalités temporelles des sanctions contractuelles

Outre les modalités formelles, les sanctions contractuelles sont encadrées par des modalités temporelles. L'ordonnance du 10 février 2016 a imposé le respect d'une modalité temporelle spécifique par rapport à la modalité formelle concernée. En effet, le respect d'un « *délai raisonnable* » est associé à la mise en demeure²²⁷⁵, alors que le syntagme « *dans les meilleurs délais* » est associé à la notification. Cela est logique, la mise en demeure en ce qu'elle donne une dernière chance au débiteur de s'exécuter accorde à ce dernier un « *délai raisonnable* » de régularisation, la notification quant à elle doit intervenir « *dans les meilleurs délais* » pour informer le plus rapidement possible le débiteur de la mise en œuvre de la sanction contractuelle. A compter de l'épuisement du délai de régularisation après lequel le créancier

²²⁷¹ Cass. civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, n° 08-14524.

²²⁷² Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 2014, n° 12-27943.

²²⁷³ Cass. com., 4 févr. 2004, n° 99-21480.

²²⁷⁴ CA, Versailles, 12^{ème} ch., 10 juin 2021, n° 19/05692.

²²⁷⁵ Ainsi, les articles 1222, 1226 et 1231 du Code civil insistent sur l'exigence d'un délai « *raisonnable* » et non d'un délai dont la détermination est laissée à la libre appréciation des parties. De la même façon, l'article 1605 du Code civil québécois exige que l'inexécution donnant lieu à la résolution unilatérale perdure au-delà du « *délai fixé par la mise en demeure* » lequel doit être « *suffisant, eu égard à la nature de l'obligation et aux circonstances ; autrement, le débiteur peut toujours l'exécuter dans un délai raisonnable à compter de la demande.* » (art.1595, C. civ. québécois). Le Code civil français c'est ainsi rapproché de la rédaction du Code civil québécois, lequel lui-même est influencé par le droit anglo-saxon (en effet, le standard juridique du « *raisonnable* » serait issu du droit anglais, v. en ce sens : B. GRIMONPREZ, « *De l'exigibilité en droit des contrats* », thèse, LGDJ, 2006, n°117), et s'est éloigné de celles du Code civil Belge (art. 1139) et Luxembourgeois (art. 1139), lesquelles sont restées proches de la rédaction de l'ancien Code civil français. En effet, les Codes civils Belges et Luxembourgeois, à l'image de l'ancien Code civil français, ne font pas textuellement référence à un « *délai raisonnable* ».

est autorisé à mettre en œuvre une sanction contractuelle, la notification doit intervenir « *dans les meilleurs délais* ». En premier lieu, la notion de « *délai raisonnable* » est un standard juridique bien connu et récurrent en droit des contrats, celui-ci connaît pas moins de neuf occurrences dans la partie de l'ordonnance du 10 février 2016 relative aux contrats²²⁷⁶. Aussi, cette dernière s'inscrit dans le prolongement du devoir de loyauté et de la bonne foi contractuelle de l'article 1104 du Code civil²²⁷⁷. En revanche, le syntagme « *dans les meilleurs délais* » est peu connu en droit des contrats. Il semble indiquer que ce délai devrait être plus court que le « *délai raisonnable* » et peut être justifié par le fait que le créancier souhaite appliquer une sanction unilatérale et extra-judiciaire (article 1220 et 1223 du Code civil). Étant donné qu'il se prévaut d'une sanction contractuelle exemptée de contrôle judiciaire *a priori*, le créancier doit très rapidement informer le débiteur de sa décision de la mettre en œuvre. S'il ne le faisait pas, le débiteur serait alors informé trop tardivement de la mise en œuvre de cette sanction contractuelle, et comme celle-ci ne peut être mise en œuvre sans notification préalable, il pourrait également être jugé que la mise en œuvre tardive de cette sanction manifeste une négligence du créancier lequel aurait aussi bien pu opter pour une sanction judiciaire. Mais l'exigence d'une notification « *dans les meilleurs délais* » a conduit la doctrine à s'interroger sur le choix de cette formulation au détriment de celle plus usitée de « *délai raisonnable* » et sur le caractère plus strict de la première²²⁷⁸. Il apparaît que l'emploi de cette formulation moins commune devrait exiger un délai plus court que celui du « *délai raisonnable* »²²⁷⁹. En effet, *dans les meilleurs délais* signifie dans le langage courant le plus

²²⁷⁶ Aux articles 1116, 1117, 1123, 1158, 1195, 1211, 1222, 1226 et 1231 du Code civil (N. BLANC, « *Le juge et les standards juridiques* », RDC 2016, n° 113, p. 394, n°11).

²²⁷⁷ J.-P. GRIDEL, « *La déloyauté dans l'exécution du contrat, fait générateur de résiliation et de responsabilité* », Revue Lamy, dr. civ., n° 100, 1^{er} janv. 2013 ; L. NICOLAS-VULLIERME, « *Le "délai raisonnable" ou la mesure du temps* », LPA 3 janv. 2005, n°12 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, « *Droit civil. Les obligations* », Dalloz, 2002, 8^{ème} éd., n° 185 ; J.-M. DO CARMO SILVA, « *Forme impérative du congé et responsabilité contractuelle du bailleur malveillant* », LPA 26 mars 1999, n° 17. V. aussi : selon Madame POPINEAU-DEHAULLON, par analogie avec le droit anglais et québécois et avec la clause résolutoire en droit français, « *il semble donc que le délai insuffisant en matière de clause pénale, de remplacement ou de résolution unilatérale soit traité de al même manière, sur le fondement du contrôle de la bonne foi du créancier dans la mise en œuvre d'un remède de justice privée.* » (C. POPINEAU-DEHAULLON, « *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Étude comparative* », thèse, LGDJ, 2006, p. 482).

Relevons qu'il a été affirmé par la jurisprudence que la résiliation d'un contrat de bail sans considération des délais nécessaires à l'exécution des travaux, lesquels ne doivent pas être trop courts, devait invalider la mise en œuvre de la clause résolutoire sur le fondement de la bonne foi contractuelle et au visa de l'ancien article 1134 du Code civil (Cass. civ. 3^{ème}, 5 juin 1991, n° 89-21.166). Certains auteurs ont considéré qu'il s'agissait d'une manifestation de la bonne foi et du devoir de coopération consistant à « *ne pas rendre impossible l'exécution du contrat* » (Ph. le TOURNEAU, M. POUMAREDE, « *Bonne foi* », Rép. dr. civ., janv. 2017, actualisation : avr. 2019, n° 106). Aussi, il a pu être jugé que le non-respect d'un « *délai raisonnable* » pouvait consister à laisser s'écouler un délai excessivement long (Cass. civ. 3^{ème}, 16 mars 2011, n° 10-14.051), ce qui relève également de l'obligation générale de bonne foi (Ph. MALINVAUD, H. PERINET-MARQUET, « *Marchés privés de travaux : obligations de l'entrepreneur* », Dalloz action, Dr. de la constr., dossier 402, 2018/2019, n°402.82). Dans le prolongement de ce raisonnement et de la même façon, on pourrait considérer que le respect d'un « *délai raisonnable* », tel que prévu aux article 1222, 1226 et 1231 du Code civil, relève de la bonne foi et du devoir de coopération consistant à ne pas rendre impossible la régularisation du contrat.

²²⁷⁸ V. pour des auteurs interrogatifs sur cette question : G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n° 631 ; pour des auteurs en faveur du caractère plus strict et rapide de la formulation « *dans les meilleurs délais* » aux article 1220 et 1223 du Code civil : G. CHANTEPIE, « *Contrat : effets – Devoir d'exécuter le contrat* », Rép de dr. civ., janv. 2018, actualisation : déc. 2020, n°197 ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 545 et 562 ; J. HEINICH, « *Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant* », RDC 2018, n° 3, p. 521.

²²⁷⁹ V. par analogie la différence d'objectif soutenue en doctrine entre le « *délai raisonnable* » et le « *bref délai* », lequel implique le respect d'un délai d'une certaine rapidité contrairement au premier qui n'implique pas une telle exigence (Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 2000, n° 98-11.982 : RTD, civ. 2000. 592, obs. Gautier ; M.

rapidement possible (cette expression est aussi équivalente dans son sens à celle, moins méliorative, « *dans les plus brefs délais* ») ce qui met en exergue un objectif particulier de célérité. Comme nous le démontrerons plus loin au moyen de plusieurs exemples (l'art. 33 du règlement n° 2016/679 dit Règlement général sur la protection des données – RGPD, l'article L. 132-3 du Code monétaire et financier, etc.), la formulation « *dans les meilleurs délais* » employée aux articles 1220 et 1223 du Code civil devrait impliquer le respect d'un délai particulièrement court. Ce délai devrait, comme c'est le cas pour le « *délai raisonnable* »²²⁸⁰, être considéré comme le corollaire de la bonne foi contractuelle²²⁸¹. En revanche et par contraste, le « *délai raisonnable* » impose le respect d'un délai dont la nature est différente du premier détaillé ci-dessus. Cela est logique car la formulation des « *meilleurs délais* » est associée à l'acte juridique de la notification (pour les articles 1220 et 1223 du Code civil) alors que le délai raisonnable est associé à l'acte juridique de la mise en demeure. La mise en demeure et la notification ne poursuivant pas la même finalité, on comprend que les délais que ces actes comprennent ne seront pas contrôlés de la même façon par les juges. Un délai « *raisonnable* » est un délai « *conforme à la raison (...) modéré, mesuré, qui se tient dans une juste moyenne* »²²⁸². Il apparaît donc que le contrôle judiciaire pourra porter à la fois sur le caractère excessivement long ou court du délai, sur son caractère normal ou anormal²²⁸³, ainsi celui-ci devra être « *ni trop court, ni trop long* »²²⁸⁴, « *ni trop tôt, ni trop tard* »²²⁸⁵. Bien qu'il y est de nombreuses récurrences du « *délai raisonnable* » au sein de la partie relative aux contrats du Code civil tel que réformé par l'ordonnance du 10 février 2016, tous ne sont pas exigés dans des situations tout à fait comparables. Le « *délai raisonnable* » des articles 1116 et 1117 du Code civil concerne la rétractation et la caducité de l'offre, celui des articles 1123 et 1158 du Code civil concerne l'action interrogatoire d'un tiers en matière de pacte de préférence et de représentation conventionnelle ou encore celui de l'article 1195 du Code civil concerne le délai au-delà duquel le juge peut, à la demande d'une partie, réviser ou mettre fin au contrat. Certes, il s'agit comme pour les articles 1222, 1226 et 1231 du Code civil de « *délais raisonnables* », mais les situations que ces derniers englobent diffèrent nettement de la phase de l'inexécution du contrat. Ces deux « *délais raisonnables* » ont également pour points communs de pouvoir être écartés en cas de manquement d'une certaine gravité²²⁸⁶. Cela

LAGELEE-HEYMANN, « *Le « raisonnable » dans le nouveau droit des contrats* », RDC 2018, n°3, p. 473, n°18).

²²⁸⁰ L. NICOLAS-VULLIERME, « *Le "délai raisonnable" ou la mesure du temps* », LPA 3 janv. 2005, n°12 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, « *Droit civil. Les obligations* », Dalloz, 2002, 8^{ème} éd., n° 185 ; J.-M. DO CARMO SILVA, « *Forme impérative du congé et responsabilité contractuelle du bailleur malveillant* », LPA 26 mars 1999, n° 17.

²²⁸¹ La notion de « *meilleurs délais* » devrait relever d'une des importantes manifestations de la bonne foi, le devoir de coopération et l'obligation contractuelle d'information (Ph. le TOURNEAU, M. POUMAREDE, « *Bonne foi* », Rép. dr. civ., janv. 2017, actualisation : avr. 2019, n° 95 à 103). En effet, selon la formule de DEMOGUE « *une des conséquences de l'idée de collaboration entre les contractants est l'obligation pour chacun d'avertir l'autre en cours de contrat, des événements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution du contrat* » (R. DEMOGUE, « *Traité des obligations en général* », t. VI, éd. : A. Rousseau (Paris), 1932, n°29, p. 38). Or, il est clair que le débiteur faisant l'objet d'une sanction contractuelle a intérêt à connaître la décision définitive du créancier pour l'exécution du contrat souhaitant mettre en œuvre l'exception pour risque d'inexécution (art. 1220, C. civ.) ou la réduction du prix (art. 1223, C. civ.).

²²⁸² G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Raisonné* », p. 847.

²²⁸³ G. KHAIRALLAH, « *Le raisonnable en droit privé français, développements récents* », RTD civ. 1984, p. 446.

²²⁸⁴ L. NICOLAS-VULLIERME, « *Le "délai raisonnable" ou la mesure du temps* », LPA 3 janv. 2005, n°3.

²²⁸⁵ J.-F. BURGELIN, « *La situation spécifique de la matière pénale* », in *Le temps dans la procédure*, sous la dir. de J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE, 1996, p. 31.

²²⁸⁶ En cas de rupture du contrat selon le mécanisme de l'article 1211 du Code civil, la caractérisation d'une « *faute grave* » peut justifier une rupture du contrat « *sans préavis* » (Cass. civ. 1^{ère}, 2 févr. 1999, n° 97-12.964). De la même façon, la caractérisation d'une faute d'une certaine « *gravité* » dans le cadre de la résiliation

étant, il reste que le « *délai raisonnable* » prévu par l'article 1211 du Code civil a pour point commun avec les articles 1222, 1226 et 1231 d'être l'antichambre de la fin du contrat, dans ces hypothèses ce délai précède la rupture effective du contrat. A la différence près que le délai prévu par l'article 1211 du Code civil constitue un délai de préavis et non de régularisation, il a donc vocation à laisser un délai au cocontractant pour organiser les conséquences de la rupture du contrat et retrouver un nouveau partenaire²²⁸⁷ alors que le délai de régularisation entend laisser une dernière chance au débiteur de s'exécuter. Dans le premier cas, la rupture du contrat est actée, il est donc laissé un délai au cocontractant pour s'y préparer, dans le second cas, la rupture est éventuelle selon que le débiteur décide ou non de régulariser son inexécution. Mais le délai de préavis à l'instar du délai raisonnable est également une émanation de la notion de bonne foi contractuelle²²⁸⁸. Il résulte donc des précédents développements que le « *délai raisonnable* » et les « *meilleurs délais* » sont des standards juridiques distincts. La possibilité d'aménager conventionnellement ces derniers, qui est l'objet de notre étude, devra donc recevoir une réponse différente et distincte. Cela justifie d'examiner, d'une part, la possibilité d'aménager contractuellement le « *délai raisonnable* » exigé par les articles 1222, 1226 et 1231 du Code civil (**SECTION I**) et, d'autre part, ce même aménagement concernant les « *meilleurs délais* » exigés par les articles 1220 et 1223 du Code civil (**SECTION II**).

SECTION I : la clause aménageant le « *délai raisonnable* »

Cette exigence de « *délai raisonnable* » prévue au sein des articles 1222, 1226 et 1231 du Code civil était déjà défendue en doctrine au moins pour les remèdes de justice privée (donc ceux des articles 1222 et 1226 du Code civil). Ainsi, un auteur soutenait que la mise en demeure, qui est indissociable des remèdes de justice privée, doit être accompagnée « *en principe, d'un délai supplémentaire d'exécution pour laisser au débiteur une dernière chance de s'exécuter et d'éviter une sanction plus définitive* »²²⁸⁹. Cet auteur établissait d'ailleurs parfaitement le lien entre le respect de la bonne foi contractuelle et d'un délai suffisant avant la mise en œuvre d'une clause relative à l'aménagement d'une sanction contractuelle²²⁹⁰. Comme cela a été souligné précédemment, le « *délai raisonnable* » est un standard juridique classique en droit des contrats et le rédacteur de l'ordonnance du 10 février 2016 a fait le choix d'exiger ce dernier aux articles 1222, 1226 et 1231 du Code civil. Or, s'il ne fait aucun doute que ce délai puisse faire l'objet d'aménagements conventionnels, l'exigence du caractère « *raisonnable* » de ce délai, loin d'exclure tout contrôle du juge²²⁹¹, consacre l'office judiciaire. Ainsi, « *la loi semble imposer la prise en considération du « *raisonnable* » par les contractants – quelle que soit la teneur de leurs stipulations contractuelles –, par le juge,*

unilatérale du contrat peut justifier l'éviction de tout délai de régularisation (Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 2014, n° 12-27943 ; Cass. civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, n° 08-14524 ; Cass. com., 4 févr. 2004, n° 99-21480).

²²⁸⁷ Cass. com., 19 juin 2001, n° 98-21.536 ; Cass. com., 8 avr. 1986, Bull. civ. IV, n° 58 ; Cass. com., 19 nov. 1985, Bull. civ. IV, n° 275.

²²⁸⁸ V. en ce sens : B. JALUZOT, « *La bonne foi dans les contrats : Étude comparative des droits français, allemand et japonais* », thèse, Dalloz, 2001, p. 506, n° 1733.

²²⁸⁹ C. POPINEAU-DEHAULLON, « *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Étude comparative* », thèse, LGDJ, 2006, p. 485.

²²⁹⁰ Selon Madame POPINEAU-DEHAULLON, par analogie avec le droit anglais et québécois et avec la clause résolutoire en droit français, « *il semble donc que le délai insuffisant en matière de clause pénale, de remplacement ou de résolution unilatérale soit traité de la même manière, sur le fondement du contrôle de la bonne foi du créancier dans la mise en œuvre d'un remède de justice privée.* » (C. POPINEAU-DEHAULLON, « *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Étude comparative* », thèse, LGDJ, 2006, p. 482).

²²⁹¹ N. BLANC, « *Le juge et les standards juridiques* », RDC 2016, n° 113, p. 394, n° 17.

voire même par les tiers. » mais les articles 1222, 1226 et 1231 du Code civil sont caractérisés par un « *trait commun* » c'est que « le « *raisonnable* » y devient impératif. »²²⁹². Or, « un tel délai n'est pas raisonnable ou déraisonnable en soi ; il l'est compte tenu de la relation des parties, de la durée initiale du contrat, de la nature de la prestation promise, des diligences accomplies et des relances faites, voire des mises en demeure déjà adressées par le créancier et de l'attitude du débiteur face à elles »²²⁹³. Il nous revient ainsi de déterminer dans quelle mesure il sera possible d'aménager conventionnellement le « *délai raisonnable* » tel que prévu par la faculté de remplacement/destruction (**Paragraphe I**), de résiliation extra-judiciaire (**Paragraphe II**) et d'agir en demande de dommages-intérêts (**Paragraphe III**).

Paragraphe I : l'aménagement du « *délai raisonnable* » prévu par l'article 1222 du Code civil

Contrairement à la mise en demeure et au coût raisonnable, l'exigence du respect d'un « *délai raisonnable* » à l'article 1222 du Code civil constitue une nouveauté par rapport aux anciens articles 1143 et 1144 du Code civil²²⁹⁴. Ce qui ne signifie pas que la jurisprudence antérieure ne contrôlait pas la durée prévue par la mise en demeure préalable à la mise en œuvre de la faculté de remplacement. Par exemple, les juges veillaient déjà à ce que la faculté de remplacement ait été mise en œuvre dans un « *délai suffisant* »²²⁹⁵. Comme expliqué précédemment, l'appréciation du « *délai raisonnable* » amène à contrôler à ce que le délai de régularisation accordé au débiteur ne soit ni trop court, ni trop long ; ce qui est une manière de tenir compte des intérêts respectifs des parties, ceux du créancier et du débiteur. Certains auteurs ont parfaitement expliqué ce type contrôle, d'une part, « *puisque la mise en demeure est un acte distinct de la simple notification d'une décision et qu'elle vise dans ce contexte à favoriser l'exécution volontaire par le débiteur, un minimum de temps doit s'écouler entre la mise en demeure (qu'elle soit proche ou éloignée dans le temps de l'inexécution, peu importe) et le recours à un tiers.* » et, d'autre part, « *le créancier peut avoir intérêt à ce que ce délai soit le plus bref possible, par exemple, parce qu'il est lui-même exposé au risque d'inexécution envers ses propres créanciers ou, autre exemple, parce que l'exécution partielle qui a eu lieu risque de se détériorer rapidement si elle n'est pas achevée.* »²²⁹⁶. Qu'il s'agisse d'un délai trop court ou trop long, l'exigence d'un délai raisonnable permet de protéger l'intérêt à la fois du créancier et du débiteur. En effet, il appert que pourrait ne pas constituer un « *délai raisonnable* » un délai de régularisation trop court²²⁹⁷, car le débiteur

²²⁹² M. LAGELEE-HEYMANN, « *Le « raisonnable » dans le nouveau droit des contrats* », RDC 2018, n°3, p. 473, n°14.

²²⁹³ B. MATHIEU, « *Droit commun des contrats - Le nouveau droit de l'inexécution du contrat en pratique Quelques conjectures* », JCP E et aff. n° 11, 14 mars 2019, 1126, n° 7.

²²⁹⁴ V. en ce sens : F. LABARTHE, C. NOBLOT, « *Le contrat d'entreprise* », JCl Contrats – Distribution, fasc. 425, 1^{er} juill. 2021, n°159.

²²⁹⁵ CA, Paris, pôle 4, ch. 4, 24 nov. 2009, n° 07/04734.

²²⁹⁶ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 554.

²²⁹⁷ A titre de comparaison, il est intéressant de constater que l'article 1595 du Code civil Québécois met particulièrement en exergue cette hypothèse où le délai de régularisation prévu dans la mise en demeure ne doit pas être trop court ; ce dernier doit être « *suffisant, eu égard à la nature de l'obligation et aux circonstances ; autrement, le débiteur peut toujours l'exécuter dans un délai raisonnable à compter de la demande.* ». De même, l'article 1454 du Code civil italien qui impose également que la mise en demeure contienne un « *délai raisonnable* » se préoccupe davantage d'un éventuel délai de régularisation d'une durée trop courte. Cet article, en son second alinéa, dispose que ce délai ne peut être « *inférieur à quinze jours, sauf accord contraire des parties ou si, en raison de la nature du contrat ou selon les usages, un délai plus court est approprié.* ».

n'aurait pas pu disposer d'un temps nécessaire pour corriger son inexécution mais aussi le créancier perdrait une chance d'obtenir l'exécution spontanée du débiteur. Il en va de même d'un délai de régularisation trop long, car plus l'inexécution persiste dans le temps, plus le préjudice subi par le créancier est susceptible de s'aggraver. En vertu de l'article 1222 du Code civil, un délai de régularisation trop long avant de procéder au remplacement du débiteur pourrait être contrôlé par les juges. En effet, celui-ci traduirait ainsi le défaut d'intérêt réel et de besoin de procéder à une telle mesure pour le créancier. A titre de comparaison, prenons le cas du remplacement définitif d'un salarié en droit du travail²²⁹⁸. Si le remplacement intervient à une date trop éloignée ou pas assez proche de celle du jour de l'inexécution, celui-ci est réputé de pas avoir été mis en œuvre dans un délai raisonnable²²⁹⁹. La différence tenant au fait que s'agissant du droit du travail le délai raisonnable s'apprécie à compter de la date du licenciement du salarié, alors que s'agissant de l'article 1222 du Code civil, le délai raisonnable s'apprécie à compter de la date de mise en demeure liée à l'inexécution ou à la défaillance du débiteur. Il est aussi intéressant de constater qu'en matière de remplacement définitif d'un salarié, la jurisprudence a pu établir qu'un délai de six semaines²³⁰⁰, trois mois²³⁰¹ ou six mois²³⁰² pour remplacer définitivement un salarié constituait un délai raisonnable, ce qui n'est pas le cas d'un délai de plus d'un an²³⁰³. Même si le remplacement d'un salarié relève spécialement du droit du travail, les références aux délais raisonnables retenues par les juges pourraient inspirer les juges s'agissant de l'article 1222 du Code civil. On pourrait ainsi considérer que s'il est possible d'allonger conventionnellement la durée du délai de régularisation, par exemple, à un mois et demi, trois mois ou même six mois, en tout état de cause, les parties ne devraient pas pouvoir allonger ce délai au-delà d'un an. Cela reviendrait à remettre en cause la nécessité et le besoin pour le créancier de procéder au remplacement de son débiteur. Le délai « *raisonnable* » peut donc être contrôlé par les juges dès lors que celui-ci est anormalement long. Par ailleurs, rien ne s'oppose à ce que ce raisonnement soit étendu à la faculté de destruction (de l'ancien article 1143 du Code civil). Le délai de régularisation étant anormalement long, le créancier n'avait pas réellement besoin de recourir à une telle sanction contractuelle. Au surplus, la faculté de destruction étant soumise à une autorisation judiciaire préalable, cette négligence du créancier pourrait justifier que l'on ne sollicite pas inutilement l'office du juge.

Aussi, en vertu de l'article 1222 du Code civil, un délai de régularisation trop court pourrait de la même façon faire l'objet d'un contrôle judiciaire. Comme on a pu le voir précédemment s'agissant de la dispense conventionnelle de mise en demeure, n'accorder aucun délai de régularisation pour le débiteur devrait être invalidé par les juges. En effet, la jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 admettait que les parties puissent se départir de

²²⁹⁸ La Chambre sociale estime que l'absence prolongée ou répétée du salarié peut constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement obligeant l'employeur à procéder à son remplacement définitif dans un « *délai raisonnable* » au regard de la date du licenciement (Cass. soc., 15 févr. 2011, n° 09-42.580 ; Cass. soc., 30 nov. 2010, n° 09-42.530 ; Cass. soc., 28 oct. 2009, n° 08-44.241). En effet, en cas de remplacement définitif d'un salarié absent, la jurisprudence exige que le remplacement « *doit intervenir à une date proche du licenciement ou dans un délai raisonnable après celui-ci* » (Cass. soc., 24 mars 2021, n° 19-13.188).

²²⁹⁹ En effet, la jurisprudence antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 considérait que « *l'acheteur doit effectuer ledit remplacement à une date proche de celle de la défaillance du vendeur. La prétention de l'acheteur doit donc être rejetée lorsqu'il agit avec un retard, et plus généralement chaque fois qu'il est reconnu qu'il ne veille pas suffisamment à ses intérêts (T. com. Le Havre, 1^{re} déc. 1924 : Gaz. Pal. 1925, 1, jurispr. p. 247. – CA Aix-en-Provence, 15 juill. 1957 : RTD com. 1958, p. 306).* » (J. GATSI, actualisé par J.-D. PELLIER, JCl. Contrats – distribution, fasc. 310, « *Vente.- Obligation de délivrance du vendeur . – Sanction de l'inexécution* », 16 juill. 2018, n° 45).

²³⁰⁰ Cass. soc., 8 avr. 2009, n° 07-44.559.

²³⁰¹ Cass. soc., 23 nov. 2016, n° 15-13.068.

²³⁰² Cass. soc., 24 mars 2021, n° 19-13.188.

²³⁰³ Cass. soc., 16 sept. 2009, n° 08-41.879 ; JCP S, n° 45, 3 nov. 2009, 1504, comm. A. Martinon.

l'ancienne autorisation judiciaire obligatoire et préalable à la faculté de remplacement²³⁰⁴. En revanche, il n'en allait pas de même pour l'exigence d'une mise en demeure préalable²³⁰⁵, laquelle ne pouvait être écartée. Une absence totale de délai de régularisation même en cas d'urgence ne serait donc pas admissible. Cependant, la jurisprudence n'écartait pas qu'en cas d'urgence (par exemple, en cas de chaudière tombée en panne en plein hiver) le délai de régularisation soit nettement écourté. Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel d'Agen en date du 27 mai 2009²³⁰⁶ des époux avaient procédé au remplacement de leur chaudière tombée en panne en plein hiver et avaient transmis une mise en demeure, le 29 janvier 2007, et avisé de la mise en œuvre du remplacement, le 5 février 2007 (soit un délai de régularisation d'une semaine). De ce fait, la Cour d'appel a considéré que « *les exigences posées par l'article 1144 du Code civil impliquaient des délais incompatibles avec la nécessité d'assurer rapidement non seulement le chauffage et la production d'eau chaude dans le salon de coiffure exploité par Valérie PORTA, mais aussi la sécurité des personnes.* ». Un délai d'une semaine de régularisation pouvait donc être admis et il pourrait, dans une certaine mesure et en fonction des faits de chaque espèce, être laissée la possibilité pour les parties de déterminer un tel délai de régularisation écourté. Par conséquent, on pourrait envisager qu'un contractant puisse, sans aller jusqu'à se dispenser d'une mise en demeure préalable, prévoir un délai contractuel spécifique particulièrement court en cas d'urgence. La stipulation d'un tel délai serait particulièrement utile dans la mesure où contrairement à l'article 1226 du Code civil, l'article 1222 du Code civil n'envisage pas une dispense de mise en demeure en cas d'urgence. Un raisonnement similaire peut être tenu s'agissant de la faculté de destruction anciennement prévue par l'article 1143 du Code civil. Le fait de savoir si une dispense conventionnelle de mise en demeure pouvait être stipulée ne se posait pas à cette époque, puisque toute obligation de ne pas faire était dispensée de mise en demeure préalable en application de l'ancien article 1145 du Code civil²³⁰⁷. Désormais l'article 1222 du Code civil requiert non seulement une mise en demeure préalable mais aussi une autorisation judiciaire préalable pour la mise en œuvre de cette faculté de destruction. Cette faculté de destruction est donc soumise à des conditions très proches de celles de l'ancienne faculté de remplacement de l'ancien article 1144 du Code civil (qui exigeait auparavant pour cette faculté une autorisation judiciaire et une mise en demeure préalable). Il peut ainsi être induit que probablement la jurisprudence se prononcera en des termes similaires que pour l'ancien article 1144 du Code civil (admettant l'éviction de l'autorisation judiciaire uniquement en cas d'urgence mais pas de la mise en demeure²³⁰⁸). Il en résulte que, de façon analogue, il pourrait être envisagé qu'un contractant, sans aller jusqu'à se dispenser d'une mise en demeure

²³⁰⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 13 déc. 2018, n° 17-27.676 ; Cass. civ. 3^{ème}, 9 févr. 2017, n° 15-19.678 ; Cass. civ. 3^{ème}, 7 juill. 2016, n° 15-18.306 ; Cass. civ. 3^{ème}, 29 juin 2010, n° 09-16.025 ; Cass. civ. 3^{ème}, 12 juin 2001, n° 99-12.127 ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 1997, n° 95-20.509 ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 nov. 1995, n° 93-19.692.

²³⁰⁵ Dans l'ensemble des décisions précitées si les juges admettaient l'éviction de l'autorisation judiciaire, celle-ci n'emportait pas pour autant celle de la mise en demeure préalable. Par exemple, la Cour de cassation a pu affirmer « *Qu'en statuant ainsi, alors que, sauf urgence, le bailleur ne doit rembourser au preneur les travaux dont il est tenu que s'il a été préalablement mis en demeure de les réaliser et, à défaut d'accord, que si le preneur a obtenu une autorisation judiciaire de se substituer à lui, la juridiction de proximité n'a pas donné de base légale à sa décision* » (Cass. civ. 3^{ème}, 9 févr. 2017, n° 15-19.678).

Même en cas de dispense d'autorisation judiciaire, le créancier, lorsqu'il met en œuvre la faculté de remplacement, doit « *au moins prendre la précaution de prévenir son débiteur* » par l'envoi d'une mise en demeure préalable, celle-ci étant un remède de justice privée (C. POPINEAU-DEHAULLON, « *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Étude comparative* », thèse, LGDJ, 2006, p. 867).

²³⁰⁶ CA, Agen, 1^{ère} ch. civ., 27 mai 2009, n° 08/01424.

²³⁰⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} mars 1972, n° 70-12.313 ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 mai 1969, n° 67-13.818 ; Cass. civ. 3^{ème}, 25 oct. 1968, n° 67-10.482.

²³⁰⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 13 déc. 2018, n° 17-27.676 ; Cass. civ. 3^{ème}, 9 févr. 2017, n° 15-19.678 ; Cass. civ. 3^{ème}, 7 juill. 2016, n° 15-18.306 ; Cass. civ. 3^{ème}, 29 juin 2010, n° 09-16.025 ; Cass. civ. 3^{ème}, 12 juin 2001, n° 99-12.127 ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 1997, n° 95-20.509 ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 nov. 1995, n° 93-19.692.

préalable, prévoit un délai contractuel spécifique particulièrement court en cas d'urgence à mettre en œuvre la faculté de destruction. La stipulation d'un tel délai aussi bref pourrait même se justifier davantage en matière de faculté de destruction, cette sanction contractuelle restant, en tout état de cause, soumise à l'autorisation préalable du juge.

Paragraphe II : l'aménagement du « délai raisonnable » prévu par l'article 1226 du Code civil

Avant l'ordonnance du 10 février 2016, l'exigence d'un « *délai raisonnable* » n'était pas complètement inconnue du droit positif. Déjà dans le retentissant arrêt Tocqueville la Cour de cassation n'excluait pas la nécessité de respecter un délai de préavis avant de mettre en œuvre la résolution unilatérale²³⁰⁹. Cependant, en cas d'urgence, la jurisprudence éludait le respect d'une mise en demeure préalable et donc corrélativement un délai de régularisation avant la mise en œuvre de cette sanction contractuelle²³¹⁰. Désormais, outre les autres formalités protectrices prévues par l'article 1226 du Code civil (l'envoi d'une mise en demeure laquelle doit mentionner expressément « *qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat* » et l'obligation de motiver les raisons de la rupture), celui-ci impose le respect d'un « *délai raisonnable* ». Signalons un arrêt qui est allé plus loin que la jurisprudence habituelle en jugeant que la résolution unilatérale ne devait pas nécessairement être précédée d'une mise en demeure en raison de la « *gravité du comportement* » du débiteur sans qu'il soit nécessaire de caractériser une situation d'urgence²³¹¹. Cet arrêt autorisant une « *résiliation expéditive* »²³¹² sans devoir démontrer une situation d'urgence semble contraire à la lettre de l'article 1226 du Code civil lequel impose le respect d'un délai raisonnable préalable. Il faut probablement considérer que cet arrêt a été rendu sur le fondement du droit antérieur et concerne une situation essentiellement casuistique (celui-ci est inédit et n'a pas eu les honneurs d'une publication au Bulletin), ce qui a fait dire à un auteur que « *cet arrêt s'avère donc ici plutôt surprenant.* »²³¹³. En réalité, cette jurisprudence s'inscrit dans la continuité de l'arrêt Tocqueville lequel admet que la gravité du comportement du débiteur « *n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis* » ; cela permet donc aux juges du fond d'écarter ou non ce délai de préavis à l'aune de la gravité de son comportement²³¹⁴. Ce courant prétorien devrait donc se tarir lorsqu'il s'agira de fonder un arrêt sur le droit issu de l'ordonnance du 10 février 2016, l'article 1226 du Code civil ne prévoyant pas cette possibilité de dispense de délai de préavis²³¹⁵. Mais ce courant prétorien s'inspire de l'article L. 442-1-II du Code de commerce et en cas d'application de celui-ci, il

²³⁰⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 13 oct. 1998, n° 96-21.485 : « *Mais attendu que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, et que cette gravité, dont l'appréciation qui en est donnée par une autorité ordinaire ne lie pas les tribunaux, n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis* ».

²³¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 2014, n° 12-27943 ; Cass. civ. 1^{ère}, 24 sept. 2009, n° 08-14524 ; Cass. com., 4 févr. 2004, n° 99-21480.

²³¹¹ Cass. com. éco. et fin., 9 juill. 2019, n° 18-14.029 : « *Mais attendu, d'une part, que la cour d'appel a exactement retenu que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de manière unilatérale à ses risques et périls, sans être tenue de mettre préalablement son cocontractant en demeure de respecter ses obligations ni de caractériser une situation d'urgence* ».

²³¹² Cass. com. éco. et fin., 9 juill. 2019, n° 18-14.029 : JCP E, n° 43-44, 24 oct. 2019, 1486, obs. N. Dissaux.

²³¹³ Cass. com. éco. et fin., 9 juill. 2019, n° 18-14.029 : JCP E, n° 43-44, 24 oct. 2019, 1486, obs. N. Dissaux.

²³¹⁴ V. aussi en ce sens : Cass. com., éco. et fin., 17 févr. 2021, n° 19-19.993 ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 nov. 2018, n° 17-21.287 ; Cass. com., 13 déc. 2005, n° 04-13.374.

²³¹⁵ J.-B. GOUACHE, M. BEHAR-TOUCHAIS, « *Droit de la franchise – Actualité du droit de la franchise 2019 (2^e partie)* », CCC, n°2, févr. 2020, étude 2, n°21.

sera possible de maintenir cet ancien courant en s'appuyant sur le dernier alinéa de cet article prévoyant que « *Les dispositions du présent II ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure.* »²³¹⁶. Dans ce cas, la jurisprudence exigeait une inexécution présentant un degré de gravité suffisant²³¹⁷. La gravité de l'inexécution sera donc à même d'éluder le respect d'un délai de préavis préalable. Cela étant, même si ce courant jurisprudentiel pourrait prospérer ainsi, il pourrait également être défendu qu'il s'agit là d'un délai de préavis et non du délai de régularisation prévu par l'article 1226 du Code civil. La dispense ne concernerait ainsi que le délai de préavis et non le délai de régularisation relevant de l'article précité qui doit être observé sauf en cas d'urgence. D'ailleurs, la Cour de cassation, tout en rappelant le caractère nécessaire d'un délai de régularisation, avait déjà pu admettre la validité d'une clause résolutoire faisant « *sommation à la locataire d'avoir à régulariser "immédiatement et sans délai"* »²³¹⁸. Néanmoins la jurisprudence ne semble pas pour l'heure sensible à cette distinction entre le délai de préavis et le délai de régularisation. Surtout, une décision rendue par la Cour d'appel de Paris a déjà pu reconnaître l'importance de respecter le formalisme de l'article 1226 du Code civil²³¹⁹, en l'occurrence, il était réclamé en référé que soit jugé qu'une résiliation unilatérale était constitutive d'un trouble manifestement illicite. Or, la Cour d'appel a estimé que cette demande était formulée « *sans que soit rapportée une inexécution suffisamment grave de CPF et CSF à leurs obligations contractuelles, sans mise en demeure préalable alors que l'urgence n'était pas caractérisée et sans respect d'un préavis raisonnable.* ». La jurisprudence semble donc particulièrement attentive au respect de ce formalisme de l'article 1226 du Code civil. Il pourrait aussi être tenté de prévoir une clause qui autoriserait le créancier en cas de manquement d'une certaine gravité à résilier unilatéralement et sans délai le contrat. Cette clause reviendrait à assouplir la condition de d'urgence exigée par l'article 1226 du Code civil. Mais comme en augure la décision précitée, la jurisprudence ne devrait pas admettre la validité d'une telle clause qui remettrait en cause le formalisme protecteur de l'article 1226 du Code civil. Ce qui est certain, en revanche, c'est que le « *délai raisonnable* » de l'article 1226 peut dans une certaine mesure faire l'objet d'aménagements conventionnels, ce que la doctrine reconnaît volontiers. Il est en effet loisible aux parties d'encadrer à l'avance l'exercice de la résolution unilatérale en précisant le délai de régularisation accordé au débiteur²³²⁰. Toute la problématique est ici de savoir quelle est l'étendue de la place accordée à cette volonté des parties dans l'appréciation de ce délai de régularisation. Dans la perspective de déterminer la place accordée aux parties dans l'aménagement du délai raisonnable, on peut de prime abord opérer un rapprochement entre le mécanisme de l'article 1226 du Code civil et celui de l'article 1211 du Code civil. Si la résolution unilatérale en matière de contrats à durée indéterminée sanctionne le défaut de respect d'un préavis²³²¹ raisonnable²³²² ou juste²³²³, la volonté contractuelle reste privilégiée sur l'appréciation judiciaire. La jurisprudence rendue considère que dès lors qu'un délai de

²³¹⁶ V. par exemple pour une application de cette jurisprudence autorisant la rupture du contrat sans préavis en cas de gravité des manquements contractuels sur le fondement de l'article L 442-1-II du Code de commerce : CA, Paris, pôle 1, ch. 2, 28 févr. 2019, n° 18/19427.

²³¹⁷ Cass. com., 5 juin 2019, n° 17-26.119 ; Cass. com., 1^{er} mars 2017, n° 15-12.785 ; Cass. com., 9 juill. 2013, n° 12-21.001 ; Cass. com., 18 janv. 2011, n° 10-11.611 ; Cass. com., 25 sept. 2007, n° 06-15.517

²³¹⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 14 déc. 1994, n° 93-12.191.

²³¹⁹ CA, Paris, pôle 1, ch. 2, 30 sept. 2021, n° 21/03250.

²³²⁰ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 578 ; A. BENABENT, « *Les nouveaux mécanismes* », RDC 2016, n° Hors-série, p. 17.

²³²¹ Cass. com., 19 juin 2001, n° 98-21.536 ; Cass. civ., 1^{ère}, 2 févr. 1999, n° 97-12.964 ; Cass. com. 8 avr. 1986, Bull. civ. IV, n° 58 ; Cass. com., 19 nov. 1985, Bull. civ. IV, n° 275.

²³²² Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 2006, n° 03-10.328.

²³²³ Cass. com., 8 févr. 2017, n° 14-28.232.

préavis contractuel est déterminé et respecté par les parties, il ne peut y avoir d'abus dans la rupture du contrat²³²⁴. La rédaction de l'article 1211 du Code civil confirme ce primat conféré à la volonté contractuelle dans la détermination du délai de préavis. Ainsi, selon un raisonnement par analogie, le délai prévu à l'article 1211 du Code civil accordant une place importante à la volonté contractuelle pourrait valoir également s'agissant du délai prévu à l'article 1226 du Code civil. Néanmoins, un tel raisonnement *a pari*, ne nous semble pas ici pertinent. En effet, il ne faut pas confondre le délai de régularisation prévu à l'article 1226 du Code civil avec le délai préavis prévu à l'article 1211 du Code civil²³²⁵, le premier vise à laisser au débiteur une dernière chance de s'exécuter alors que le second lui permet de bénéficier d'un délai pour organiser et faire face aux conséquences de la résolution du contrat notamment pour retrouver un nouveau partenaire contractuel. Il en résulte que le délai raisonnable devrait faire l'objet d'un contrôle plus étroit que le délai de préavis. En effet, l'article 1211 du Code civil dispose que chaque partie peut mettre fin à un contrat à durée indéterminée à tout moment « *sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable.* ». On comprend donc que par principe le délai est déterminé par les parties et ce n'est qu'en l'absence de stipulation d'un tel délai, à titre subsidiaire²³²⁶, que le juge peut déterminer un délai raisonnable. La volonté des parties est ainsi auréolée d'une place de choix dans le cadre du contrôle du délai de préavis. En revanche, l'article 1226 du Code civil est rédigé de manière substantiellement différente, celui-ci dispose que le créancier « *Sauf urgence, (il) doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.* ». La volonté des parties semble occuper une place plus modeste, la détermination du délai raisonnable étant le principe sauf en cas d'urgence. Toutefois, il ne devrait pas pour autant en être déduit que le délai raisonnable serait l'apanage de l'appréciation judiciaire, une place même plus limitée devrait être accordée à la volonté des parties pour déterminer ce délai. Seulement, celle-ci devrait être moins extensive que le délai de préavis. Il reste que la différence d'appréciation entre les délais prévus aux articles 1211 et 1226 du Code civil peut être relativisée dès lors que s'appliqueront les dispositions relatives à la rupture brutale de l'article L. 442-1-II du Code de commerce. Tout d'abord, ces dispositions s'appliquent indépendamment du fait de savoir s'il s'agit d'un délai de régularisation ou de préavis²³²⁷. En la matière, les juges contrôlent plus étroitement le caractère « *raisonnable* »²³²⁸, « *insuffisant* »²³²⁹ ou « *manifestement insuffisant* »²³³⁰ du délai de préavis. Il a par exemple été

²³²⁴ Cass. com., 9 avr. 2002, n° 99-15.532 ; Cass. com., 7 oct. 1997, n° 95-14.158.

²³²⁵ M. LAGELEE-HEYMANN, « *Le « raisonnable » dans le nouveau droit des contrats* », RDC 2018, n°3, p. 473, n°23 : « *En retenant le terme « délai raisonnable » plutôt que celui de « préavis », le législateur donne à entendre qu'il a préféré laisser une dernière chance au débiteur pour qu'il s'exécute.* ».

²³²⁶ N. HAGE-CHAHINE, « *Résolution – Résiliation* », Rép. dr. civ., févr. 2021, n° 340.

²³²⁷ Cass. com., 15 nov. 2011, n° 10-27.838.

²³²⁸ CA, Lyon, 10 avr. 2003, n° 1999/04555 ; CA, Douai, 5 déc. 2002, lettre dist. Mars 2003, p. 3 ; T. com., Paris, 2 avr. 1999, RJDA 1999, n° 883. V. également pour une analyse de ces jurisprudences : M. LAMOUREUX, « *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants* », Thèse, LGDJ, Tome II, n° 599 à 601.

²³²⁹ Cass. com., 22 sept. 2015, n° 13-27.726 ; Cass. com., 19 nov. 2013, n° 12-26.404 ; Cass. com., 18 janv. 2011, n° 10-11.611 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 28 févr. 2018, n° 15/06201 ; T. com., Paris, 19^{ème} ch., 21 oct. 2015, n° 2011077198.

²³³⁰ Cass. com., 3 mai 2012, n° 10-28.367 et n° 10-28.366 ; Cass. com., 21 sept. 2010, n° 09-15.716 ; Cass. com., 9 avr. 2002, n° 99-15.532, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS, RDC 2003, n° 1, p. 256 ; CA, Bastia, ch. civ., 2^{ème} sect., 17 févr. 2021, n° 19/00506 ; CA, Paris, pôle 1, ch. 2, 24 janv. 2019, n° 18/14599 ; CA, Paris, 13 sept. 2017, n° 14/25528, n° 14/23934 et n° 14/13828, obs. C. GRIMALDI, LEDICO, nov. 2017, n° 10, p. 1 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 2006, n° 03-10.328, obs. C. BOISMAIN, LPA, 12 juill. 2006, n° 138, p. 18 ; CA, Versailles, 12^{ème} ch., 14 oct. 2004, RJDA 2005, n° 28 ; CA Paris, 20 oct. 2005, n° 05/13805 et T. com. Paris, 13 juin 2005, SA Compagnie des bateaux à roues c/ SARL Interm'Enzo, n° 2005/9018, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS, RDC 2006, n° 2, p. 431 ; CA, Paris, ch. 14, sect. A, 28 juin 2000, n° 2000/06092, 2000/06984.

jugé qu'un délai de préavis de six mois était suffisant²³³¹. Contrairement à ce qui a pu être défendu antérieurement²³³², force est de constater que le contrôle du juge portant sur le délai de régularisation peut s'avérer particulièrement étroit. Ce délai de préavis devra tenir compte « notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels. » et celui-ci ne pourra être susceptible d'engager la responsabilité de l'auteur de la rupture dès lors qu'il est d'une durée minimale de 18 mois (art. L. 442-1-II, alin. 2, C. com.) ce qui est la principale innovation de cet article L. 442-1-II dans sa nouvelle rédaction²³³³. Ainsi, la jurisprudence s'appuie sur les quatre principaux critères suivants pour déterminer la durée du préavis : l'ancienneté des relations rompues, l'état de dépendance économique de la victime de la rupture, les perspectives de reconversion et de réorganisation du partenaire évincé et le volume d'affaires que représente le partenaire pour la partie victime de la rupture²³³⁴. Partant, la différence d'appréciation qui pourrait résulter des articles 1211 et 1226 du Code civil devrait, en cas d'application de l'article L. 442-1-II du Code de commerce, être relativement limitée eu égard à la règle de primauté de la règle spéciale sur la règle générale (art. 1105, C. civ.). En pratique, c'est essentiellement entre professionnels que le délai raisonnable précédant la mise en œuvre de la résolution unilatérale devrait être apprécié selon les règles fixées par l'article L. 442-1-II du Code de commerce. Dans les autres situations, le juge pourrait alors apprécier le caractère raisonnable du délai de régularisation visé à l'article 1226 du Code civil. Celui-ci s'en remettra à l'appréciation souveraine des juges du fond et il n'est pas à exclure qu'il prenne inspiration auprès des règles prévues à l'article L. 442-1-II du Code de commerce. Aussi, il ne faut pas omettre qu'au stade de l'équilibre de la clause, une telle clause aménageant le délai de préavis serait déjà étroitement encadrée par les dispositions relatives au déséquilibre significatif (cf. art. 1171 C. civ., art. L. 212-1 C. conso et art. L. 442-1 C. com.), ce qui laisse au juge une marge d'appréciation assez mince sur le fondement des articles 1226 et 1104 du Code civil. Il est également évident que le délai de régularisation conventionnel devra être déterminé en fonction de la possibilité pour le débiteur d'exécuter l'obligation en cause dans le cadre de ce délai et malgré les difficultés d'exécution pouvant survenir²³³⁵. Comme pour la faculté de remplacement et de destruction de l'article 1222 du Code civil, le juge pourra contrôler, d'une part, un délai conventionnel qui ne serait pas suffisamment long pour laisser au débiteur une dernière chance de s'exécuter et, d'autre part, un délai excessivement long lequel manifesterait le défaut d'intérêt du créancier à obtenir cette sanction et soulignerait ainsi son caractère superfétatoire. Enfin, il est essentiel que le non-respect du « *délai raisonnable* » de l'article 1226 du Code civil fasse l'objet d'une sanction particulière. En ce sens, le Professeur GENICON alertait sur le risque que la formalité « *délai-supplémentaire* » en matière de résiliation unilatérale soit détournée « *soit que le créancier fixe un délai dérisoire, soit qu'il n'en fixe pas du tout. Or, faute d'être assortie d'une sanction particulière, on ne voit pas bien ce qu'elle apporte de plus lorsque le créancier est de toute façon décidé à se débarrasser de son débiteur.* »²³³⁶. Le rattachement du délai raisonnable à la bonne foi contractuelle de

²³³¹ Cass. com., 12 mai 2004, n° 01-12.865.

²³³² M. LAMOUREUX, « *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants* », Thèse, LGDJ, Tome II, n° 601 : « *Dans ces conditions, si le contrôle du juge a donc encore une place, les parties en réduisent néanmoins la portée, le standard de référence n'étant plus le raisonnable mais le manifestement déraisonnable* ».

²³³³ C.-A. MAETZ, JCl. conc. cons. Fasc. 300, « *rupture brutale de relations commerciales établies* », 30 sept. 2019, n° 40.

²³³⁴ C.-A. MAETZ, JCl. conc. cons. Fasc. 300, « *rupture brutale de relations commerciales établies* », 30 sept. 2019, n° 43.

²³³⁵ J. LAFOND, JCl N, fasc. 310, Bail commercial. – Résolution unilatérale ou amiable, 1^{er} juin 2018, n°12 : « *il faut que l'exécution de l'obligation puisse être possible dans le délai imparti, compte tenu de tous les obstacles (matériels techniques, juridiques...) que le débiteur est susceptible de rencontrer.* ».

²³³⁶ T. GENICON, « *La résolution du contrat pour inexécution* », Thèse L.G.D.J, 2007, n° 615.

l'article 1104 du Code civil permettrait ainsi au juge de prononcer la neutralisation de l'action en résolution unilatérale et/ou l'engagement de la responsabilité du débiteur à verser des dommages-intérêts. Le créancier pourrait même agir en référé dans les conditions de l'article 873 ou 835 du Code de procédure civile pour obtenir une provision ou l'exécution de l'obligation du débiteur, ce qui reviendrait à neutraliser les effets de la résolution unilatérale. Cette sanction de la déchéance du droit d'agir en résolution du contrat est d'ailleurs prévue de *lege ferenda* par les textes Unidroits et Landö en cas de défaut de notification dans un délai raisonnable par le créancier²³³⁷.

Paragraphe III : l'aménagement du « délai raisonnable » prévu par l'article 1231 du Code civil

Comme les articles 1222 et 1226, l'article 1231 du Code civil impose, outre le respect d'une mise en demeure préalable, le respect d'un « délai raisonnable ». Initialement, dans le projet d'ordonnance de 2015, ce délai n'était pas prévu, il a été introduit dans la version définitive de l'ordonnance du 10 février 2016. Cette nouveauté en apparence de ladite ordonnance n'en est pas réellement une. La jurisprudence antérieure en matière de devis a déjà pu imposer le respect d'un tel délai raisonnable. La Cour de cassation avait censuré un arrêt en ces termes : « *Qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si l'entrepreneur, infructueusement mis en demeure par le maître de l'ouvrage, avait manqué à son obligation de livrer les travaux dans un délai raisonnable, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* »²³³⁸. En l'espèce, le devis ne comprenait aucun délai d'exécution ou planning conventionnellement fixé, la Cour Régulatrice avait donc imposé aux juges du fond dans ce cas de rechercher si le maître de l'ouvrage avait manqué à son obligation de réaliser les travaux dans un délai raisonnable. Cette position a été confirmée par la Cour laquelle énonce que la juridiction de proximité « *a retenu, à bon droit, que le point de départ du délai pris en compte était la date du devis et souverainement que le délai de trois mois, écoulé entre la date du devis et celle de la dénonciation du contrat, était un délai raisonnable au cours duquel M. Y... était en mesure de réaliser les travaux, tout au moins de les débiter* »²³³⁹. La formulation du « délai raisonnable » paraît semblable aux articles 1222 et 1226 du Code civil, pourtant il apparaît que la jurisprudence rapproche ce dernier de celui prévu à l'article 1211 du Code civil. En effet, comme expliqué précédemment, dans cet article 1211 il est posé par principe le respect d'un délai conventionnel et, à défaut, celui d'un délai raisonnable. Plusieurs arrêts rendus par les juges du fond semblent de façon similaire accorder une place de choix à la volonté des parties dans la détermination du « délai raisonnable » de l'article 1231 du Code civil. Ainsi, la Cour d'appel de Metz a jugé que « *en l'absence de mention dans le devis d'un délai d'exécution, l'entreprise doit réaliser les travaux dans un délai raisonnable à compter de l'acceptation dudit devis. En l'espèce, le délai d'exécution dont fait état Mme T.-C., à savoir la fin du mois de décembre 2018, constitue un délai raisonnable compte tenu de la nature et l'importance des travaux à réaliser.* »²³⁴⁰. Il ressort de cet arrêt qu'en l'absence de fixation d'un délai conventionnel, les travaux doivent être réalisés dans un délai raisonnable. La volonté des parties est donc préférée à l'imposition

²³³⁷ Art. 9.303(2), PDEC, art. 7.3.2(2), Unidroit. Les commentateurs des PDEC reconnaissent que « *La condition de notification permettra au débiteur d'éviter tout préjudice dû à l'incertitude quant à savoir si le créancier acceptera l'exécution. Elle empêche en même temps le créancier de spéculer sur une hausse ou une baisse de la valeur de l'exécution au détriment du débiteur.* ».

²³³⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 16 mars 2011, n° 10-14.051.

²³³⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 29 sept. 2016, n° 15-18.238.

²³⁴⁰ CA, Metz, 3^{ème}, 28 oct. 2021, n° 20/01645.

par les juges d'un délai raisonnable. De même, la Cour d'appel de Nîmes²³⁴¹ a pu affirmer que « *Le devis signé par les parties ne précise aucune date de début et de fin de chantier. A défaut de délai d'exécution et de planning fixé, l'entrepreneur doit effectuer les travaux dans un délai raisonnable dont le point de départ est la date du devis.* ». La Cour d'appel de Saint-Denis (Réunion) a également statué dans le même sens, même si le créancier ne s'était pas prévalu du respect d'un délai raisonnable en l'espèce²³⁴². Partant, les parties devraient disposer d'une importante marge de manœuvre pour déterminer le délai raisonnable de l'article 1231 du Code civil. Il serait d'autant plus utile de mobiliser cette marge de manœuvre qu'il a pu être soulevé que s'agissant des dommages-intérêts moratoires qu'« *Il serait regrettable qu'ils ne soient désormais dus qu'à compter d'un délai raisonnable calculé de manière à offrir au débiteur une dernière chance de paiement. Cela nuirait injustement au créancier en retardant sans raison le point de départ du retard.* »²³⁴³. Le Professeur DESHAYES préconisait ainsi que les tribunaux « *devront considérer, dans ce cas, que le délai « raisonnable » est proche de zéro.* ». Néanmoins, selon nous, les dommages-intérêts moratoires ne devraient pas être concernés par le respect d'un tel délai raisonnable, l'article 1231-6 du Code civil prévoyant que « *Les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure.* ». Dans le même sens, l'article 1344-1 du Code civil dispose que « *La mise en demeure de payer une obligation de somme d'argent fait courir l'intérêt moratoire, au taux légal, sans que le créancier soit tenu de justifier d'un préjudice.* ». Ce qui confirme bien que la règle séculaire²³⁴⁴ selon laquelle les dommages-intérêts moratoires sont dus à partir de la mise en demeure n'est pas remise en cause. Pour rassurer ceux qui douteraient du maintien de cette règle, il est toujours loisible aux parties de stipuler que les dommages-intérêts moratoires sont dus à compter de la mise en demeure, immédiatement et sans délai. Puis, s'agissant des dommages-intérêts compensatoires, un délai raisonnable doit également être observé. Le Professeur DESHAYES préconisait alors pour parer cette formalité deux solutions pour les juges : « *Ils pourront, bravant la lettre des textes, considérer que l'assignation en justice tendant à l'allocation de dommages et intérêts vaut « mise en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable » (sic). Ils pourront aussi, d'une manière moins visiblement attentatoire à l'article 1231, décider que la disposition ne s'applique qu'aux dommages et intérêts moratoires.* »²³⁴⁵. Comme expliqué précédemment s'agissant de la mise en demeure, il nous semble que la meilleure solution serait de considérer que l'assignation en justice vaut mise en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable. En effet, le défendeur dispose d'un temps nécessaire pour la préparation de sa défense, c'est pour cette raison que devant le Tribunal judiciaire (art. 754, alin. 2, CPC) ou le Tribunal de commerce (art. 856, C. com) un délai de quinze jours au moins doit être observé entre la date de délivrance de l'assignation et celle de l'audience. Il s'infère donc naturellement de l'assignation un délai raisonnable pendant lequel le débiteur pourra régulariser sa situation et celui-ci court également tout au long de l'audience. Ainsi, on peut parfaitement subodorer que le débiteur faisant l'objet d'une telle assignation se sera en cours d'instance exécuté de manière volontaire, ce qui aurait pour effet de faire disparaître l'objet du litige. Dans ce cas, il sera loisible au créancier qui a assigné son débiteur de « *se désister de sa demande en vue de mettre fin à l'instance.* » (art. 394, CPC) ; celui-ci en tant que demandeur dispose de la liberté de se désister de l'instance conformément à l'un des principes directeurs du procès civil selon lequel « *Seules les parties introduisent*

²³⁴¹ CA, Nîmes, 2^{ème} ch. civ., sect. A, 12 déc. 2019, n° 18/02377.

²³⁴² CA, Saint-Denis (Réunion), ch. com., 10 mars 2021, n° 19/00437.

²³⁴³ O. DESHAYES, « *La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016* », RDC 2019, n°1, p. 29.

²³⁴⁴ Cass. civ., 21 juill. 1907, DP 1910, 1, 25.

²³⁴⁵ O. DESHAYES, « *La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016* », RDC 2019, n°1, p. 29.

l'instance, (...) Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement (...) » (art. 1^{er}, CPC)²³⁴⁶. Partant, il nous semble que l'assignation en justice peut pour le débiteur valoir mise en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable.

SECTION II : la clause aménageant les « meilleurs délais »

La formulation « *dans les meilleurs délais* » pose question en doctrine²³⁴⁷. Comme expliqué ci-avant, cette formule signifie dans le langage courant le plus rapidement possible, elle met en exergue un objectif particulier de célérité. Ainsi, il y a un départ à opérer entre ces « *meilleurs délais* » et le « *délai raisonnable* » où les premiers apparaissent comme étant plus courts que le second. Plusieurs exemples d'adoption de cette formulation de « *meilleurs délais* » dans certains textes permettent d'augurer de la célérité particulière de ces délais. En premier lieu, comme précédemment, citons plusieurs textes où cette référence aux « *meilleurs délais* » existe. Il y a l'obligation de notification « *dans les meilleurs délais* » du responsable de traitement en cas de violation de données à caractère personnel auprès de la CNIL (art. 33, RGPD). Le règlement n° 2016/679 dit RGPD précise en son article 33 que ce délai doit être « *si possible, de 72 heures au plus tard* ». Il s'agit donc d'un délai particulièrement court lequel se compte en quelques jours. Citons également l'exemple du droit d'opposition exercé tardivement par le titulaire d'une carte bancaire volée. Sous l'empire de l'ancien article L. 132-3 du Code monétaire et financier, le titulaire ayant exercé son droit d'opposition était tenu de payer les retraits frauduleux à concurrence de 150 euros maximum. Néanmoins, le bénéfice de ce plafond était écarté si le titulaire avait fait preuve de négligence ou s'il n'avait pas exercé son opposition « *dans les meilleurs délais* ». Or, la jurisprudence en droit bancaire considère que ce délai correspond à une « *période relativement brève* »²³⁴⁸, une opposition formée dans un délai supérieur à une semaine est tardive²³⁴⁹ alors que celle formée dans un délai de deux²³⁵⁰ ou cinq²³⁵¹ jours est valable. Qu'il s'agisse des violations de données ou de l'exercice de l'opposition du titulaire d'une carte bancaire, les « *meilleurs délais* » correspondent à environ quelques jours sans dépasser une semaine. On peut aussi citer le règlement du 29 mai 2000 n° 1348/2000 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale. La notion de « *meilleurs délais* » est mentionnée à plusieurs reprises, en particulier, l'article 6-1. du règlement dispose que « *A la réception de l'acte, l'entité requise adresse par les moyens les plus rapides un accusé de réception à l'entité où il doit être procédé à la signification ou à la notification d'origine, dans les meilleurs délais et, en tout cas, dans les sept jours qui suivent cette réception en utilisant le formulaire type ou figurant en annexe.* ». Ainsi, les meilleurs délais en cause ne peuvent être supérieurs à 7 jours. Ce type de délai est donc particulièrement court même s'il faut signaler que parfois celui-ci peut varier au gré des situations. Par exemple, en cas d'exercice du droit de rétractation en droit de la consommation ou en droit financier en matière d'offres portant sur des services financiers, le remboursement de la personne exerçant ce droit doit intervenir « *dans les meilleurs délais et au plus tard dans les trente jours* »²³⁵². En matière d'exercice des droits des personnes concernées au sens du

²³⁴⁶ N. FRICERO, JCl. N., Fasc. 10 : Désistement, 26 oct. 2018, n° 15.

²³⁴⁷ Ph. DUPICHOT, avec la collaboration de J.-D. BRETZNER et M. THOMAS, « *Contrats et obligations - User des prérogatives contractuelles* », JCP E, n° 25, 23 juin 2016, 1375, n° 24.

²³⁴⁸ Cass. com., 28 juin 2011, n° 10-19.265 : LEDB, sept. 2011, note J. LASSERRE CAPDEVILLE.

²³⁴⁹ CA, Paris, 10 avr. 2008, n° 06/16094.

²³⁵⁰ CA, Lyon, 3 juin 2004, n° 03/00446.

²³⁵¹ CA, Douai, 22 mars 2007, n° 06/00027.

²³⁵² Art. L 341-16, C. mon. et fin. et art. L 222-14 du C. de la conso.

RGPD, les meilleurs délais correspondent au maximum à une durée d'un mois (en excluant les cas particuliers de prolongations de ce délai) et l'article 12 dispose que le responsable de traitement « fournit à la personne concernée des informations sur les mesures prises à la suite d'une demande formulée (...) dans les meilleurs délais et en tout état de cause dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande. ». Ou encore en matière de contrats de vente de voyages et de séjours l'article R. 211-9 du Code du tourisme considère que les meilleurs délais ne peuvent pas être supérieurs à 14 jours et prévoit que « Si le contrat est résolu et le voyageur n'accepte pas d'autre prestation, l'organisateur ou le détaillant rembourse tous les paiements effectués par le voyageur ou en son nom dans les meilleurs délais et en tout état de cause au plus tard quatorze jours après la résolution du contrat, sans préjudice d'un dédommagement en application de l'article L. 211-17. ». Néanmoins, ajoutons que les « meilleurs délais » apparaissent particulièrement court essentiellement au regard de leur comparaison avec le standard juridique classique du « délai raisonnable »²³⁵³. En effet, et par contraste, le « délai raisonnable » impose le respect d'un délai dont la nature est différente, autorisant le juge à contrôler aussi bien son caractère excessivement court ou long. Alors que le contrôle judiciaire portant sur la temporalité de la notification prévue aux articles 1220 et 1223 du Code civil devrait être principalement axé sur le caractère excessivement court du délai destiné à informer le débiteur de la décision prise par le créancier²³⁵⁴. Le délai de régularisation étant dépassé, la sanction contractuelle dont le créancier a menacé de mettre en œuvre est imminente. Cependant, pour que la mise en œuvre régulière de cette sanction demeure acquise pour le créancier, celui-ci doit informer le plus rapidement possible le débiteur de son choix d'opter et d'appliquer cette sanction. Le plus souvent le risque devrait donc être que le créancier fasse preuve de négligence en laissant s'écouler un délai trop long le privant de la possibilité de mettre en œuvre la sanction dont il souhaitait se prévaloir. Compte tenu de la formulation du texte, « dans les meilleurs délais », le créancier faisant preuve d'une ardeur très vive pour notifier sa décision ne devrait pas faire l'objet de sanction, ni engager la responsabilité du créancier. En effet, d'une part, il s'agit d'un simple délai d'information et non de préavis pour lequel il est loisible aux parties de l'ajouter dans la notification ou de régularisation²³⁵⁵ et, d'autre part, il peut être dans l'intérêt à la fois du créancier comme celui du débiteur que celle-ci intervienne très rapidement. Partant, sanctionner une notification intervenue trop rapidement n'aurait ici guère de sens. En effet, cela aurait pour effet de condamner l'acte unilatéral envoyé par le créancier comprenant à la fois une mise en demeure et une notification. Ce délai particulièrement court devrait, comme c'est le cas pour le « délai raisonnable »²³⁵⁶, être considéré comme le corollaire de la bonne foi contractuelle²³⁵⁷. Aussi, force est de constater que cette exigence de rapidité n'est prévue

²³⁵³ V. par exemple sur ce point : B. MERCADAL, « *Mémento Pratique Droit commercial* », Francis Lefebvre 2021, n° 14919, selon lequel la notification dans les meilleurs délais de l'article 1223 du Code civil signifie que le créancier « doit faire au plus vite, et pas seulement dans un délai raisonnable. ».

²³⁵⁴ V. notamment sur la vocation informative de la notification : Y.-M. LAITHIER, « *Les sanctions de l'inexécution du contrat* », RDC 2016, n° Hors-série, p. 39.

²³⁵⁵ Il a été démontré par un auteur qu'il revient de distinguer le délai d'information consubstantiel à la notification du délai de régularisation consubstantiel à la mise en demeure ; la notification « doit être distinguée de la mise en demeure parce qu'elle n'a pas les mêmes objectifs : il ne s'agit plus de donner une seconde chance au débiteur mais de l'informer du remède mis en œuvre. » (C. POPINEAU-DEHAULLON, « *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Étude comparative* », thèse, LGDJ, 2006, p. 491).

²³⁵⁶ L. NICOLAS-VULLIERME, « *Le "délai raisonnable" ou la mesure du temps* », LPA 3 janv. 2005, n° 12 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, « *Droit civil. Les obligations* », Dalloz, 2002, 8^{ème} éd., n° 185 ; J.-M. DO CARMO SILVA, « *Forme impérative du congé et responsabilité contractuelle du bailleur malveillant* », LPA 26 mars 1999, n° 17.

²³⁵⁷ La notion de « meilleurs délais » devrait relever d'une des importantes manifestations de la bonne foi, le devoir de coopération et l'obligation contractuelle d'information (Ph. le TOURNEAU, M. POUMAREDE, « *Bonne foi* », Rép. dr. civ., janv. 2017, actualisation : avr. 2019, n° 95 à 103). En effet, selon la formule de DEMOGUE « une des conséquences de l'idée de collaboration entre les contractants est l'obligation pour

que pour les articles 1220 et 1223 du Code civil et non pour la résolution unilatérale à l'article 1226 du Code civil. On peut ainsi s'interroger sur les raisons qui ont justifié une telle différence de rédaction. Un auteur a pu arguer que « *Peut-être est-ce tout simplement parce que la résolution ne produit son effet qu'à partir du moment où elle est notifiée. Autrement dit, comme la résolution résulte ici d'un acte juridique réceptice, ce que confirme d'ailleurs l'article 1229, la notification ne saurait servir à informer rapidement le cocontractant de ce qui aurait déjà eu lieu, puisque, avant elle, rien n'a pu avoir lieu !* »²³⁵⁸. Pour cet auteur, ce qui expliquerait cette célérité particulière de la notification c'est que la sanction a déjà produit ses effets, c'est pourquoi le créancier devrait en être informé très rapidement. Cet auteur²³⁵⁹ admet que la notification puisse être à l'origine de la prise d'effet de la résolution unilatérale mais qu'il n'en va pas de même de l'article 1220 et 1223 du Code civil en raison de l'ajout de la formulation « *dans les meilleurs délais* ». Or, de notre point de vue, il nous semble important de retenir une conception uniforme de la notification (à l'instar de la mise en demeure) laquelle a pour rôle de remplacer le jugement²³⁶⁰, elle permet ainsi de contrebalancer le caractère énergique de certaines sanctions contractuelles unilatérales en imposant que leur prise d'effet soit conditionnée à la réception de la notification par le débiteur. Seule l'exception d'inexécution de l'article 1219 du Code civil pourrait suivre le raisonnement soutenu par cet auteur dans la mesure où celle-ci n'impose le respect d'aucun formalisme particulier. De même, le contraste entre la rédaction de l'article 1220 et 1653 du Code civil est patent. Cette faculté de suspension en cas de crainte d'être troublé (proche du mécanisme de l'exception pour risque d'inexécution) autorise l'acheteur à « *suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble* » sans qu'aucune formalité préalable ou délai d'information de la prise d'effet de cette sanction ne soit imposé. En revanche, selon le rapport remis au président de la République et accompagnant l'ordonnance du 10 février 2016, l'exception pour risque d'inexécution de l'article 1220 du Code civil nécessitait d'être « *plus encadré que l'exception d'inexécution* » ; c'est précisément cette formalité de la notification qui établit cet encadrement. Plus précisément, s'il devait être considéré que l'effet de la sanction contractuelle pouvait être opposable au débiteur avant qu'il en soit informé cela serait particulièrement choquant ; le créancier serait libéré d'une partie de ses obligations en se prévalant d'un risque d'inexécution²³⁶¹ sans même que le débiteur n'en soit préalablement informé alors qu'une notification est imposée par les textes. On ne voit pas pour quelle raison cette notification ne serait pas la même que celle de l'article 1226 du Code civil²³⁶². De la même façon, qu'on ne voit pas pourquoi la mise en demeure dans un délai raisonnable prévue par les articles 1222, 1226 et 1231 du Code civil ne serait pas la même que la mise en demeure ne précisant pas ce délai raisonnable des articles 1221, 1223, 1225, 1231-5 et 1231-6 du Code civil. Comme la mise en demeure, la notification devrait conserver une conception uniforme, peu importe la sanction contractuelle dont il est question. De même, le débiteur subissant la suspension de l'article 1220 du Code civil doit pouvoir dès la mise en œuvre de celle-ci exercer tous les recours à sa disposition. Or, si la sanction produit effet avant la

chacun d'avertir l'autre en cours de contrat, des événements qu'il a intérêt à connaître pour l'exécution du contrat » (R. DEMOGUE, « *Traité des obligations en général* », t. VI, éd. : A. Rousseau (Paris), 1932, n°29, p. 38). Or, il est clair que le débiteur faisant l'objet d'une sanction contractuelle a intérêt à connaître la décision définitive du créancier pour l'exécution du contrat souhaitant mettre en œuvre l'exception pour risque d'inexécution (art. 1220, C. civ.) ou la réduction du prix (art. 1223, C. civ.).

²³⁵⁸ J.-F. HAMELIN, « *L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant* », RDC 2018, n°3, p. 514.

²³⁵⁹ J.-F. HAMELIN, « *L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant* », RDC 2018, n°3, p. 514.

²³⁶⁰ C. POPINEAU-DEHAULLON, « *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Étude comparative* », thèse, LGDJ, 2006, p. 485.

²³⁶¹ A. REYGROBELLET, « *L'exception d'inexécution préventive* », BJS 2016, n° 9, p. 544.

²³⁶² V. par exemple sur le fait que la notification de l'exception pour risque d'inexécution correspond à la mise en œuvre de cette sanction contractuelle (P. GROSSER, « *La réforme en pratique. L'exception d'inexécution* », AJCA, 2014. 320).

notification, le débiteur ne pourrait contester ce qu'il n'est pas en mesure de connaître²³⁶³. En particulier, le débiteur serait ainsi privé de l'utilité d'une action en référé dans des situations où la suspension constituerait un « *trouble manifestement illicite* »²³⁶⁴. Au surplus, considérer que la notification correspond à la date de prise d'effet de la suspension, donne une chance au débiteur d'être éventuellement informé des raisons motivants celle-ci à la manière de l'article 1226 du Code civil²³⁶⁵. De même, cela permettrait de laisser au débiteur une chance d'apporter une garantie complémentaire le plus tôt possible visant à mettre fin aux effets de la suspension²³⁶⁶. S'agissant de l'article 1223 du Code civil le raisonnement de l'auteur précité serait encore moins tenable car, outre que le texte impose l'acceptation du débiteur pour réduire le prix, la réduction du prix est une sanction définitive (et non conservatoire à la différence de l'article 1220 du Code civil). Cette sanction nécessite ainsi d'être encadrée et sa mise en œuvre ayant vocation à être définitive, cela justifie que sa prise d'effet ne soit pas antérieure au jour de la notification. Aussi, l'ajout des termes « *dans les meilleurs délais* » au sein de l'article 1223 du Code civil a été effectué par l'amendement d'un député lequel a motivé celui-ci en affirmant que cela permettrait « *d'éviter que le créancier profite de ce dispositif pour retarder de manière dilatoire le paiement des sommes dues au débiteur.* »²³⁶⁷. Il apparaît donc que la *ratio legis* de cet ajout visait à empêcher le créancier de se prévaloir de la réduction du prix à des fins dilatoires, dans le seul but de retarder le remboursement de la somme due au débiteur. Cela revient à imposer au créancier une obligation de célérité dont l'objectif est de préserver le débiteur de la négligence (volontaire ou involontaire) du créancier. De manière générale, la célérité de la notification est imposée pour certaines sanctions unilatérales compte tenu de leur caractère particulièrement énergique, ce qui est le cas de la réduction du prix et de l'exception pour risque d'inexécution. Elle permet, le cas échéant, de sanctionner le créancier négligeant qui n'aurait pas rapidement porté à la connaissance du débiteur sa décision de mettre en œuvre une telle sanction contractuelle. Même dans les cas où une notification est imposée sans que la formulation « *dans les meilleurs délais* » ne soit prévue, ce qui est le cas de l'article 1226 du Code civil, cela ne devrait pas empêcher aux juges de s'assurer que la notification est intervenue rapidement. Le

²³⁶³ V. en ce sens : « *Tout d'abord, le principe d'un avertissement préalable paraît particulièrement justifié lorsque le débiteur n'a pas encore manqué à ses obligations. Autant il est admissible que la réponse à une inexécution avérée soit rapide et informelle, autant le débiteur doit connaître les raisons qui poussent son cocontractant à suspendre l'exécution de ses obligations. Cela lui permettra, d'ailleurs, de contester éventuellement le bien-fondé de la décision de son cocontractant.* » (G. CHANTEPIE, « Contrat : effets – Durée du contrat », Rép. dr. civ., janv. 2018 (actualisation : déc. 2020), n°197).

²³⁶⁴ On peut par exemple citer un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris dans lequel les juges d'appel ont validés le raisonnement du premier juge qui a retenu que « *la suspension, par les sociétés hôtelières, de l'exécution des contrats de prestation de services hôteliers constituait un trouble manifestement illicite qu'il appartient au juge des référés de faire cesser et a ordonné aux sociétés hôtelières de reprendre, dans un délai de huit jours à compter du prononcé de l'ordonnance à intervenir, sous astreinte, l'exécution des contrats* » (CA, Paris, pôle 1, ch. 3, 1^{er} sept. 2021, n° 20/13706).

²³⁶⁵ V. par exemple en faveur de la motivation de la suspension au sein de l'acte de notification : « *Il faut aussi sans doute considérer que la notification doit comporter une certaine motivation, c'est-à-dire mentionner au moins l'obligation dont l'inexécution est suspendue ainsi que le risque d'inexécution craint de la part de l'autre partie.* » (A. REYGROBELLET, « *L'exception d'inexécution préventive* », BJS 2016, n° 9, p. 544).

²³⁶⁶ Cette possibilité de pouvoir donner caution se rapprocherait ainsi la faculté de suspension prévue par l'article 1653 du Code civil selon lequel : « *Si l'acheteur est troublé ou a juste sujet de craindre d'être troublé par une action, soit hypothécaire, soit en revendication, il peut suspendre le paiement du prix jusqu'à ce que le vendeur ait fait cesser le trouble, si mieux n'aime celui-ci donner caution, ou à moins qu'il n'ait été stipulé que, nonobstant le trouble, l'acheteur paiera.* ».

²³⁶⁷ S. HOULIE, amendement n° 21, déposé en première lecture le 7 déc. 2017 (adopté le 11 déc. 2017), texte n° 429, adopté par la Commission, sur le projet de loi, adopté par le Sénat, ratifiant l'ordonnance du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. En effet, la formule « *dans les meilleurs délais* » avait été tronquée par les sénateurs dans le texte adopté en deuxième lecture au Sénat, le texte adopté par l'Assemblée nationale est donc venu remettre cette formule dans le texte final.

législateur a simplement voulu préciser davantage le contrôle temporel de la notification pour les articles 1220 et 1223 du Code civil lesquels constituent des sanctions contractuelles nouvelles en droit positif (à la différence de la résolution unilatérale qui était largement consacrée par la jurisprudence antérieure). Selon la même logique, tous les articles exigeant une mise en demeure sans faire une référence expresse au délai raisonnable ne devraient pas empêcher les juges de vérifier qu'un délai raisonnable a été octroyé au débiteur. Partant, la notification dans les meilleurs délais poursuit deux objectifs : d'une part, informer le plus rapidement possible le débiteur de la mise en œuvre de la sanction contractuelle et, d'autre part, s'assurer que le créancier notifie et mette donc en œuvre la sanction contractuelle en cause le plus rapidement possible. Cela démontre son intérêt particulier à se prévaloir de cette sanction ainsi que son utilité particulière pour le créancier. En effet, si le créancier mettait en œuvre cette sanction dans un délai excessivement long, cela serait révélateur de sa négligence et de son absence d'intérêt à se prévaloir d'une telle sanction à brève échéance. Ainsi, la notification dans les « *meilleurs délais* » serait appréciée à compter de la date à laquelle les conséquences de l'inexécution sont devenues suffisamment graves pour l'article 1220 du Code civil ou à compter de la date d'expiration du délai de régularisation de la mise en demeure ou de celle où l'exécution est devenue imparfaite pour l'article 1223 du Code civil (en cas de dispense de mise en demeure). En pratique, le contrôle de la réalisation de la notification « *dans les meilleurs délais* » devrait essentiellement se poser pour l'article 1220 du Code civil. En effet, l'article 1223 du Code civil prévoit l'acte réceptice de la mise en demeure, laquelle pourrait également comporter une notification de la décision du créancier à défaut pour le débiteur de s'exécuter volontairement dans un délai raisonnable. Cette pratique est fréquente s'agissant de la résolution unilatérale. Elle permet ainsi d'éviter la problématique de l'aménagement conventionnel de la formulation « *dans les meilleurs délais* », la notification étant effectuée dans le même acte formel que la mise en demeure. En revanche, dans l'hypothèse de l'article 1220 du Code civil (**Paragraphe I**) et de l'article 1223 du Code civil (**Paragraphe II**) (si la notification n'a pas été prévue initialement dans la mise en demeure), se pose la question de l'aménagement conventionnel de l'exigence temporelle des « *meilleurs délais* ».

Paragraphe I : l'aménagement des « meilleurs délais » prévu par l'article 1220 du Code civil

Comme expliqué plus haut, les « *meilleurs délais* » constituant un délai plus court que celui du « *délai raisonnable* », il serait particulièrement utile de déterminer par voie conventionnelle ces derniers²³⁶⁸. En effet, il ressort des exemples précités que ce délai pourrait varier de quelques jours à quelques semaines. Il ne serait donc utile de fixer, en fonction de la situation des parties, ce délai par voie conventionnelle. La clause qui écarterait tout bonnement le fait que la notification doit être effectuée « *dans les meilleurs délais* »²³⁶⁹ serait plus délicate, dans la mesure où le juge devrait toujours avoir la possibilité de contrôler que la notification a bien été effectuée en temps utile. Un délai excessivement long entre la date à laquelle l'exception pour risque d'inexécution peut être mise en œuvre (c'est-à-dire qu'il est manifeste que le débiteur ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves) et la date de la notification démontrerait une certaine négligence du créancier. Si le créancier a réellement intérêt à brève échéance à mettre en

²³⁶⁸ J.-F. HAMELIN, « *L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant* », RDC 2018, n°3, p. 514.

²³⁶⁹ J.-F. HAMELIN, « *L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant* », RDC 2018, n°3, p. 514. Cette clause d'aménagement est proposée par cet auteur qui ne semble pas considérer celle-ci comme illicite.

œuvre cette sanction contractuelle alors il doit le faire avec célérité. Cette exigence temporelle qui n'est pas prévue pour l'article 1226 du Code civil constitue un encadrement supplémentaire ; il manifeste la volonté du législateur de renforcer le formalisme entourant l'exception pour risque d'inexécution²³⁷⁰. En effet, celle-ci constitue une nouvelle sanction contractuelle qui a été introduite par l'ordonnance du 10 février 2016. Il pourrait effectivement exister un risque d'instrumentalisation de cette sanction pour suspendre le lien contractuel ; le fait d'imposer une obligation de célérité à la charge du créancier vise à s'assurer que celui-ci a un réel besoin à bref délai de suspendre ses obligations. S'il attend trop longtemps avant de notifier au débiteur sa décision, il devrait perdre le droit de s'en prévaloir et/ou engager sa responsabilité contractuelle. Il nous semble donc difficilement envisageable de pouvoir éluder conventionnellement le fait que la notification intervienne « *dans les meilleurs délais* » même s'il reste loisible aux parties de déterminer avec plus de précisions ces délais.

Paragraphe II : l'aménagement des « meilleurs délais » prévu par l'article 1223 du Code civil

Comme expliqué précédemment, l'ajout des termes « *dans les meilleurs délais* » au sein de l'article 1223 du Code civil a été effectué par l'amendement d'un député lequel a motivé celui-ci en affirmant que cela permettrait « *d'éviter que le créancier profite de ce dispositif pour retarder de manière dilatoire le paiement des sommes dues au débiteur.* »²³⁷¹. Ce qui rejoint l'obligation de célérité et de diligence du créancier (évoquées plus haut à l'égard de l'article 1220 du Code civil) lorsqu'il souhaite mettre en œuvre la réduction du prix, à défaut, il serait jugé négligeant. La clause qui écarterait le fait que la notification doit être effectuée « *dans les meilleurs délais* »²³⁷², comme pour l'article 1220 du Code civil, serait délicate dans la mesure où le juge devrait toujours avoir la possibilité de contrôler que la notification a bien été effectuée en temps utile. Cette clause devrait d'autant plus être condamnée s'agissant de la réduction du prix. Le préjudice porté au débiteur pourrait avoir des conséquences plus importantes dans la mesure où la réduction du prix constitue une sanction contractuelle définitive alors que la suspension préventive (art. 1220 C. civ.) constitue une sanction contractuelle provisoire. Même si le débiteur régularisait l'exécution imparfaite que lui reproche le créancier, il ne disposerait pas d'une chance d'apporter une garantie complémentaire le plus tôt possible pour mettre fin aux effets de la réduction du prix qui est désormais acquise depuis sa notification. Dans une telle situation, le créancier pourrait solliciter auprès du tribunal judiciaire des mesures de remises en état pour faire cesser un « *trouble manifestement illicite* », caractérisé par le refus de payer tout ou partie du prix dû, une provision ou l'exécution de l'obligation de faire (art. 835 et 873 du CPC). En tout état de

²³⁷⁰ En ce sens, le Professeur MEKKI considère que les conditions substantielles caractères « *manifeste* » et « *conséquences (...) suffisamment graves* », et la condition procédurale, « *suspension (...) notifiée dans les meilleurs délais* » visent à prévenir tout abus ou excès ; bien que cet auteur considère que ces conditions ne soient pas suffisantes et qu'il faudrait ajouter une obligation de motivation. (M. MEKKI, « *Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations* », Gaz. Pal. 30 avr. 2015, n° 120, p. 37) ; V. aussi sur ce point le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

²³⁷¹ S. HOULIE, amendement n° 21, déposé en première lecture le 7 déc. 2017 (adopté le 11 déc. 2017), texte n° 429, adopté par la Commission, sur le projet de loi, adopté par le Sénat, ratifiant l'ordonnance du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

²³⁷² J.-F. HAMELIN, « *L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant* », RDC 2018, n°3, p. 514. Cette clause d'aménagement est proposée par cet auteur qui ne semble pas considérer celle-ci comme illicite.

cause, au lieu d'éluder purement et simplement les « *meilleurs délais* » de l'article 1223 du Code civil, il serait donc vivement recommandé, comme y invitait le Professeur BARBIER, de « *contractualiser « les meilleurs délais » dans lesquels doit intervenir la notification.* »²³⁷³.

²³⁷³ H. BARBIER, « *L'exécution et la sortie du contrat* », RDC 2018, n° Hors-série, p. 40.

CONCLUSION DU TITRE I

Ces développements ont permis de déterminer, parmi les modalités formelles des sanctions de l'inexécution du contrat, celles à l'égard desquelles les parties peuvent déroger par voie conventionnelle. Les parties disposent d'une marge de manœuvre variable selon qu'ils souhaitent aménager les modalités formelles ou temporelles des sanctions de l'inexécution du contrat.

Comme nous l'avons démontré, il existe des modalités formelles qui ne devraient pouvoir être supprimées (par exemple, la notification) ou d'autres qui, de manière générale, devrait pouvoir l'être (par exemple, la mise en demeure). Pour ce qui concerne les modalités temporelles, le contrôle de la volonté des parties est plus subtil, c'est moins la question de la suppression de celles-ci que celle de leur augmentation ou diminution qui se pose. Les parties peuvent, dans une certaine mesure, augmenter ou diminuer le délai prévu par la loi (« *délai raisonnable* » ou « *meilleurs délais* »).

Après avoir examiné le respect du principe général de bonne foi contractuelle applicable à l'objet des clauses d'aménagement, il revient à présent d'analyser le respect des exigences spécifiques applicables au contenu des clauses d'aménagement s'agissant de l'action résolutoire et en dommages-intérêts.

TITRE II : le respect des exigences spécifiques au régime juridique applicable au contenu des clauses d'aménagement relatives à l'action résolutoire et en dommages-intérêts

Après avoir déterminé les conditions dans lesquelles les clauses d'aménagement sont dépourvues d'efficacité en cas de faute lourde ou dolosive (**Chapitre I**), il conviendra d'examiner les conditions d'efficacité de ces clauses en cas de stipulation d'une clause pénale (**Chapitre II**) ou résolutoire (**Chapitre III**).

CHAPITRE I : l'absence d'efficacité des clauses d'aménagement en cas de faute lourde ou dolosive

La distinction entre la faute dolosive ou lourde et l'absence de mauvaise foi contractuelle. Comme examinées précédemment, les clauses limitatives ou élusives de responsabilité sont soumises à l'exigence d'absence de mauvaise foi²³⁷⁴, laquelle ne devrait pas être confondue strictement avec la faute dolosive dans l'exécution du contrat. Il est vrai qu'un auteur estime que la faute dolosive inférant une « conscience du dommage [elle] correspond alors à un degré supplémentaire de mauvaise foi » c'est-à-dire à une « mauvaise foi qualifiée »²³⁷⁵. Le législateur de l'ordonnance du 10 février 2016 a pu également assimiler la faute dolosive ou lourde à la mauvaise foi (au sujet de la rédaction de l'article 1221 du Code civil) en établissant une distinction maladroite entre la bonne foi qui serait prévue par l'article 1104 du Code civil et la mauvaise foi qui serait spécifique à l'article 1231-3 du Code civil²³⁷⁶. Nous estimons comme plusieurs auteurs que la faute dolosive ou lourde ne saurait être assimilée à la bonne ou mauvaise foi de l'article 1104 du Code civil. En ce sens, un auteur estime que la différence entre le dol et la mauvaise foi « ne tient pas à la gravité de la méconnaissance, mais elle résulte de l'objet que le dol et la mauvaise foi entendent garantir. »²³⁷⁷. En effet, le dol « vise à sanctionner le manquement à une obligation contractuelle » alors que la mauvaise foi est « une sentinelle du comportement de bonne foi légitimement attendu dans le cadre de l'exécution du contrat. » ; le raisonnement pour le premier concerne une « obligation » alors que pour la seconde il concerne un « devoir ». Il en résulte que si l'inexécution est délibérée, c'est le dol qui s'appliquera en lieu et place de la

²³⁷⁴ V. en ce sens : Ph. STOFFEL-MUNCK, « Créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier », D. 2007, p. 2839, n°9 ; Comm. C. CHABAS, « Motivation d'une résiliation unilatérale et exercice abusif de ce droit », sous Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-19.736, JCP, éd. gén., n° 13, 25 Mars 2009, II 10052 ; Ph. DELEBECQUE, « Prérogative contractuelle et obligation essentielle », RDC 2011, n°2, p. 681, n° 2.

²³⁷⁵ Y. PICOD, « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », thèse, LGDJ, 1988, n°30. V. aussi en ce sens : C. GUETTIER, Ph. Le TOURNEAU, C. BLOCH, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI, M. POUMAREDE, « Droit de la responsabilité et des contrats », Dalloz action 2021/2022, 12^{ème} éd., n° 3121.122. V. aussi : H. BOUCARD, « Responsabilité contractuelle », Rép. de dr. civ., juill 2018, (actualisation : juill. 2020), n° 403 pour qui « l'inexécution intentionnelle englobe la mauvaise foi ».

²³⁷⁶ Rapport parlementaire, 29 nov. 2017, S. HOULIE (il s'agissait en particulier de la position du Gouvernement défendue en séance publique pour revenir à la rédaction initiale de l'article 1221 du Code civil).

²³⁷⁷ R. JABBOUR, « La bonne foi dans l'exécution du contrat », thèse, 2016, LGDJ, n°154.

mauvaise foi, laquelle est cantonnée « *aux seuls manquements comportementaux au stade de l'exécution de la convention, quelle qu'en soit leur gravité d'ailleurs* »²³⁷⁸. De même, un autre auteur considère, nonobstant les similitudes entre la mauvaise foi et la faute lourde, que la mauvaise foi a pour particularité de « *servir à désigner les violations du contrat qui ne violent pas directement une clause ou une obligation contractuelle précise, mais des faits qui dans l'ensemble vont conduire à l'anéantissement du contrat. En particulier des actes tels que le contrat n'est plus économiquement rentable (...) La qualification de mauvaise foi nous semble devoir être réservée aux hypothèses où la violation du contrat ne peut reposer sur une clause contractuelle précise, mais qui appelle une sanction* »²³⁷⁹. Au surplus, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, la bonne foi résultait de l'ancien article 1134, alinéa 3 du Code civil alors que la faute dolosive résultait de l'ancien article 1150 du Code civil. Avec l'entrée en vigueur de cette ordonnance, ces assises textuelles distinctes ont été maintenues, désormais, la bonne foi résulte de l'article 1104 du Code civil et la faute dolosive « *ou lourde* » de l'article 1231-3 du Code civil. D'ailleurs, la plupart des ouvrages doctrinaux classiques en droit des contrats traitent séparément les articles 1104 et 1231-3 du Code civil sans établir de lien particulier entre la bonne ou mauvaise foi du premier article avec la faute dolosive ou lourde du second article²³⁸⁰. Relevons également que la grande majorité de la jurisprudence vise l'ancien article 1150, devenu l'article 1231-3 du Code civil, et non l'ancien article 1134 alinéa 3, devenu l'article 1104 du Code civil, lorsqu'il s'agit d'apprécier la faute dolosive ou lourde. En effet, la bonne ou mauvaise foi contractuelle (art. 1104) peut concerner toutes les sanctions contractuelles alors que la faute dolosive ou lourde concerne uniquement les dommages-intérêts (art. 1231-3). De même, la bonne ou mauvaise foi peut se manifester aussi bien au stade de la *punctuation*, de la conclusion et de l'exécution du contrat alors que la faute dolosive ou lourde ne se manifeste qu'au stade de l'exécution du contrat. Par conséquent, la faute dolosive ou lourde ne saurait être traitée au regard de l'article 1104 du Code civil, elle relève d'une base textuelle *ad hoc*, l'article 1231-3.

L'évolution de la conception des fautes dolosives et lourdes. Comme l'explique PLANIOL²³⁸¹, avant le Code civil de 1804, il existait une classification des fautes issue du droit romain consistant à distinguer trois types de fautes : la faute lourde ou grossière ou *culpa lata* (consistant en « *une négligence grossière, telle que les hommes les moins soigneux n'en commettent pas pour leurs propres affaires* »), la faute légère ou *culpa levis* (« *qui*

²³⁷⁸ R. JABBOUR, « *La bonne foi dans l'exécution du contrat* », thèse, 2016, LGDJ, n° 154.

²³⁷⁹ B. JALUZOT, « *La bonne foi dans les contrats : Etude comparative des droits français, allemand et japonais* », thèse, Dalloz, 2001, n° 1690-1691, p. 493-494. V. aussi en ce sens : D. GENCY-TANDONNET, JCl. trans., fasc. 745, « *Transport interne routier de marchandises . – Responsabilité du transporteur* », 1^{er} mars 2011 (mise à jour : 12 janv. 2019), n° 323 : « *La faute lourde est la faute d'une grossièreté énorme, ce qui la rend impardonnable, sans porter toutefois atteinte au principe de bonne foi dans l'exécution des contrats.* »

²³⁸⁰ V. notamment : D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 5^{ème} éd., 2021, éd. Bruylant, collection paradigme, passim ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 11^{ème} éd., 2020, passim ; A. BENABENT, « *Droit des obligations* », L.G.D.J. préc. domat droit privé, 18^{ème} éd., 2019, passim ; Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, « *Droit des obligations* », 15^{ème} éd., 2019, Lexisnexus, passim ; O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, passim ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, passim ; Fr. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2018, Dalloz, passim ; B. FAGES, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 10^{ème} éd., 2020, passim ; J. MESTRE ; F. BUY ; M. LAMOUREUX ; J.-Chr. RODA, « *Les principales clauses des contrats d'affaires* », Lextenso, 2019, passim ; W. DROSS, « *Clausier – dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne* », LexisNexis Litec, 4^{ème} éd., passim ; B. MERCADAL, « *Réforme du droit des contrats* », 2016, Francis Lefebvre, passim ; Th. DOUVILLE, « *La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article* », 2016, Gualino, passim.

²³⁸¹ M. PLANIOL, « *Traité élémentaire de droit civil* », 11^{ème} éd., F. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, t. 2, n° 236, p. 93-94.

s'appréciait d'après le soin que le commun des hommes apporte ordinairement à ses affaires ») et la faute très légère ou *culpa levissima* (« qui existait par cela seul qu'elle aurait pu être évitée par une personne très vigilante et très attentive »)²³⁸². Bien que certains auteurs aient continué à l'enseigner à l'instar de POTHIER²³⁸³, cette doctrine a été définitivement battue en brèche avec l'entrée en vigueur du Code civil (l'ancien droit ayant déjà amorcé la remise en cause de cette trichotomie)²³⁸⁴. L'abandon de cette doctrine est confirmé par BIGOT DE PREAMENEU lors des travaux préparatoires du Code civil, notamment, en raison de la rédaction de l'article 1137, alinéa 1^{er} du Code civil²³⁸⁵. Cet article consacre désormais la seule *culpa levis in abstracto* et rejette la trichotomie *culpa lata/culpa levis/culpa levissima*²³⁸⁶. Depuis l'adoption du Code civil, la classification des fautes a largement évolué. Aujourd'hui, une nouvelle classification est proposée toujours en fonction de leur degré de gravité. En synthèse, de la plus grave à la moins grave, on trouve d'abord la faute intentionnelle qui est la « *faute commise avec intention de nuire à autrui, plus généralement avec celle de causer le dommage (ex. suicide).* »²³⁸⁷, puis, la faute inexcusable qui est une « *faute particulièrement grave qui suppose chez son auteur la conscience d'un danger et la volonté téméraire de prendre le risque de sa réalisation sans raison valable (sans cependant impliquer la volonté de causer ce dommage, en quoi elle se distingue de la faute intentionnelle (...))* »²³⁸⁸, ensuite, la faute dolosive qui est une « *espèce de faute contractuelle, naguère syn. de faute intentionnelle, aujourd'hui caractérisée par le fait que le débiteur, malhonnête, manque sciemment à ses obligations.* »²³⁸⁹, enfin, la faute lourde qui est le « *comportement qui s'écarte largement du comportement qu'aurait eu dans les mêmes circonstances le bon père de famille ; comportement qui dénote chez son auteur, soit l'extrême sottise, soit l'incurie, soit une grande insouciance à l'égard des dangers que l'on crée.* »²³⁹⁰. Les fautes intentionnelles²³⁹¹ (au sens strict de l'article L. 113-1, alin. 2, du Code des assurances) et inexcusables²³⁹² (que l'on retrouve essentiellement en droit du travail et en droit des transports) relèvent davantage de la responsabilité délictuelle alors que les fautes dolosives et lourdes relèvent de la responsabilité contractuelle. Ainsi, les premières ne seront pas abordées dans le cadre des présents développements, seules les secondes le seront. La faute dolosive a pour conséquence principale de rendre inefficaces les clauses limitatives ou élusives de

²³⁸² M. PLANIOL, « *Traité élémentaire de droit civil* », 11^{ème} éd., F. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, t. 2, n°236, p. 93-94 ; C. MAYNZ, « *Éléments de droit romain* », t. second, Bruxelles, 1855, p. 6 à 16

F. GAYOT DE PITAVALL, « *Causes célèbres, curieuses et intéressantes, de toutes les Cours souveraines du royaume, avec les jugemens qui les ont décidées* », t. CLL, vol. 151, 1787, p. 168-169.

²³⁸³ R.-J. POTHIER, « *Traité des obligations* », 1805, t. 1^{er}, n° 142, p. 96.

²³⁸⁴ M. PLANIOL, « *Traité élémentaire de droit civil* », 11^{ème} éd., F. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, t. 2, n°237, p. 94.

²³⁸⁵ Motifs exposés par M. Bigot de Préameneu, « *Code civil, contenant la série des lois qui le composent, avec leurs motifs* », livre I, éd. 1803, Garnery (Paris), p. 49.

²³⁸⁶ M. PLANIOL, « *Traité élémentaire de droit civil* », 11^{ème} éd., F. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, t. 2, n°237, p. 94.

²³⁸⁷ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Faute intentionnelle* », p. 452.

²³⁸⁸ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Faute inexcusable* », p. 545.

²³⁸⁹ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Faute dolosive* », p. 452.

²³⁹⁰ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Faute lourde* », p. 452.

²³⁹¹ A. BENABENT, « *Droit des obligations* », L.G.D.J préc. domat droit privé, 18^{ème} éd., 2019, n°416. V. en ce sens : Cass. civ., 1^{ère}, 10 avr. 1996, n° 93-14.571 : « *la faute intentionnelle (...) est celle qui suppose la volonté de causer le dommage et pas seulement d'en créer le risque* ».

²³⁹² Ph. LE TOURNEAU, « *Responsabilité : généralités* », Rép. dr. civ., mai 2009 (actualisation : janv. 2020), n°132 ; Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, « *Droit des obligations* », 15^{ème} éd., 2019, Lexisnexis, n°662 à 666.

responsabilité ou réparation. En effet, depuis la rédaction du Code civil des auteurs à l'instar de DEMOGUE²³⁹³ ou POTHIER²³⁹⁴ ont déjà mis en exergue les conséquences de la commission d'un dol au stade de l'exécution du contrat ; ce que BIGOT DE PREAMENEU affirmait déjà lors des travaux préparatoires du Code civil²³⁹⁵, à savoir, que le débiteur coupable du dol répond de tous les dommages même ceux qui n'ont pas été prévus. La faute dolosive a connu dans sa définition une évolution importante. Initialement, la jurisprudence avait une acception étroite de la faute dolosive laquelle impliquait une intention de nuire, ce qui en faisait une faute intentionnelle²³⁹⁶. Depuis l'important arrêt du 4 février 1969, il est désormais reconnu que « *le débiteur commet une faute dolosive lorsque, de propos délibérés, il se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant* »²³⁹⁷ (en l'espèce, c'est l'effet d'une clause pénale qui avait été écarté en raison du dol ou de la faute lourde d'un des contractants). La conception de la faute dolosive a donc été élargie. Elle peut, indépendamment de l'intention de nuire (à laquelle il était reproché de constituer au stade de sa preuve une *probatio diabolica*), être établie par une inexécution délibérée du débiteur de ses obligations contractuelles²³⁹⁸. Ainsi, eu égard à cette évolution prétorienne, la faute dolosive n'est plus nécessairement une faute intentionnelle mais peut y être assimilée dès lors que l'inexécution d'une obligation contractuelle est commise sciemment. En matière contractuelle, la jurisprudence est venue par la suite confirmer cette définition extensive de la faute dolosive²³⁹⁹. Cette faute dolosive, jadis consacrée par l'ancien article 1150 du Code civil, est aujourd'hui codifiée à l'article 1231-3 du Code civil. C'est d'ailleurs en ce sens que le rapport remis au président de la République énonce que « *Les articles 1231-3 et 1231-4 sont conformes aux articles 1150 et 1151* »²⁴⁰⁰. A côté de cette évolution de la faute dolosive, s'est également développée en parallèle une autre typologie de faute d'un degré de gravité moins important, la faute lourde. La jurisprudence considère que cette faute consiste en « *une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle* »²⁴⁰¹. Ainsi, la faute lourde bien que très proche de la faute dolosive en reste distincte en son principe, à la différence de cette dernière la faute lourde ne concerne pas

²³⁹³ R. DEMOGUE, « *Traité des obligations en général* », t. VI, éd. : A. Rousseau (Paris), 1932, n°283, p. 319.

²³⁹⁴ R.-J. POTHIER, « *Traité des obligations* », 1805, t. 1^{er}, n° 166, p. 114.

²³⁹⁵ Motifs exposés par M. Bigot de Préameneu, « *Code civil, contenant la série des lois qui le composent, avec leurs motifs* », livre I, éd. 1803, Garnery (Paris), p. 51.

²³⁹⁶ Cass. 1^{ère} civ., 14 nov. 1956, Bull. civ. I, n° 409 ; v. aussi en matière délictuelle : Cass. civ. 3^{ème}, 27 avr. 1994, n° 92-17.658 ; Cass. civ. 3^{ème}, 26 mai 1988, n° 86-17.949.

²³⁹⁷ Cass. 1^{ère} civ., 4 févr. 1969, Bull. civ. I, n° 60. V. aussi auparavant dans le même sens et en contradiction avec la jurisprudence majoritaire de l'époque : Cass. com., 22 févr. 1956, JCP G 1956, II, 9266, note P. Chauveau ; Cass. req., 2 juill. 1929, DH 1929, p. 413.

²³⁹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 1975, n° 74-13.217 ; Cass. civ. 3^{ème}, 18 avr. 1974, D. 1974, IR p. 152.

²³⁹⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 10 févr. 1999, n° 97-11.066 : « *la cour d'appel a pu déduire de ses constatations que les consorts Z... qui, pour des raisons financières évidentes, avaient délibérément choisi de ne faire effectuer que des travaux ponctuels dans l'appartement des époux Levêque sans exécuter les travaux conformes aux règles de l'art auxquels ils s'étaient engagés, avaient commis une faute dolosive, au sens de l'article 1150 du Code civil* » ; Cass. com., 19 janv. 1993, n° 91-11.805 : « *qu'en l'état de ces constatations et appréciations, d'où il résulte que la société Dargaud s'était refusée, de propos délibéré, à exécuter ses obligations contractuelles, la cour d'appel a pu décider que cette société avait commis une faute dolosive faisant obstacle, quant à l'évaluation du dommage, à l'application de la limitation prévue à l'article 1150 du Code civil* ». V. aussi en matière délictuelle : Cass. com., 4 mars 2008, n° 07-11.790 : « *Attendu que le transporteur qui a été chargé de transporter une marchandise en s'étant vu interdire toute sous-traitance par l'expéditeur et qui sous-traite l'opération, se refusant ainsi, de propos délibéré, à exécuter son engagement, commet une faute dolosive qui le prive du bénéfice des limitations d'indemnisation que lui ménage la loi ou le contrat* »

²⁴⁰⁰ 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.

²⁴⁰¹ Cass. com., 10 mars 2009, n° 08-15.457 ; Cass. ch. mixt., 22 avr. 2005, n° 03-14.112 ; Cass. com., 28 mai 1991, n° 89-16.040 ; Cass. com., 13 nov. 1990, n° 89-15.378 ; Cass. com., 3 avr. 1990, n° 88-14.871.

l'inexécution d'une obligation contractuelle commise sciemment, c'est le fait que l'inexécution soit d'une extrême gravité qui emporte la qualification de faute lourde. Un auteur a pu utilement résumer cette distinction entre la faute dolosive et la faute lourde de la manière suivante : « *l'auteur d'une faute dolosive est "méchant" (il sait qu'il nuit), celui d'une faute lourde est seulement "bête" (il ne sait pas qu'il nuit mais il aurait pu le savoir)* »²⁴⁰². Si les fautes dolosives et lourdes sont théoriquement distinctes, la faute lourde confine au dol et emporte, de ce fait, les mêmes effets conformément à la traditionnelle locution *culpa lata dolo aequiparatur*. La faute lourde est donc assimilée par la jurisprudence à la faute dolosive²⁴⁰³. Un arrêt plus récent confirme ce point et explicite les conséquences induites sur l'efficacité des clauses élusives ou limitatives de responsabilité, c'est en ce sens que la Cour de cassation a pu affirmer que « *La faute lourde, assimilable au dol, empêche le contractant auquel elle est imputable de limiter la réparation du préjudice qu'il a causé aux dommages prévus ou prévisibles lors du contrat et de s'en affranchir par une clause de non-responsabilité.* »²⁴⁰⁴. L'article 1231-3 du Code civil consacre cette règle d'équipollence de la faute lourde à la faute dolosive, le débiteur n'étant tenu qu'aux seuls dommages-intérêts prévisibles sauf « *lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive.* »²⁴⁰⁵.

L'évolution de la conception objective et subjective de la faute lourde. Initialement, la jurisprudence considérait de manière constante que la caractérisation de la faute lourde ou dolosive pouvait se déduire du manquement à l'une des obligations essentielles du contrat²⁴⁰⁶. Ainsi, la Cour de cassation a pu affirmer « *qu'en raison du caractère essentiel de l'obligation inexécutée, le manquement constaté constituait (...) une faute lourde rendant inopposable à son cocontractant la limitation de responsabilité dont elle se prévalait* »²⁴⁰⁷. Il ne faudrait pas pour autant en déduire que toute caractérisation d'une faute lourde devait nécessairement passer par la preuve d'un manquement à une obligation essentielle ; en ce sens, la Cour Régulatrice souligne que « *l'existence d'une faute lourde se déduit notamment du manquement à une obligation essentielle* »²⁴⁰⁸. La preuve du manquement à l'obligation essentielle ne constituait donc pas une condition préalable obligatoire à la faute lourde. Aussi, il est vrai que parfois la jurisprudence n'a pas toujours fait preuve d'unité en consacrant une conception mixte de la faute lourde laquelle consiste à faire coexister une conception à la fois subjective et objective de la faute lourde²⁴⁰⁹. Globalement et dans un premier temps, c'est

²⁴⁰² J.-C. SAINT-PAU, « *Droit à réparation. – Rapports entre responsabilités délictuelle et contractuelle. – Différences* », JCl. Civil, art. 1146 à 1155, fasc. 15, 13 mai 2013 (dernière mise à jour : 27 nov. 2017), n° 64. V. aussi : A. SERIAUX, « *Droit des obligations* », PUF, Droit fondamental, 2^{ème} éd. 1998, n° 67.

²⁴⁰³ Cass. req., 24 oct. 1932, DP 1932, 1, 176 ; Cass. civ., 29 juin 1932, DP 1933, 1, p. 49, note R. L ; Cass. civ. 1^{ère}, 5 mars 1963, JCP 63, II, 13148, note R. L.

²⁴⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-21.980.

²⁴⁰⁵ V. en ce sens : M. LEVENEUR-AZEMAR, « *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité* », thèse, 2016, n°556.

²⁴⁰⁶ V. en ce sens la jurisprudence rendue par la Cour de cassation (Cass. com., 14 mars 2000, n° 97-16.299 ; Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632 ; Cass. com., 9 juill. 1996, n° 94-16.655 ; Cass. com., 9 mai 1990, n° 88-17.687 ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 févr. 1989, Bull. civ. I, n° 73 ; Cass. civ. 1^{ère}, 18 janv. 1984, Bull. civ. I, n° 27 ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 févr. 1983, n°JurisData : 1983-700328 ; Cass. com., 19 oct. 1982, SARL SHOPPING GESTION c/ S.A. CREDIT LYONNAIS ; Cass. soc. 17 Juin 1982, n° 80-40.686 ; Cass. soc., 17 Juin 1982, n°JurisData : 1982-701821 ; Cass. civ. 3^{ème}, 24 janv. 1973, Bull. civ. III, n° 71 ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 oct. 1966, Bull. civ. I, n° 466) et celle rendue par les juges du fond (CA, Rouen, ch. civ. 1 et 2 réunies, 10 févr. 1998, n° JurisData : 1998-056031 ; CA, Versailles, ch. 1, sect. A, 3 juill. 1997, n° JurisData : 1997-045651 ; CA, Rouen, ch. civ. 1 et 2 réunies, 14 mars 1995, n° JurisData : 1995-047695 ; CA, Bordeaux, ch. 1, 11 juill. 1984, n° JurisData : 1984-042431 ; CA, Paris, ch. 5, 11 juill. 1975, n° JurisData : 1975-655056).

²⁴⁰⁷ Cass. com., 9 mai 1990, n° 88-17.687.

²⁴⁰⁸ Cass. com., 14 mars 2000, n° 97-16.299.

²⁴⁰⁹ Ph. DELEBECQUE, JCl. Civil Code Art. 1231 à 1231-7 - Fasc. 21 : Régime de la réparation. – Modalités de la réparation. – Règles particulières à la responsabilité contractuelle. – Conventions relatives à la responsabilité, 22 août 2017 (mise à jour : 28 nov. 2018), n° 173. Cet auteur cite en ce sens les décisions suivantes : CA Paris,

donc une conception objective de la faute lourde qui prédominait, celle-ci se déduisait notamment du manquement à une obligation essentielle. Il faudra attendre un important arrêt dit Chronopost III pour que les juges s'orientent désormais vers une conception subjective de la faute lourde en déconnectant le sujet de la preuve du manquement à l'obligation essentielle de celui de la faute lourde. C'est l'arrêt rendu en Chambre mixte en date du 22 avril 2005²⁴¹⁰ qui opère un spectaculaire revirement de jurisprudence à la faveur de la conception subjective de la faute lourde, ce que ne manqueront pas de relever certains glossateurs²⁴¹¹. Cette décision sera confortée par la jurisprudence postérieure. Dans son retentissant arrêt dit Faurécia II²⁴¹², la Cour de cassation a affirmé que « *la faute lourde ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur* » ou encore dans un autre arrêt que « *la faute lourde (...) ne saurait résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur* »²⁴¹³. L'abandon du critère objectif de l'obligation essentielle ne signifie pas pour autant que celui-ci perdrait en tout point une pertinence²⁴¹⁴. En effet, si le manquement à une obligation essentielle ne peut *per se* permettre d'apporter la preuve d'une faute lourde, ce dernier peut en constituer un indice²⁴¹⁵, de sorte que la caractérisation du critère objectif permettrait d'approcher celle du critère subjectif²⁴¹⁶ au risque sinon d'être confronté à une « *preuve quasi diabolique* »²⁴¹⁷. De même, la faute lourde se définit par « *une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle* »²⁴¹⁸ et, comme le souligne M. REGIS DE GOUTTES²⁴¹⁹, il peut être soutenu que la « *négligence d'une extrême gravité* » relève du critère subjectif alors que « *l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle* » relève du critère objectif. Ce serait donc une approche cumulative des approches subjectives et objectives qui permettrait de caractériser une faute lourde de sorte que la gravité du comportement et le manquement à

7^{ème} ch. A, 22 juin 2004, Mutuelles du Mans c/ AXA : « *une faute lourde se caractérise comme une faute d'une extrême gravité équipollente au dol ou portant sur une obligation essentielle entraînant des conséquences graves pour la victime* » ; CA Paris, 25^{ème} ch. A, 26 janv. 2001, Sarl TCGM c/ Me Houplain : « *la faute lourde se déduit du caractère essentiel ou fondamental de l'obligation inexécutée, ce qui est un élément objectif, mais aussi d'une négligence grossière du débiteur qui dénote son inaptitude à accomplir la mission dont il est chargé, ce qui est un élément objectif* ». V. aussi : Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, n° 04-11.848 ; Cass. civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002, n° 99-13.537.

²⁴¹⁰ Cass., ch. mixte, 22 avr. 2005, n° 03-14.112.

²⁴¹¹

Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, n° 03-14.112 : JCP, éd. gén. n° 21, 25 mai 2005, note G. LOISEAU ; P. JOURDAIN, « *Vers une "subjectivisation" de la faute lourde ?* », RTD civ. 2006. 322. ; S. NADAUD, « *La faute lourde des services postaux chasse l'exonération légale de responsabilité* », D. 2008. 395.

²⁴¹² Cass. com., 29 juin 2010, n°09-11.841.

²⁴¹³ Cass. com., 12 mars 2013, n° 11-25.183. V. aussi : Cass. com., 13 sept. 2017, n° 15-28.430 ; Cass. com., 27 févr. 2007, n° 05-17.265 ; Cass. com., 13 juin 2006, n° 05-12.619

²⁴¹⁴ W. DROSS, « *Clausier – dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne* », LexisNexis Litec, 4^{ème} éd., p. 311.

²⁴¹⁵ M. LEVENEUR-AZEMAR, « *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité* », thèse, 2016, n°586-587. V. aussi : Cass. com., 14 mars 2000, n° 97-16.299 selon lequel « *l'existence d'une faute lourde se déduit notamment du manquement à une obligation essentielle* ».

²⁴¹⁶ H. BOUCARD, « *Responsabilité contractuelle* », Rép. de dr. civ., juill 2018, actualisation : juill. 2020, n° 415.

²⁴¹⁷ P. JOURDAIN, « *Clause limitative, obligation essentielle et faute lourde ; encore Chronopost !* », RTD civ. 2006. 773.

²⁴¹⁸ Cass. com., 10 mars 2009, n° 08-15.457 ; Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, n° 03-14.112 ; Cass. com., 28 mai 1991, n° 89-16.040 ; Cass. com., 13 nov. 1990, n° 89-15.378 ; Cass. com., 3 avr. 1990, n° 88-14.871.

²⁴¹⁹ R. de GOUTTES, « *Avis du premier avocat général Régis de Gouttes concernant l'arrêt de la Chambre mixte du 22 avril 2005* », RDC 2005, n°3, p. 651.

l'obligation essentielle seraient deux éléments cumulatifs à caractériser²⁴²⁰. Si une telle approche peut être approuvée, il convient de la nuancer. Il est vrai qu'il peut être démontré un manquement à l'obligation essentielle du contrat dès lors que la gravité du comportement du contractant l'est également. En revanche, il nous semble qu'il puisse être démontré la gravité du comportement du contractant alors même qu'aucune atteinte à une obligation essentielle ne serait établie. En effet, depuis la réforme du droit des contrats, l'article 1231-3 du Code civil faisant état de la « *faute lourde* », qui selon le rapport remis au président de la République²⁴²¹ doit être comprise comme faisant référence à « *la gravité de l'imprudence délibérée* », il n'établit aucun lien avec la privation de la substance d'une obligation essentielle prévue par l'article 1170 du Code civil. De même, l'article 1170 du Code civil relève de la phase de formation du contrat alors que l'article 1231-3 relève des effets du contrat, ces deux notions ne sont donc pas mobilisables au même moment dans les vicissitudes affectant le contrat. La faute lourde qui confine au dol est relative à l'exécution du contrat (ce qui d'ailleurs la distingue du dol qui concerne la formation du contrat de l'article 1137 du Code civil) et la privation de la substance de l'obligation essentielle est relative à la formation du contenu contractuel. Partant, il nous semble que la prééminence du critère subjectif²⁴²² devrait l'emporter dès lors que la faute reprochée caractérise « *une négligence (...) dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle* ». Le critère de l'inaptitude du débiteur à accomplir sa mission contractuelle relève certes d'un critère objectif mais n'est pas exactement le fait de priver de sa substance l'obligation essentielle du contrat. Ce dernier accorde une marge de manœuvre plus importante au juge, il n'est plus tenu de faire le départ entre ce qui relève d'une obligation essentielle ou accessoire dès lors que le manquement manifeste l'inaptitude du contractant à accomplir sa mission contractuelle. Par exemple, prenons l'exemple d'un avocat mandaté par un client qui aurait pour obligation essentielle de conseiller et/ou assurer la défense des intérêts de ce dernier. Si l'avocat commettait dans des circonstances extrêmement graves des violations répétées au respect de son secret professionnel, il n'est pas certain que l'on puisse considérer que ces violations portent sur une « *obligation essentielle* » au contrat. En revanche, les juges pourraient plus aisément considérer que ces violations manifestent l'inaptitude de ce professionnel du droit à accomplir sa mission contractuelle pour le compte de son client. Il reste naturellement que des manquements qui porteraient sur une obligation essentielle du contrat seront de nature à faciliter la caractérisation de la gravité de la négligence reprochée au contractant. Néanmoins, comme nous le verrons par la suite, les juges dans leurs décisions semblent généralement s'attarder sur la gravité des négligences imputables à la partie défaillante, la nature de l'obligation (essentielle ou non) est quant à elle peu mise en exergue et moins déterminante pour établir le dol ou la faute lourde. Au demeurant, la jurisprudence pour déterminer si une faute est lourde ne distingue pas formellement dans ses décisions les faits qui relèvent du critère objectif et subjectif, elle a globalement une approche casuistique. Cela ne l'a pas empêchée de toutefois poser certaines règles d'appréciation de la faute lourde comme nous le verrons plus loin.

La possibilité d'aménager la caractérisation de la faute lourde ou dolosive par voie conventionnelle ? En principe, à la seule lecture des textes, qu'il s'agisse hier de l'article

²⁴²⁰ V. en ce sens : L. SICHEL, « *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile* », thèse 2011, n° 36-37.

²⁴²¹ 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.

²⁴²² V. notamment : Cass. civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-21.980, RDC 2015, n° 2, p. 246, note O. DESHAYES. Cet auteur affirme que « *Si la gravité de l'écart de conduite doit demeurer l'élément central de qualification de la faute lourde, cet écart doit pouvoir être mesuré en tenant compte de la gravité des conséquences que le débiteur sait attachées à son action ou inaction fautives.* »

1150 ou aujourd'hui de l'article 1231-3 du Code civil, il ne semble pas que ces derniers relèvent de l'ordre public²⁴²³. Le projet de réforme de la responsabilité civile²⁴²⁴ semble valider cette approche, le projet d'article 1282 dispose qu' « *En matière contractuelle, les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité n'ont point d'effet en cas de faute lourde ou dolosive. Elles sont réputées non écrites lorsqu'elles privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur.* » Le projet semble ainsi pencher en faveur de l'élévation au rang d'ordre public de la règle de l'article 1170 du Code civil par l'emploi de la formule « *réputées non écrites* » alors que pour les fautes lourdes ou dolosives celles-ci ont seulement pour objet de rendre inefficaces les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité en neutralisant leur effet. En revanche, rien n'empêche à la jurisprudence pour certains textes spéciaux de reconnaître à la faute dolosive une vocation d'ordre public²⁴²⁵. Il reste que la stipulation d'une clause limitative ou exonératoire de responsabilité n'empêche pas le juge de neutraliser cette clause en établissant une faute lourde ou dolosive. Mais naturellement, la question se pose de savoir s'il est possible, et si oui dans quelle mesure, d'aménager le standard juridique de la faute lourde ou dolosive de l'article 1231-3 du Code civil ; cette fameuse limite au principe de la réparation du seul préjudice prévisible en matière contractuelle. Initialement, la jurisprudence reconnaissait la parfaite validité des clauses d'exonération de responsabilité. Dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 25 juin 1980²⁴²⁶, une entreprise de travail temporaire avait mis à disposition une dactylographe correspondancièrre au bénéfice d'un employeur ou entreprise utilisatrice. Celle-ci avait falsifié un chèque bancaire destiné à un client et l'a encaissé à son profit. La Cour d'appel a condamné l'entreprise de travail temporaire à payer à l'employeur le montant du chèque détourné sans que celle-ci puisse se prévaloir d'une clause « *qui l'exonérait de la responsabilité des "indélicatesses" commises par le personnel temporaire* ». En effet, selon la Cour, cette clause ne s'appliquait qu'à des indélicatesses « *commises d'occasion* » et ne pouvait exonérer l'entreprise de travail temporaire de sa responsabilité en ce qui concerne le choix d'un personnel. De même, la salariée avait plusieurs fois été condamnée pour escroquerie, faux en écriture privée et émission de chèques sans provision. L'entreprise avait donc manqué à ses obligations car elle n'avait pas vérifié les antécédents de la salariée et donc n'avait pu en informer l'employeur. La Cour de cassation a cassé cet arrêt estimant que la Cour d'appel ne pouvait refuser de faire application de la clause exonératoire de responsabilité claire et précise selon laquelle « *l'entreprise de travail temporaire se trouve dégagée de toute responsabilité quant aux dommages de quelque nature qu'ils soient, de caractère professionnel ou non, causés par le personnel temporaire ou résultant notamment d'une absence ou d'une insuffisance de contrôle ou d'encadrement de la part de l'entreprise de travail temporaire ou bien encore de l'inobservation des règlements ou de toutes indélicatesses qu'il pouvait commettre* ». En effet, la Cour Régulatrice précise que la Cour d'appel ne pouvait éluder son application « *sans relever à sa charge un dol ou une faute lourde* ». Une telle clause exonératoire de responsabilité est par principe valable, sauf à caractériser une faute lourde ou dolosive. Cette décision rappelle une position classique de la jurisprudence conforme à la lettre de l'ancien article 1150 du Code civil. Dans d'autres affaires où sont stipulées des clauses de non-recours, la jurisprudence a pu se montrer plus hésitante. Dans une première affaire²⁴²⁷, un local concédé par une société SNAC à une société GAEC a été détruit par un incendie. En l'espèce, il ressort que le sinistre a trouvé son origine dans un échauffement né de la vétusté et des

²⁴²³ V. notamment en ce sens : Ch. RADE, « *Droit à réparation. – Conditions de la responsabilité contractuelle. – Dommage* », JCl. art. 1146 à 1155, fasc. 10, 26 août 2014 (actualisation : 19 nov. 2020), n° 28.

²⁴²⁴ Projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017, art. 1282.

²⁴²⁵ V. par exemple : art. L. 113-1 du Code des assurances ; Cass. civ. 2^{ème}, 14 juin 2012, n° 11-17.367 ; Cass. civ. 2^{ème}, 24 mai 2006, n° 03-21.024.

²⁴²⁶ Cass. com., 25 juin 1980, n° 78-15.121.

²⁴²⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 29 nov. 2005, n° 02-21.370.

défectuosités de l'installation électrique de l'emplacement concédé à la GAEC. La Cour d'appel a considéré que la SNAC était responsable du dommage subi par la GAEC. Elle relève que certes l'article 6 du contrat de concession stipulait « *la prise des lieux en état et sans pouvoir exercer de recours* ». Cependant, l'article 7 dudit contrat prévoyait l'obligation pour la SNAC d'établir un état des lieux avant l'occupation par le concessionnaire, l'article 6 devait donc s'interpréter de sorte que si la SNAC avait respecté cette obligation, la défectuosité de l'équipement électrique aurait pu être constatée. De plus, l'article 8 du contrat mettait à la charge du concessionnaire des travaux d'entretien renvoyant « *implicitement à une délivrance conforme* ». Le concessionnaire n'avait effectué aucune vérification des installations. Selon la Cour, ses diverses fautes devaient conduire à l'éviction de la clause de non-recours en cas de sinistre. La Cour de cassation censure cet arrêt et estime que la clause de non-recours était claire et précise, celle-ci était rédigée en ces termes : « *le concessionnaire prendra les locaux qui lui seront remis dans l'état où ils se trouveront, sans pouvoir exercer aucun recours contre la société concédante ni faire aucune réclamation pour quelque cause que ce soit* ». La Cour ajoute que les articles 7 et 8 du contrat étaient exclusivement relatifs à l'interdiction faite à la SNAC « *d'apporter de son propre mouvement des modifications aux installations et au droit conservé du concédant de les faire remettre dans leur état primitif aux frais du GAEC* ». Le GAEC devait également souscrire une assurance de responsabilité civile couvrant les cas d'incendie. Surtout, la Cour affirme qu'une clause de non-recours était stipulée et que la Cour d'appel n'avait pas « *qualifié (...) les fautes qu'elle imputait à la SNAC* ». Ainsi, la Cour de cassation considère que dès lors que la clause de non-recours est claire et précise celle-ci doit s'appliquer. Une circonstance importante en l'espèce était que la Cour d'appel n'avait pas « *qualifiée* » les fautes commises par le concessionnaire, ce qui implicitement signifie que la gravité particulière de ces fautes aurait pu inférer l'éviction de la clause de non-recours, en particulier, cas de faute dolosive ou lourde. Dans une deuxième affaire concernant les mêmes parties et les mêmes faits²⁴²⁸, la Cour de cassation va rendre un arrêt plus surprenant consacrant la pleine validité des clauses de non-recours. Comme dans l'arrêt précité, le concédant, la SNAC, a concédé un local au GAEC et un incendie est survenu, celui-ci a trouvé son origine dans un échauffement né de la vétusté et des défectuosités de l'installation électrique. La Cour d'appel considère que « *l'absence avérée de conformité de l'installation électrique caractérise un manquement grave du concédant à son obligation de délivrer un bien conforme à l'usage attendu* » et que celui-ci caractérise une faute lourde de la SNAC évinçant la clause exonératoire de responsabilité ou de non-recours. Néanmoins, la Cour de cassation relève que cette clause stipule que « *le concessionnaire prendra les locaux qui lui seront remis dans l'état où ils se trouveront, sans pouvoir exercer aucun recours contre la société concédante ni faire aucune réclamation pour quelque cause que ce soit* ». La Cour Régulatrice considère que cette clause est claire et précise et que « *par voie de conséquence, l'état de l'installation électrique acceptée ne pouvait caractériser une faute imputable au concédant* ». Autrement dit, les parties ayant accepté cette clause, l'installation électrique « *acceptée* » ne pouvait donc permettre d'établir la faute lourde et la Cour d'appel avait violé l'article 1134 du Code civil. C'est ainsi sur le fondement de la force obligatoire du contrat que la clause de non-recours l'a emporté sur la faute lourde alors même que la Cour d'appel avait caractérisée une faute lourde. Cet arrêt est d'une particulière clarté, il donne le primat à la clause de non-recours en visant l'ancien article 1134 du Code civil sur la faute lourde en visant également l'ancien article 1150 du Code civil. On semble donc assister à un revirement de jurisprudence. Mais admettre qu'une clause de non-recours claire et précise doit s'imposer au juge nonobstant la caractérisation d'une faute lourde constituerait une interprétation *contra legem* de l'ancien article 1150 et de l'actuel article 1231-3 du Code civil. Cet arrêt inédit n'a pas, de surcroît, eu les honneurs d'une publication au Bulletin et un

²⁴²⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 2 avr. 2009, n° 08-14.545.

arrêt va postérieurement réaffirmer une position conforme à la lettre de l'article 1231-3 du Code civil. Dans cet arrêt²⁴²⁹, en l'espèce, deux sociétés avaient conclu une convention d'occupation précaire de locaux à usage d'entrepôt en s'engageant à réaliser certains travaux. La société bénéficiaire de cette convention avait sous-loué une partie de ses locaux et un incendie a détruit l'entrepôt et toutes les marchandises qu'il contenait. La société locataire réclamait un dédommagement à la société bailleuse, la Cour d'appel a refusé de donner droit à cette demande. En effet, le bail stipule en son article 1^{er} une clause de non-recours selon laquelle « *le preneur prendra les lieux dans l'état où ils se trouvent au jour de l'entrée en jouissance, sans pouvoir exiger aucune réparation ni exercer de recours contre le bailleur, pour quelque cause que ce soit* ». Ce même article stipulait également que « *cependant, les travaux, dont une liste en annexe aux présentes, seront exécutés à la seule charge du bailleur* ». La Cour d'appel précise que cette obligation d'exécuter certains travaux à la charge du bailleur n'était assortie d'aucun délai pour y procéder. Puis, elle ajoute que même si une faute contractuelle était caractérisée, celle-ci n'aurait pas de caractère dolosif et, en tout état de cause, rien dans les faits n'établit qu'une telle faute serait à l'origine de l'incendie (l'expert avait conclu que l'origine de l'incendie était indéterminée). Or, la Cour de cassation censure ce raisonnement, elle estime que la Cour d'appel aurait dû constater que l'obligation du bailleur d'exécuter les travaux, en l'absence de délai stipulé, était immédiatement exigible. Surtout, la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché « *en conséquence, si le refus du bailleur de donner suite à plusieurs mises en demeure d'exécuter ces travaux émanant du preneur ne constituait pas, eu égard à la durée du bail et à la nature des marchandises entreposées, une faute lourde ou dolosive* ». La Cour de cassation considère que la Cour d'appel avait privé sa décision de base légale en visant notamment les articles 1134 et 1150 du Code civil. En effet, la convention d'occupation précaire stipulait à la charge du bailleur l'obligation d'exécuter certains travaux, la Cour d'appel aurait dû rechercher si le fait de ne pas y avoir procédé après plusieurs mises en demeure constituer une faute lourde ou dolosive compte tenu de la durée du bail et de la nature des marchandises. Cet arrêt reconnaît donc que malgré la stipulation d'une clause de non-recours, la caractérisation d'une faute lourde ou dolosive devait l'emporter ; la clause de non-recours ne pourrait produire effet si était caractérisée une telle faute. Toutefois, dans cette espèce, comme dans l'un des arrêts précités²⁴³⁰ et à la différence du précédent arrêt commenté²⁴³¹, il n'était pas stipulé une simple clause de non-recours mais venait s'y ajouter une clause mettant à la charge du bailleur une liste de travaux sans spécifier de délai particulier. En l'espèce, il semble que ce soit cette circonstance qui ait permis à la Cour de cassation de requérir des juges d'appel qu'ils recherchent l'existence d'une faute lourde ou dolosive. En effet, l'emploi de la locution adverbiale « *en conséquence* » autorise à formuler une telle affirmation. Par conséquent, dans le cas où il serait stipulé une clause de non-recours simple (sans y ajouter une liste de travaux à exécuter à la charge du bailleur), il ne peut pas être écarté que les juges admettent pleinement l'efficacité de cette clause dès lors qu'elle est claire et précise. On peut donc affirmer que la clause de non-recours devrait au moins être de nature à alléger la responsabilité du contractant qui en est le bénéficiaire en rendant moins probable la caractérisation d'une faute lourde ou dolosive. C'est parce qu'une telle clause est stipulée, que dans une certaine mesure l'obligation de délivrance (soit, l'obligation essentielle du contrat) se trouve allégée. Comme on a pu le soutenir précédemment, le manquement à une obligation essentielle du contrat étant de nature à favoriser la caractérisation d'une faute lourde ou dolosive, il s'en infère que son allègement via cette clause de non-recours devrait rendre moins probable l'établissement de la faute lourde ou dolosive. En ce sens, certains auteurs, ont pu affirmer que « *Si la clause de prise des lieux en l'état ne décharge pas le bailleur de*

²⁴²⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 14 janv. 2010, n° 08-11.549, 09-10.683.

²⁴³⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 29 nov. 2005, n° 02-21.370.

²⁴³¹ Cass. civ. 1^{ère}, 2 avr. 2009, n° 08-14.545.

son obligation de délivrance (...) elle permet néanmoins d'en moduler le poids »²⁴³². D'autres ont pu considérer que si cette clause était efficace, c'est parce qu'elle constituait davantage une clause exclusive ou limitative d'obligation qu'une clause exclusive ou limitative de responsabilité, ainsi « *on ne commet ni de dol ni de faute lourde en n'exécutant pas une obligation non assumée.* »²⁴³³ Force est donc de constater que la volonté des parties peut influencer la caractérisation de la faute lourde ou dolosive par l'entremise de l'allègement de l'obligation essentielle. Comme on a pu également le soutenir précédemment au sein de la partie relative à l'obligation essentielle, cette influence de l'intention des parties sur les fautes lourdes ou dolosives peut également se faire au moyen d'un alourdissement ou d'une prolongation de l'obligation essentielle. C'est le sens de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 2 décembre 1997²⁴³⁴. Rappelons un des extraits de cette décision : « *l'obligation faite à la société Brink's, en cas « d'intervention dynamique », d'appeler « si possible » les responsables du magasin, avait été stipulée au contrat par une clause expresse, de sorte qu'elle en constituait une des conditions substantielles, destinée à renforcer l'efficacité de la surveillance en provoquant la venue immédiate des responsables du magasin et en leur permettant de prendre sans délai toutes les dispositions utiles à la préservation de leurs biens* ». La Cour en avait déduit que « *la cour d'appel a, dès lors, pu décider que le manquement constaté constituait une faute lourde engageant la responsabilité de la société Brink's* ». Ainsi, cet arrêt autorisait donc les parties à stipuler une clause de renforcement d'une obligation « *essentielle* » au contrat, c'est-à-dire en l'espèce de l'obligation de surveillance inhérente au dispositif de système d'alarme. Par ce biais, l'établissement de la faute lourde ou dolosive s'en trouve également affecté. Par conséquent, les parties peuvent par un allègement ou alourdissement de l'obligation essentielle influencer la caractérisation par les juges de la faute lourde ou dolosive. Ce n'est pas la caractérisation de la faute lourde ou dolosive qui devrait pouvoir faire l'objet d'un aménagement conventionnel, mais plus indirectement la modulation de l'obligation essentielle du fait de la volonté des parties qui peut, selon le sens de cette modulation, être de nature à faciliter ou contenir la constatation judiciaire d'une faute lourde ou dolosive.

Les clauses d'aménagement concernées par l'application de la faute lourde ou dolosive.

Dans la continuité du droit antérieur à la réforme du 10 février 2016, l'article 1231-3 du Code civil consacre le principe de la réparation du seul préjudice prévisible lors de la conclusion du contrat sauf en cas de faute lourde ou dolosive. Dans ce cas, toute clause venant régir ou définir les contours de la prévisibilité de la réparation est inefficace et l'intégralité du préjudice doit être réparée. Cette règle d'exclusion du préjudice prévisible s'applique à toute clause portant sur la sanction contractuelle des dommages-intérêts, soit aux articles 1231 et suivants du Code civil. La jurisprudence montre que les principales typologies de clauses concernées par l'application de la faute lourde ou dolosive sont les clauses de non-responsabilité, non-recours, exonératoires ou élusives de responsabilité²⁴³⁵, les clauses simplement limitatives de responsabilité²⁴³⁶ et les clauses pénales²⁴³⁷. Les premières

²⁴³² Ph. STOFFEL-MUNCK et C. BLOCH, « *Responsabilité civile* », JCP G., n° 38, 14 sept. 2009, 248, n° 11.

²⁴³³ W. DROSS, « *Clausier – dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne* », LexisNexis Litec, 4^{ème} éd., p. 293.

²⁴³⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 2 déc. 1997, n° 95-21907 U.A.P. et autre c/ Baudin.

²⁴³⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 22 mars 2018, n° 17-17.194 ; Cass. civ. 3^{ème}, 11 mars 2014, n° 12-35.334 ; Cass. com., 6 sept. 2011, n° 10-17.428 ; Cass. civ., 3^{ème}, 21 janv. 2009, n° 08-10.439 ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2008, n° 05-18.911 ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 févr. 1994, n° 92-11.378, n° 92-11.379, n° 92-11.380, n° 92-11.382 ; Cass. civ. 3^{ème}, 8 juill. 1992, n° 90-18.367 ; Cass. civ. 3^{ème}, 19 juin 1991, n° 89-21.906 ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 1983, n° 82-14.380 ; Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 1983, n° 82-10.609 ; Cass. civ. 1^{ère}, 31 mars 1981, n° 79-17.129.

²⁴³⁶ Cass. com., 13 sept. 2017, n° 15-28.430 ; Cass. com., 14 juin 2017, n° 15-27.601 ; Cass. com., 4 juin 2013, n° 11-28.082 ; Cass. com., 19 mars 2013, n° 11-26.566 ; Cass. com., 12 mars 2013, n° 11-25.183 ; Cass. com., 16 nov. 2010, n° 09-68.926 ; Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841 ; Cass. com., 13 mars 2007, n° 05-20.718 ;

appartiennent donc aux clauses de renonciation aux dommages-intérêts, les secondes aux clauses de freinage de la mise en œuvre de la sanction des dommages-intérêts et les troisièmes aux clauses de facilitation de la mise en œuvre des dommages-intérêts²⁴³⁸. L'ensemble de ces clauses peuvent être jugées inefficaces sur le fondement de l'article 1231-3 du Code civil et la faute lourde ou dolosive est appliquée de manière identique ici à l'ensemble de ces clauses d'aménagement. Le fait qu'il s'agisse d'une clause relative à l'aménagement du choix de la sanction ou simplement à ses modalités d'exercice n'a pas d'incidence particulière sur l'appréciation des juges et il conviendra ainsi de les traiter ensemble dans le cadre de cette étude.

SECTION I : les règles applicables à la caractérisation de la faute lourde

Les principes dégagés par la jurisprudence régissant l'établissement de la faute lourde.

Il est nécessaire que les circonstances soient suffisamment déterminées²⁴³⁹ et fassent l'objet d'une recherche suffisante par les juges²⁴⁴⁰. La Cour de cassation veille à ce que les juges du fond aient relevé l'ensemble des faits de nature à caractériser une faute lourde, à défaut, l'arrêt encourt la cassation. C'est par exemple le cas lorsque la Cour d'appel n'avait pas recherché « *si le fait d'avoir indiqué une contenance erronée dans la demande d'autorisation de transport exceptionnel n'était pas constitutive d'une faute lourde* »²⁴⁴¹ ou encore le fait de ne pas avoir relevé l'erreur d'un transporteur concernant l'adresse postale à laquelle il était tenu de livrer un pli²⁴⁴². Il est aussi fréquemment exigé par les juges pour établir une négligence d'une extrême gravité qu'il y ait eu un cumul et une multiplicité de négligences permettant d'établir la faute lourde²⁴⁴³. La gravité de la faute doit ainsi être suffisante, ce qui est plus susceptible de se produire en cas de multiplicités de fautes. En revanche, un simple retard de livraison²⁴⁴⁴ ou une simple fausse manœuvre dans une opération d'attelage d'une semi-remorque²⁴⁴⁵ n'ont pu suffire à établir la faute lourde. De même, la commission d'une

Cass. com., 16 janv. 2007, n° 05-11.507 ; Cass. com., 13 juin 2006, n° 05-12.619 ; Cass. ch. mixt., 22 avr. 2005, n° 03-14.112 ; Cass. com., 15 févr. 2005, n° 03-18.725 ; Cass. com., 3 avr. 2002, n° 00-11.398 ; Cass. com., 14 mars 2000, n° 97-16.299 ; Cass. com., 27 oct. 1998, n° 96-16.387 ; Cass. com., 14 oct. 1997, n° 95-15.675 ; Cass. com., 1^{er} oct. 1997, n° 95-10.321 ; Cass. com., 17 déc. 1996, n° 94-13.958 ; Cass. com., 31 janv. 1995, n° 93-12.248 ; Cass. com., 8 mars 1994, n° 92-11.479 ; Cass. com., 2 févr. 1993, n° 91-14.473 ; Cass. com., 15 déc. 1992, n° 90-19.490 ; Cass. com., 9 avr. 1991, n° 89-17.658 ; Cass. com., 3 oct. 1989, n° 87-18.479 ; Cass. com., 3 févr. 1987, n° 85-12.570 ; Cass. com., 26 févr. 1985, n° 83-10.811 ; Cass. com., 31 janv. 1983, n° 81-16.621 ; Cass. com., 14 déc. 1981, n° 80-13.835 ; Cass. com., 7 févr. 1978, n° 76-12.326.

²⁴³⁷ Cass. com. éco. et fin., 5 déc. 2018, n° 17-22.346 ; Cass. civ. 3^{ème}, 3 févr. 1998, n° 96-14.337 ; Cass. civ., 1^{ère}, 4 févr. 1969, bull. civ. 1969, n° 60. V. aussi : D. MAZEAUD, « *La notion de clause pénale* », LGDJ, 1992, n° 586-590.

²⁴³⁸ V. également pour une décision confirmant le fait que la faute lourde n'est pas de nature à faire échec à d'autres clauses que celles relatives aux clauses pénales, limitatives et élusives de responsabilité : Cass. com., 12 juill. 2004, n° 03-10.547. En l'espèce, il s'agissait d'une clause portant sur l'abréviation du délai de prescription.

²⁴³⁹ Cass. com., 14 oct. 1997, n° 95-15.675 ; Cass. com., 7 févr. 1978, n° 76-12.326.

²⁴⁴⁰ Cass. com., 9 déc. 1997, n° 95-14.347 ; Cass. com., 8 mars 1994, n° 92-11.479 ; Cass. com., 2 févr. 1993, n° 91-14.473 ; Cass. com., 3 oct. 1989, n° 87-18.479 ; Cass. com., 26 févr. 1985, n° 83-10.811 ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 nov. 1983, n° 82-14.380.

²⁴⁴¹ Cass. com., 16 nov. 2010, n° 09-68.926.

²⁴⁴² Cass. com., 10 mars 2009, n° 08-15.457.

²⁴⁴³ Cass. com., 13 sept. 2016, n° 15-10.376 ; Cass. com., 16 janv. 2007, n° 05-11.507 ; Cass. soc., 15 mai 1991, n° 89-45.619 ; Cass. civ., 1^{ère}, 7 févr. 1989, n° 87-14.810 ; Cass. soc., 8 juin 1978, n° 77-40.722.

²⁴⁴⁴ Cass. com., 3 févr. 1987, n° 85-12.570.

²⁴⁴⁵ Cass. ch. mixt., 22 avr. 2005, n° 03-14.112.

seule faute isolée ne devrait pas en principe emporter l'établissement de la faute lourde²⁴⁴⁶, à moins que la seule faute en question soit d'une particulière extrême gravité. Par exemple, dans une affaire, malgré le simple non-respect de délais de livraison et la négligence de la victime supposée de la faute commise, la faute commise était telle que la faute lourde a été retenue. En l'espèce, un transporteur était chargé de porter un pli à une adresse postale donnée, la « *SANEF, 41 bis avenue Bosquet, 75007 Paris* ». Or, par erreur il a remis ce dernier à « *l'Association française du festival de Cannes, 3 rue Amélie, 75007 Paris* ». La Cour de cassation a ainsi considéré que la faute était d'une telle gravité que la faute lourde devait être retenue²⁴⁴⁷. Aussi, il n'est pas rare que les juges s'appuient sur le fait que son prétendu auteur avait pleinement conscience de la probabilité du dommage infligé ou du risque auquel il expose son contractant²⁴⁴⁸, même s'il est vrai que l'on rencontre davantage cette condition en matière de faute inexcusable. La jurisprudence prend également en compte le comportement de la victime supposée de la faute commise. La négligence de la victime est de nature à éluder la caractérisation d'une faute lourde²⁴⁴⁹. En effet, il a pu être jugé que la société UPS (transporteur) « *a simplement été défaillante dans le respect du délai de livraison* » et « *l'expéditeur n'a informé le transporteur ni du contenu du colis, ni de l'importance extrême de sa délivrance le lendemain pour pouvoir participer à un appel d'offres de travaux et, qu'au moment de l'acceptation de la mission contractuelle, la société UPS n'a dès lors pas eu conscience de la probabilité du dommage que sa faute pouvait provoquer* »²⁴⁵⁰. Dans une seconde affaire, la Cour d'appel relève que « *la marchandise confiée au transport a été volée la nuit dans une remorque plombée mais non fermée à clés, que cette remorque était en stationnement dans l'enceinte de la société Leroy dont le portail était resté ouvert, et, d'un autre côté, que la société Auchan a omis de signaler à ce transporteur la grande valeur des marchandises qu'elle lui avait confiées* ». La Cour de cassation confirme cet arrêt en ce que « *la cour d'appel a pu retenir que, faute pour le transporteur d'avoir eu l'attention attirée sur la valeur des marchandises, les négligences qu'il avait commises n'étaient pas constitutives d'une faute lourde* ». L'attitude de la victime de la faute lourde peut encore avoir une incidence sur sa caractérisation dès lors que celle-ci décide, malgré les insuffisances et défauts du matériel remis, de conserver ce matériel au lieu de demander la résolution du contrat de vente ; dans ce cas, une telle attitude de la victime induit l'absence de faute lourde²⁴⁵¹. Enfin, la jurisprudence s'assure que la négligence reprochée soit imputable à son auteur²⁴⁵² et que la faute lourde soit la cause exclusive et directe de ce dernier²⁴⁵³. Ainsi, la conjonction de la négligence des contractants exclut la faute lourde²⁴⁵⁴, la faute ne sera pas la cause directe et exclusive du préjudice « *lorsque, comme en l'espèce, le dommage est imputable à une conjonction de fautes de l'expéditeur et du transporteur* »²⁴⁵⁵. Toutefois un

²⁴⁴⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 21 janv. 2009, n° 08-10.439. En l'espèce, il était reproché « *le fait pour la compagnie foncière parisienne d'avoir supprimé l'agent en poste fixe sans en informer ses locataires pour leur permettre de prendre les précautions que cette modification dans les conditions de gardiennage* » et cela avait « *fait perdre à la société Cad'oro une chance d'éviter ce cambriolage ou d'en réduire les conséquences* ». La Cour de cassation a considéré que ces seuls motifs ne suffisaient pas à établir la faute lourde.

²⁴⁴⁷ Cass. com., 10 mars 2009, n° 08-15.457.

²⁴⁴⁸ Cass. com., 10 mars 2009, n° 08-15.457 ; Cass. com., 16 janv. 2007, n° 05-11.507 ; Cass. com., 9 avr. 1991, n° 89-17.658.

²⁴⁴⁹ Cass. com., 10 mars 2009, n° 08-15.457 ; Cass. com., 1^{er} oct. 1997, n° 95-10.321.

²⁴⁵⁰ Cass. com., 10 mars 2009, n° 08-15.457. Même si en l'espèce la Cour de cassation a infirmé cet arrêt de Cour d'appel au motif que le transporteur c'était mépris sur l'adresse postale où livrer le pli, ce dont la Cour d'appel n'a pas tenu compte pour écarter la faute lourde.

²⁴⁵¹ Cass. com., 17 déc. 1996, n° 94-13.958.

²⁴⁵² Cass. com., 19 nov. 1996, n° 94-12.254 ; Cass. com., 31 janv. 1995, n° 93-12.248.

²⁴⁵³ Cass. com., 19 nov. 1996, n° 94-12.254 ; Cass. com., 5 juill. 1988, n° 87-10.590, n° JurisData 1988-002487 ; CA, Rouen, 1^{ère} ch. civ., 29 mai 2013, n° 12/04022.

²⁴⁵⁴ Cass. civ., 3^{ème}, 11 mars 2014, n° 12-35.334.

²⁴⁵⁵ Cass. com., 19 nov. 1996, n° 94-12.254.

arrêt rendu par la Cour Régulatrice qui a affirmé « *qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir la conjonction de négligences imputables aux deux parties, la cour d'appel, qui n'en a pas déduit que la faute lourde de la société Pillard s'en trouvait exclue* ». Néanmoins, la Cour d'appel dans son arrêt « *a pu retenir que les manquements de cette société, dont elle n'a pas relevé le caractère grossier et l'incidence sur la sécurité des personnes ou des biens, ne relevaient pas de l'extrême gravité traduisant son inaptitude à l'exécution du contrat de fourniture et installation de chaufferie* »²⁴⁵⁶. Dans le même sens, il a pu être jugé que l'imputation d'une négligence contractuelle à la victime supposée de la faute commise (en l'espèce, un retard était imputable à l'expéditeur) n'empêche pas qu'une faute lourde puisse être établie à l'égard de son auteur, c'est-à-dire du transporteur²⁴⁵⁷.

La nécessité de l'application de la méthode du faisceau d'indices pour établir la faute lourde. Il résulte de la jurisprudence qu'il n'est pas formellement établi d'une part « *une négligence d'une extrême gravité* » et, d'autre part, « *l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle* » comme y invitait M. REGIS DE GOUTTES²⁴⁵⁸. En pratique, c'est un faisceau d'indices relevant l'ensemble des circonstances pertinentes de nature à établir la faute lourde qui s'applique pour chaque cas d'espèce. De sorte qu'une casuistique importante prédomine en jurisprudence et il est intéressant d'examiner les circonstances qui généralement sont de nature à caractériser la faute lourde sans pour autant prétendre à l'exhaustivité.

SECTION II : l'application des règles relatives à la caractérisation de la faute lourde

Nous verrons à présent que la jurisprudence donne un nombre important d'affaires où la faute lourde a pu être caractérisée en application des règles expliquée ci-avant notamment en matière de contrats de transports de marchandises (**Paragraphe I**), de contrats d'entreprise de travail temporaire (**Paragraphe II**), de contrats de bail (**Paragraphe III**) et de contrats de vente (**Paragraphe IV**).

Paragraphe I : la caractérisation de la faute lourde en matière de contrats de transport de marchandises

Dans un premier arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 décembre 1981²⁴⁵⁹, celle-ci a confirmé le raisonnement des juges d'appel qui avaient retenu la faute lourde. En l'espèce, la Cour d'appel a établi que le transporteur avait « *abandonné sans surveillance, pour trois nuits consécutives, dans une cour de gare aisément accessible où régnait une intense activité, le véhicule sur lequel avait été chargée la marchandise à transporter* ». Or, la Cour d'appel soulève que le transporteur « *n'ignorait ni que cette marchandise était d'une grande valeur, ni que des vols de camions chargés avaient été commis dans le lieu de stationnement choisi* ».

²⁴⁵⁶ Cass. com., 6 sept. 2011, n° 10-17.428.

²⁴⁵⁷ Cass. com., 20 janv. 2009, n° 07-21.084.

²⁴⁵⁸ R. de GOUTTES, « *Avis du premier avocat général Régis de Gouttes concernant l'arrêt de la Chambre mixte du 22 avril 2005* », RDC 2005, n°3, p. 651.

²⁴⁵⁹ Cass. com., 14 déc. 1981, n° 80-13.835.

par elle et qu'il lui aurait été possible d'abriter son véhicule dans des entrepôts fermés et surveillés ». Il en résulte donc que la faute lourde était établie, le transporteur, ayant commis une série de négligences, avait conscience de la probabilité du préjudice commis à son cocontractant. Dans une autre affaire, par un arrêt en date du 9 avril 1991²⁴⁶⁰, la Cour d'appel a relevé que « *la cause du dommage résultait de l'abandon sans précautions particulières d'une palette sur laquelle les caisses contenant des marchandises coûteuses avaient été placées, dans un corridor d'entrepôts à Roissy utilisé par d'autres sociétés, les circonstances du vol étant demeurées incertaines* ». La Cour de cassation a constaté que « *les quinze colis volés n'ont pas été entreposés comme les vingt-quatre autres, lesquels n'ont pas été dérobés, dans le magasin de la société Kuhne, mais ont été abandonnés à l'approche d'un week-end, sans surveillance, dans le corridor de l'immeuble, passage fréquenté par le personnel d'autres sociétés et par le public* ». Or, la Cour d'appel a soulevé que le transporteur « *ne pouvait ignorer qu'il s'agissait, en raison de leur provenance, de marchandises particulièrement coûteuses, a pu décider que, même si elle ne comportait pas la volonté de causer le dommage, la faute commise était une faute lourde* ». Ce cumul de négligences du transporteur et la conscience du préjudice qu'il pouvait causer à son cocontractant (abandon de marchandises coûteuses dans un corridor fréquenté à l'approche d'un week-end et sans surveillance particulière) ont permis d'établir la faute lourde. Dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 17 novembre 1992²⁴⁶¹, la Cour d'appel avait relevé que « *le chargement avait une hauteur de 4,70 mètres et que le pont sous lequel le camion s'est trouvé coincé avait des hauteurs différentes à l'entrée (4,60 mètres) et à la sortie (5,36 mètres), que le transporteur, qui avait effectué la reconnaissance préalable du parcours, n'avait mesuré que la hauteur de passage la plus haute, alors que, compte tenu du chargement de grande valeur qu'il devait acheminer, il était tenu d'une obligation particulière de vigilance* ». Or, « *le transporteur doit cependant s'assurer en permanence, conformément à l'article R. 3-2 du Code de la route, qu'il peut franchir les ouvrages sans leur occasionner de dommages* ». Ainsi, la Cour de cassation a pu confirmer l'arrêt rendu par la Cour d'appel qui a retenu la faute lourde à l'encontre du transporteur. Dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 8 mars 1994²⁴⁶², la Cour d'appel avait soulevé que « *la hauteur hors tout du chargement qui a été endommagé au passage sous un pont était de 5 mètres, que le parcours s'est effectué sans voiture d'accompagnement, sans autorisation de convoi exceptionnel et sans reconnaissance de l'itinéraire, et (...) le chauffeur n'a mesuré ni la hauteur du chargement au départ, ni la hauteur du pont avant passage* ». Ainsi, « *si la société Morineau avait déclaré aux services intéressés qu'il s'agissait d'un convoi exceptionnel, un itinéraire précis aurait pu lui être indiqué par l'administration concernée* », la faute lourde a donc été retenue. Dans une autre affaire encore²⁴⁶³, la Cour d'appel avait estimé que le transporteur aurait dû « *prendre toutes les mesures de sécurité nécessaires pour que les marchandises parviennent sans dommage à leur destinataire et, à tout le moins, (...) avertir l'expéditeur, qui était étranger au fait que l'amplitude maximale de travail du chauffeur allait être atteinte à 16 heures, des conséquences de ce retard et de recueillir ses instructions éventuelles* ». La Cour de cassation confirme ce raisonnement des juges d'appel car « *en stationnant pendant toute une nuit sur une aire non clôturée, non gardiennée et incomplètement éclairée un ensemble routier simplement bâché et non cadenassé qui, selon les usages en vigueur entre les parties, n'avait vocation à se trouver*

²⁴⁶⁰ Cass. com., 9 avr. 1991, n° 89-17.658.

²⁴⁶¹ Cass. com., 17 nov. 1992, n° 91-12.223.

²⁴⁶² Cass. com., 8 mars 1994, n° 92-11.479. V. aussi pour une décision considérant que la clause limitative de responsabilité devait s'effacer en cas de faute lourde du transporteur, laquelle était caractérisée celui-ci ayant « *laissé le véhicule en stationnement durant la nuit, sur la voie publique et sans surveillance* » (Cass. com., 3 avr. 2002, n° 00-11.398).

²⁴⁶³ Cass. com., 20 janv. 2009, n° 07-21.084.

qu'en journée en dehors d'une enceinte sécurisée, le transporteur avait commis une faute lourde ».

En revanche, dans un autre arrêt du 26 février 1985²⁴⁶⁴, un transporteur était chargé de transporter un chargement de parfums qu'il s'était fait voler. En l'espèce, le transporteur une fois arrivé à Garonor dans la matinée s'était absenté pour aller se restaurer et en revenant vers 14 heures, la semi-remorque avait disparu. La Cour d'appel a considéré que le conducteur du camion était arrivé à Garonor « *à une heure où il savait que son véhicule ne pouvait être déchargé, qu'il avait laissé l'ensemble semi-remorque dans l'enceinte de Garonor sans prendre de précautions particulières, notamment par le détachement de la remorque, alors que le camion n'était pas muni d'un système antivol et qu'il avait ainsi commis une faute lourde* ». Pour autant la Cour de cassation a estimé qu'aucune de ces circonstances ne suffisait à constituer une faute lourde. Dans une autre situation encore, la Cour de cassation²⁴⁶⁵ a pu estimer qu'un « *ensemble routier avec son chargement a été volé, au cours de la nuit, tandis qu'il était stationné dans l'enceinte de la société Perrot qui était clôturée et dont les portails étaient fermés à clé et que la sécurité de cette aire de stationnement était assurée par une société de surveillance qui effectuait des rondes de nuit toutes les heures* » et « *l'antivol du véhicule a été forcé* ». En raison des précautions particulières prévues par le transporteur, la faute lourde n'a pas été retenue. De même, la faute lourde n'a pas non plus été retenue dès lors que s'agissant du premier vol « *malgré la valeur des objets transportés, le stationnement d'un ensemble routier sur la voie publique à côté d'autres camions, à proximité d'une gare de péage, sur un parking éclairé, avec le chauffeur à l'intérieur de la cabine, n'est pas une faute lourde car le chauffeur pouvait légitimement penser que le vol était tout de même moins probable que dans un endroit isolé* »²⁴⁶⁶. La Cour d'appel s'agissant du second vol « *qu'ayant téléphoné à la gendarmerie la plus proche après le premier vol, il pouvait croire qu'il recevrait l'aide de la force publique au lieu de s'entendre dire de venir déposer plainte le lendemain* ». Ainsi, le second vol ne constituait pas non plus une faute lourde, le chauffeur ne disposant plus « *de serrure en état de fonctionnement pour enfermer la cargaison* » et pouvant « *difficilement prévoir le retour des mêmes individus* ». Par conséquent, la faute lourde ne pouvait être imputée au transporteur s'agissant des deux vols commis. La faute lourde a encore été écartée un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 30 juin 2004²⁴⁶⁷, selon une motivation assez curieuse. En effet, la Cour d'appel avait estimé que le transporteur était à l'origine de l'accident car il « *s'était endormi ou assoupi au volant alors qu'il conduisait un véhicule semi-remorque sur une autoroute en direction de Caen à 5 heures 15 minutes et avait ainsi perdu le contrôle de son véhicule qui s'était couché sur la chaussée* ». Toutefois, la Cour précise que l'assoupissement du chauffeur n'était pas dû à « *une cause exogène telle que l'alcool* » et « *que l'accident s'était produit un mardi tandis que le conducteur, qui n'avait pas conduit pendant la fin de semaine précédente n'avait parcouru que 300 kilomètres et que les conditions atmosphériques comme celles concernant le trafic étaient normales* ». La Cour de cassation a donc considéré que la Cour d'appel pouvait en déduire l'absence de faute lourde. La motivation de cette décision surprend dans la mesure où on ne voit pas en quoi le fait que le conducteur se soit assoupi en raison d'une cause « *endogène* » non liée à l'alcool, qu'il ait peu conduit la fin de semaine précédente et que les conditions atmosphériques comme le trafic étaient normales, devrait retirer à son comportement la qualification de faute lourde. Cette argumentation met en lumière les inconvénients d'une telle casuistique lors de la caractérisation de la faute lourde ou dolosive, celle-ci pouvant parfois mener à des décisions difficilement compréhensibles. Il n'est également pas rare qu'en dehors de ces illustrations relatives à des transports au moyen de véhicules ou ensembles routiers que certaines décisions

²⁴⁶⁴ Cass. com., 26 févr. 1985, n° 83-10.811.

²⁴⁶⁵ Cass. com., 15 févr. 2005, n° 03-18.725.

²⁴⁶⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 21 févr. 2008, n° 07-10.401.

²⁴⁶⁷ Cass. com., 30 juin 2004, n° 02-17.048.

concernant la faute lourde soient rendues en matière de transports aériens²⁴⁶⁸, maritimes²⁴⁶⁹ ou ferroviaires²⁴⁷⁰.

Paragraphe II : la caractérisation de la faute lourde en matière de contrats d'entreprise de travail temporaire

Dans un arrêt du 1^{er} mars 1983²⁴⁷¹ une entreprise de travail temporaire ou société d'intérim avait proposé de mettre à disposition de l'entreprise utilisatrice une aide-comptable. La Cour de cassation après avoir rappelé que la faute lourde est « *une négligence grossière que l'homme le moins averti ne commettrait pas dans la gestion de ses propres affaires* » considère « *qu'aucun employeur ne confierait le maniement d'effets bancaires, même temporairement, à une personne dont il ne se serait pas assuré de l'honnêteté* ». Or, la société d'intérim « *à qui la société utilisatrice avait réclamé la mise à disposition temporaire d'une aide-comptable du 2^{ème} échelon, c'est-à-dire d'une salariée appelée à occuper un poste de confiance, aurait dû se renseigner sur ce point essentiel et exiger des références très précises et que, n'alléguant même pas avoir tenté de le faire, elle avait commis une faute lourde* ». Le cumul de négligences de l'entreprise de travail temporaire (absence de vérification de l'honnêteté de la salariée, de la prise de références pour un tel poste de confiance) a conduit les juges à retenir la faute lourde. Dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 25 juin 1980²⁴⁷², une entreprise de travail temporaire avait mis à disposition une dactylographe correspondancièrre au bénéfice d'un employeur ou entreprise utilisatrice. Celle-ci avait falsifié un chèque bancaire destiné à un client et l'a encaissé à son profit. La Cour d'appel a condamné l'entreprise de travail temporaire à payer à l'employeur le montant du chèque détourné sans que celle-ci puisse se prévaloir d'une clause exonératoire de responsabilité. Aussi, la salariée avait plusieurs fois été condamnée pour escroquerie, faux en écriture privée et émission de chèques sans provision. L'entreprise avait donc manqué à ses obligations car elle n'avait pas vérifié les antécédents de la salariée et donc n'avait pu en informer l'employeur. Cette série de négligences de l'entreprise de travail temporaire était de nature à engager sa responsabilité sans pour autant que soit caractérisée une faute lourde ou dolosive. La Cour de cassation a cassé cet arrêt en estimant que la Cour d'appel ne pouvait refuser de faire application de la clause exonératoire de responsabilité claire et précise. En effet, la Cour Régulatrice précise que la Cour d'appel ne pouvait éluder son application « *sans relever à sa charge un dol ou une faute lourde* ». Or, en l'espèce, aucune faute lourde ou dolosive n'avait été caractérisée, la clause stipulée devait donc s'appliquer.

²⁴⁶⁸ Cass. ass. plén., 30 juin 1998, n° 96-11.866.

²⁴⁶⁹ Cass. com., 7 févr. 2006, n° 03-20.963.

²⁴⁷⁰ Cass. com., 16 nov. 2010, n° 09-69.823.

²⁴⁷¹ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 1983, n° 82-10.609.

²⁴⁷² Cass. com., 25 juin 1980, n° 78-15.121.

Paragraphe III : la caractérisation de la faute lourde en matière de contrats de bail

Dans un arrêt en date du 8 juillet 1992²⁴⁷³, un bailleur avait chargé une entreprise de réaliser des travaux pour fermer les volets des appartements alors que les locataires étaient absents. Or, ce dernier avait « *omis, avant les travaux, de donner aux locataires des conseils de prudence et n'avait pas informé M. Ebeling des caractéristiques inhabituelles du système d'ouverture de la fenêtre que les cambrioleurs avaient pu ouvrir par simple poussée de l'extérieur* » et le bailleur « *avait mis en place un système de surveillance dérisoire, inadapté aux circonstances compte tenu du risque exceptionnel constitué par la présence des échafaudages et l'exécution des travaux* ». Ainsi, la Cour d'appel a pu en déduire que la bailleuse « *bien informée des règles de sécurité, avait fait preuve d'une carence, revêtant les caractères d'une faute lourde, qui lui interdisait de se prévaloir de la clause d'exonération de sa responsabilité* ». L'ensemble de ces circonstances ont permis d'établir que la bailleuse avait été particulièrement négligente (omission de donner des conseils aux locataires, de prévenir sur l'état inhabituel de la fenêtre, mise en place d'un système de surveillance dérisoire et inadapté etc.) d'où il en résultait la commission d'une faute lourde rendant inefficace la clause exonératoire de responsabilité.

Dans un autre arrêt rendu le 21 janvier 2009²⁴⁷⁴, il a été jugé que « *le fait pour la compagnie foncière parisienne d'avoir supprimé l'agent en poste fixe sans en informer ses locataires pour leur permettre de prendre les précautions que cette modification dans les conditions de gardiennage impliquaient, constitue une faute qui a fait perdre à la société Cad'oro une chance d'éviter ce cambriolage ou d'en réduire les conséquences et que cette faute présente une gravité suffisante pour empêcher la compagnie foncière parisienne de se prévaloir de la clause exclusive de responsabilité* ». La Cour de cassation considère toutefois que les motifs retenus par la Cour d'appel ne suffisent pas à caractériser la faute lourde. Probablement que d'autres circonstances aggravantes auraient dû être présentes pour pouvoir en déduire la commission d'une faute lourde. Une fois encore cette décision révèle l'importante casuistique qui règne en cette matière, ce qui rend difficilement prévisibles les décisions rendues concernant la faute lourde.

Paragraphe IV : la caractérisation de la faute lourde en matière de contrats de vente

Dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 11 octobre 1966²⁴⁷⁵, un vendeur avait transmis à un acheteur des semences de betteraves sucrières qui mises en terre ont donné des betteraves fourragères. L'acheteur avait agi en responsabilité et le vendeur s'était prévalu d'une clause limitative de responsabilité à hauteur du remboursement du prix d'achat. Néanmoins, la Cour de cassation a validé le raisonnement de la Cour d'appel qui a relevé que le fait pour le vendeur « *de ne pas s'être assurés de la qualité du produit mis en vente par le seul moyen véritablement sur, savoir un semis fait à une époque telle qu'au moment de la vente aux agriculteurs, le développement de la plante ait été suffisamment avancé pour qu'ils soient assurés de vendre des graines de betteraves sucrières* » constituait une faute lourde.

²⁴⁷³ Cass. civ. 3^{ème}, 8 juill. 1992, n° 90-18.367. V. aussi : Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} déc. 1992, n° 91-13.442.

²⁴⁷⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 21 janv. 2009, n° 08-10.439.

²⁴⁷⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 11 oct. 1966, Bull. civ. I, n° 466.

Dans un autre arrêt rendu par la Cour de cassation le 22 novembre 1978²⁴⁷⁶ un vendeur avait vendu un produit pesticide destiné à la protection de greffons de vignes à un pépiniériste, lequel avait provoqué la perte d'une partie des bois porte-greffes. Le vendeur s'était prévalu d'une clause d'exclusion de responsabilité. Néanmoins, la Cour de cassation estime que la Cour d'appel avait justement mis « *à la charge du fabricant l'obligation de fournir un produit efficace et adapté aux besoins de l'utilisateur* » et que ce dernier « *avait manqué à cette obligation en fournissant un produit dont l'usage s'était relevé nocif pour les plants utilisés* ». Ainsi, ces circonstances ont permis d'établir une faute lourde à la charge du vendeur. Dans un autre arrêt encore concernant la vente d'un appartement infesté de termites²⁴⁷⁷, une faute dolosive avait été établie. En effet, la Cour d'appel a, à juste titre, relevée que l'immeuble vendu n'avait pas reçu de traitement anti-termites depuis au moins 1981, que les conjoints Z (vendeurs) étaient « *informés de la nature et de l'étendue d'un traitement anti-termites efficace, de la nécessité d'un traitement global de l'immeuble et de l'insuffisance du traitement ponctuel d'un seul appartement, qu'ils auraient pu procéder à ce traitement à partir de la réception du devis réactualisé en avril 1984 par les services de la Ville de Paris* ». Ainsi, la Cour d'appel avait pu en déduire que les vendeurs « *pour des raisons financières évidentes, avaient délibérément choisi de ne faire effectuer que des travaux ponctuels dans l'appartement des époux Levêque sans exécuter les travaux conformes aux règles de l'art auxquels ils s'étaient engagés, avaient commis une faute dolosive* ». Compte tenu de l'ensemble de ces négligences, la faute lourde a ainsi été retenue ce qu'a confirmé la Cour de cassation.

CHAPITRE II : les conditions d'efficacité des clauses pénales

Après avoir examiné les conditions permettant de retenir la qualification de clause pénale (SECTION I), il pourra être déterminé les conditions d'efficacité des clauses pénales (SECTION II).

SECTION I : les conditions déterminant la qualification de clause pénale

La nature pécuniaire de l'obligation pénale ou de la pénalité stipulée. Initialement, la clause pénale, héritière de la *stipulatio poenae* issue du droit romain²⁴⁷⁸ qui elle-même est inspirée du droit grec²⁴⁷⁹, était définie par l'article 1152 du Code civil comme celle « *par laquelle une personne, pour assurer que son obligation sera exécutée, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* ». Cette clause est qualifiée de « *pénale* » car ce terme vient du latin « *poena* » signifiant la peine et désignant la somme à payer en cas d'inexécution d'une

²⁴⁷⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 22 nov. 1978, n° 77-12.241.

²⁴⁷⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 10 févr. 1999, n° 97-11.066.

²⁴⁷⁸ G. GIRARD, « *De la "Stipulatio poenae" en droit romain. De la Clause pénale en droit français* », thèse, 1877, Paris, imprimerie Moquet. Pour cet auteur, cette stipulation pénale « *a trait à l'exécution des obligations. Elle peut être rangée parmi les procédés qu'il est permis au créancier d'employer pour se garantir contre l'inexécution possible de l'engagement que son débiteur a contracté envers lui* ».

²⁴⁷⁹ C. MARUANI, « *La clause pénale* », thèse, 1935, imprimerie de Tunis, p. 17 à 23.

somme principale²⁴⁸⁰. L'intérêt d'une telle stipulation résidait dans le fait qu'il « *ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre.* » (ancien art. 1152, alin. 1^{er}, C. civ.). En effet, comme l'explique l'un des éminents rédacteurs du Code civil « *La peine stipulée par les contractans fait la loi entr'eux. Le créancier ne doit pas être admis à dire que cette peine est insuffisante, ni le débiteur à prétendre qu'elle est excessive. Quel serait le juge qui, mieux que les parties, pourrait connaître les circonstances et les intérêts respectifs qui ont déterminé la fixation de la peine ? On doit appliquer ici les raisonnements faits sur la fixation d'une somme stipulée pour dommages et intérêts.* »²⁴⁸¹ Cette clause pouvait comprendre aussi bien un engagement portant sur le versement d'une somme d'argent en cas d'inexécution de l'obligation principale qu'un engagement de nature non pécuniaire du fait de la formulation de l'ancien article 1226 « *s'engage à quelque chose* ». Ainsi, même si le plus souvent la clause pénale consiste en une somme d'argent, celle-ci pouvait avoir pour objet « *une chose, un fait, une abstention* »²⁴⁸² comme par exemple la livraison de produits supplémentaires²⁴⁸³. En ce sens, dans le cadre des discussions portant sur la rédaction du Code civil, M. TREILHARD précisa en réplique à M. BIGOT DE PRÉAMENEU : « *on peut s'engager à fournir la compensation d'une autre manière qu'en donnant une somme d'argent ; les parties peuvent convenir, par exemple, que si l'obligation n'est point exécutée, le débiteur fera telle chose, comme d'aller pour le créancier dans un lieu qu'elles déterminent* »²⁴⁸⁴. L'article 1231-5 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 semble mettre fin à cette interprétation large de la nature de l'engagement du contractant débiteur de la clause pénale. Désormais, il est spécifié que la clause pénale est le contrat selon lequel « *celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts (...)* ». On devrait pouvoir en déduire que l'engagement compris dans la clause pénale ne peut être qu'une somme d'argent. Même s'il s'agit de situations rares en pratique, l'obligation pénale ne devrait plus pouvoir être constituée par « *quelque chose* » comme une obligation de nature non pécuniaire. Il est vrai qu'à plusieurs reprises cet article emploie le terme de « *pénalité* »²⁴⁸⁵, terme qui semble moins clair sur la nature de l'obligation pénale (en ce qu'elle ne renvoie pas nécessairement à une somme d'argent), mais ne devrait pas être de nature à entamer la portée suffisamment claire de la formulation « *une certaine somme* » de l'article 1231-5. Il serait ainsi opéré un retour au sens initial de la « *poena* » romaine désignant « *la somme à payer au cas d'inexécution d'une promesse principale* »²⁴⁸⁶.

La nature contractuelle de la clause pénale. La nature contractuelle de la clause pénale ressort très clairement des textes du Code civil. Dans les anciens textes déjà, de nombreuses références en ce sens existaient. Les anciens articles 1228 et 1229 du Code civil font référence

²⁴⁸⁰ M. PLANIOL, « *Traité élémentaire de droit civil* », 11^{ème} éd., F. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, t. 2, n°253, p. 101.

²⁴⁸¹ Motifs exposés par M. Bigot de Préameneu, « *Code civil, contenant la série des lois qui le composent, avec leurs motifs* », livre I, éd. 1803, Garnery (Paris), p. 75.

²⁴⁸² A. HUDELLOT, E. METMAN, « *Des obligations – Sources – Extinction – Preuve* », éd. Delhomme et Briguët, 1894, n°73, p. 38.

²⁴⁸³ W. DROSS, « *Clausier – dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne* », LexisNexis Litec, 4^{ème} éd., p. 579.

²⁴⁸⁴ Discussions du Code civil dans le Conseil d'Etat, tome II, Paris, imprimeur-libraire Demonville, an XIII (1805), p. 293

²⁴⁸⁵ Ph. DELEBECQUE, Fasc. 22 : Régime de la réparation. – Modalités de la réparation. – Règles particulières à la responsabilité contractuelle. – Clause pénale, JCl. Civil Code, art. 1231 à 1231-7, 5 avr. 2018 (dernière mise à jour : 27 mai 2021), n°14.

²⁴⁸⁶ M. PLANIOL, « *Traité élémentaire de droit civil* », 11^{ème} éd., F. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, t. 2, n°253, p. 101. V. aussi : M.-J. CORNIL, « *Droit romain - Traité élémentaire des droits réels et des obligations* », Bruxelles, éd. Bruylant-Christophe, 1885, p. 321 (définissant la *stipulatio poena* comme celle assurant « *l'exécution d'une convention, en déterminant d'avance les dommages et intérêts dont le débiteur sera tenu* »).

à la peine « *stipulée* » et pour faire référence à cette somme, l'ancien article 1152 du Code civil précise « *Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme* ». L'actuel article 1231-5 du Code civil dispose que « *Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme* » et le rapport remis au président de la République qualifie cette pénalité de « *clause pénale* »²⁴⁸⁷. La nature contractuelle de la clause pénale est donc patente et nous semble avoir été perçue comme une évidence par les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016. Ce caractère contractuel de la clause pénale est également mis en exergue en doctrine²⁴⁸⁸. Ainsi, ne constitue pas des pénalités de nature contractuelle celles attachées au paiement tardif de certaines cotisations (l'employeur qui ne verse pas dans les délais ses cotisations à une caisse de retraite) ou celles de source légale (pénalité forfaitaire prévue par l'article L. 442-5, alinéa 2, du code de la construction et de l'habitation) ou judiciaire (l'astreinte qui a davantage une source judiciaire que conventionnelle²⁴⁸⁹)²⁴⁹⁰. Et la jurisprudence n'est pas en reste. La Cour de cassation a considéré qu'un « *engagement pris en vertu d'une décision unilatérale de l'employeur n'avait pas été incorporé au contrat de travail* » et en a déduit « *qu'il ne pouvait constituer une clause pénale, de nature exclusivement contractuelle* »²⁴⁹¹. De même, la Cour a jugé que « *les dispositions de l'alinéa 6 de l'article L. 441-6 du code de commerce sont des dispositions légales supplétives* » et que « *les pénalités dues par application de ce texte ne constituent pas une clause pénale et ne peuvent donc être réduites en raison de leur caractère abusif* »²⁴⁹². Les décisions rendues par les juges du fond semblent également s'inscrire dans le prolongement de cette jurisprudence de la Cour de cassation qui requiert le caractère contractuel de la clause pénale²⁴⁹³. Aussi, la nature contractuelle de la clause pénale a été particulièrement mise en avant par la jurisprudence rendu en matière d'indemnité de licenciement. S'il a été jugé que l'indemnité de licenciement figurant dans un contrat de travail peut par principe constituer une peine²⁴⁹⁴, en revanche, dès lors que le montant de cette indemnité ne résultait pas d'une clause contractuelle mais était fixé par le règlement intérieur

²⁴⁸⁷ 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.

²⁴⁸⁸ Le Professeur MAZEAUD a mis en lumière le fait que la nature contractuelle de la clause pénale permet de distinguer cette dernière d'institutions qui lui sont plus ou moins proches notamment des peines d'origine légale ou judiciaire lesquelles ne résultent pas d'un accord de volonté et ne sont donc pas éligibles à la qualification de clause pénale (D. MAZEAUD, « *La notion de clause pénale* », LGDJ, 1992, p. 107 à 111). De même, pour le Professeur DELEBECQUE la nature contractuelle de la clause pénale a permis de comprendre, d'une part, que les intérêts au taux légal du montant qu'elle fixe sont dus à compter du jour de la sommation de payer et non de la décision de justice et, d'autre part, que la clause pénale est soumise, en droit international privé, à la loi du contrat au sens de l'article 12-1.-c. du règlement de Rome I n°593/2008 (Ph. DELEBECQUE, Fasc. 22 : Régime de la réparation. – Modalités de la réparation. – Règles particulières à la responsabilité contractuelle. – Clause pénale, JCl. Civil Code, art. 1231 à 1231-7, 5 avr. 2018, dernière mise à jour : 27 mai 2021, n°26).

²⁴⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 févr. 1964, Bull. civ. I, n° 82 ; Cass. civ. 25 juill. 1882, DP 1883. 1. 243). V. aussi en ce sens les comptes rendus des débats portant sur la loi n°75-597 du 9 juillet 1975 modifiant les anciens articles 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale (discussion et adoption le 18 juin 1975 en première lecture devant le Sénat). Selon Monsieur Jacques Thyraud, rapporteur de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, « *La clause pénale constitue une véritable peine privée. Elle peut jouer aussi le rôle d'une clause limitative de responsabilité et, par son pouvoir coercitif, elle s'apparente également à l'astreinte mais, à la différence de celle-ci, elle est fixée par les parties et non par le juge. Cette institution a donc un caractère essentiellement contractuel.* »

²⁴⁹⁰ S. PIMONT, « *Clause pénale* », Rép. dr. civ. (Dalloz), avr. 2010, actualisation : nov. 2021, n°21-22.

²⁴⁹¹ Cass. soc., 11 févr. 1997, n° 93-42.838.

²⁴⁹² Cass. com., 2 nov. 2011, n° 10-14.677.

²⁴⁹³ CA, Aix-en-Provence, 1^{ère} ch. A, 29 nov. 2017, n° 16/10800 ; CA, Poitiers, 2^{ème} ch. civ., 24 mai 2011, n° 10/03721 ; CA, Pau, 2^{ème} ch., 1^{ère} sect., 5 mai 2011, n° 10/01552 ; CA, Agen, 1^{ère} ch., 5 févr. 2007, n° 05/00008 ; CA, Paris, 25^{ème} ch., sect. B, 13 oct. 2006, n° 05/08659.

²⁴⁹⁴ Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 09-40.426 ; Cass. soc., 21 févr. 2007, n° 04-48.103 ; Cass. soc., 17 mars 1998, n° 95-43.411. V. aussi : D. MAZEAUD, « *Les clauses pénales en droit du travail* », Droit social 1994. 343.

de l'entreprise, elle ne pouvait s'analyser comme une clause pénale²⁴⁹⁵. De même, lorsque les parties contractantes conviennent de l'application au contrat de travail d'une convention collective autre que celle applicable de droit, l'indemnité de licenciement prévue par ladite convention collective revêt la nature d'une indemnité conventionnelle non susceptible d'être réduite par le juge²⁴⁹⁶.

Le caractère accessoire de la clause pénale. Classiquement, comme pour le nantissement, le cautionnement et l'hypothèque²⁴⁹⁷, la clause pénale a un caractère accessoire lequel découlait initialement de l'ancien article 1227 du Code civil²⁴⁹⁸. Celui-ci impliquait le respect de deux principes intimement liés à l'adage latin *accessorium sequitur principale* : d'une part, la nullité de l'obligation primitive entraîne celle de la clause pénale et, d'autre part, la nullité de la clause pénale n'entraîne pas celle de l'obligation primitive²⁴⁹⁹. Pour le premier principe, il est « *de la nature des choses accessoires de ne pouvoir subsister sans la chose principale (...) l'obligation pénale étant l'obligation d'une peine stipulée en cas d'inexécution de l'obligation primitive, si l'obligation primitive n'est pas valable, l'obligation pénale ne peut avoir lieu, parce qu'il ne peut pas y avoir de peine de l'inexécution d'une obligation, qui, n'étant pas valable, n'a pu ni dû être exécutée* »²⁵⁰⁰ et pour le second principe « *l'accessoire ne peut, à la vérité, subsister sans le principal ; mais le principal ne dépend pas de l'accessoire, et peut subsister sans lui.* »²⁵⁰¹. Ce caractère accessoire de la clause pénale ressort très clairement des travaux préparatoires du Code civil²⁵⁰². Ainsi, en raison de ce caractère, à l'égard du débiteur, la clause pénale s'éloigne de l'obligation alternative (art. 1307, C. civ.) qui a deux objets et non un mais se rapproche de l'obligation facultative (art. 1308, C. civ.) en ce que sa validité s'apprécie d'après une dette principale, voire de l'obligation conditionnelle (art. 1304, C. civ.) à la différence que le débiteur sous condition est libre de ne pas réaliser la condition alors qu'en matière de clause pénale celui-ci est tenu de ne pas provoquer la réalisation de cette dernière²⁵⁰³. L'actuel article 1231-5 du Code civil ne semble plus référer à ce caractère accessoire de la clause pénale, en particulier, par l'abrogation de l'ancien article 1227 du même code. Est-ce à dire que ce trait caractéristique a disparu ? Et avec lui la règle de non-cumul de la peine et du principal (ancien art. 1229, alin. 2, C. civ.)²⁵⁰⁴ ? Nous ne le pensons pas. Tout d'abord, ce n'est pas la *ratio legis* de l'ordonnance du 10 février 2016, ni l'intention de ses rédacteurs. Celle-ci est seulement venue simplifier et synthétiser l'ensemble des anciens articles 1152 et 1226 à 1233 du Code civil²⁵⁰⁵. En particulier, le rapport remis au président de la République explique cette abrogation de l'ancien article 1227 au motif que cette règle est « *évidente* » (comme pour l'ancien article 1229, alinéa 2 d'ailleurs). Puis, l'ancienne règle précitée de non-cumul de la peine et du principal semble de *lege lata* maintenue puisque l'article 1231-5 alinéa 3 dispose que « *Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au*

²⁴⁹⁵ Cass. soc., 26 mai 1999, n° 96-43.614.

²⁴⁹⁶ Cass. soc., 9 nov. 2011, n° 09-43.528.

²⁴⁹⁷ C. MARUANI, « *La clause pénale* », thèse, 1935, imprimerie de Tunis, p. 92.

²⁴⁹⁸ V. par exemple : R.-J. POTHIER, « *Traité des obligations* », 1805, t. 1^{er}, n° 339 à 341, p. 186-187.

²⁴⁹⁹ L'ancien article 1227 du Code civil était rédigé en ces termes : « *La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale. La nullité de celle-ci n'entraîne point celle de l'obligation principale.* ».

²⁵⁰⁰ R.-J. POTHIER, « *Traité des obligations* », 1805, t. 1^{er}, n° 339, p. 187.

²⁵⁰¹ R.-J. POTHIER, « *Traité des obligations* », 1805, t. 1^{er}, n° 341, p. 188.

²⁵⁰² Motifs exposés par M. Bigot de Préameneu, « *Code civil, contenant la série des lois qui le composent, avec leurs motifs* », livre I, éd. 1803, Garnery (Paris), p. 74.

²⁵⁰³ R. DEMOGUE, « *Traité des obligations en général* », t. VI, éd. : A. Rousseau (Paris), 1932, n°445, p. 482.

²⁵⁰⁴ En effet, du caractère accessoire de la clause pénale se déduit habituellement la règle de non-cumul de la peine et du principal. D. MAZEAUD, « *La notion de clause pénale* », LGDJ, 1992, p. 91.

²⁵⁰⁵ 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.

créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent. » Si le juge a la possibilité de diminuer la pénalité à hauteur de l'exécution d'une obligation au contrat c'est bien parce que l'exécution de l'obligation principale ou primitive équivaut l'application de la pénalité et qu'ainsi la première ne peut être cumulée avec la seconde. Or, si cette règle de non-cumul demeure en vigueur dans notre droit, c'est parce qu'il existe une distinction entre l'exécution de l'obligation principale et l'application d'une pénalité accessoire. Le maintien de cette règle de non cumul de la peine et du principal (ancien article 1229, alinéa 2) devrait donc nécessairement induire le maintien de la règle de la clause pénale accessoire à l'obligation principale (ancien article 1227). De la même façon, il sera démontré *infra* s'agissant de la fonction comminatoire de la clause pénale que celle-ci perdure malgré la réforme du droit des contrats. Or, c'est notamment sur le fondement de l'ancien article 1226 du Code civil selon lequel « *La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution.* » que le caractère accessoire de la clause pénale a pu être jadis établi²⁵⁰⁶. Enfin, un récent arrêt rendu le 1^{er} février 2022 concernant des faits soumis à l'actuel article 1231-5 du Code civil semble maintenir le caractère accessoire de la clause pénale : « *l'appelante fait manifestement application d'une clause pénale s'agissant de l'indemnité de résiliation alors que le contrat de location a été partiellement annulé et que la nullité de ce contrat sur les deux photocopieurs entraîne de facto l'annulation de la clause pénale, accessoire de l'obligation principale dont elle sanctionne l'inexécution et fait ainsi obstacle à l'application d'une indemnité de résiliation qui, en tout état de cause, 'ne regarde' que les parties au contrat.* »²⁵⁰⁷. Par conséquent, il apparaît que le caractère accessoire de la clause pénale reste d'actualité malgré l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016.

Les fonctions et finalités de la clause pénale. Avant la réforme du droit des contrats, l'ensemble des règles applicables à la clause pénale étaient réparties entre deux sections du Code civil, la première intitulée « *Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation.* » comprenant l'ancien article 1152 du Code civil et la seconde intitulée « *Des obligations avec clauses pénales.* » comprenant les anciens articles 1226 à 1233 du Code civil. Comme le souligne un auteur, la doctrine a longtemps défendu la « *dualité fonctionnelle* »²⁵⁰⁸ de la clause pénale, c'est-à-dire le « *double but* », « *double objet* » ou encore la « *double fonction* »²⁵⁰⁹ que celle-ci poursuit. Ce « *double but* »²⁵¹⁰ (ou « *double fin* »²⁵¹¹) que poursuit la clause pénale était jadis rattaché, d'une part, à l'article 1229 en ce qu'elle est « *la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale* », d'autre part, à l'article 1226 en ce qu'elle est stipulée « *pour assurer l'exécution d'une convention* »²⁵¹². Ressortent ainsi les « *deux fonctions essentielles de la clause pénale* », à savoir, l'« *évaluation anticipée de dommages-intérêts* » et la « *peine civile faisant pression sur le débiteur par la menace qu'elle tient*

²⁵⁰⁶ Motifs exposés par M. Bigot de Préameneu, « *Code civil, contenant la série des lois qui le composent, avec leurs motifs* », livre I, éd. 1803, Garnery (Paris), p. 74. Pour Bigot de Préameneu, la clause pénale est celle par laquelle « *une personne, pour assurer que son obligation sera exécutée, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution.* » et déduit de cette phrase que « *La clause pénale n'est donc qu'un accessoire de l'obligation principale* ».

²⁵⁰⁷ CA de Versailles, ch. 13, 1^{er} févr. 2022, n° 20/05253.

²⁵⁰⁸ D. MAZEAUD, « *La notion de clause pénale* », LGDJ, 1992, p. 8.

²⁵⁰⁹ D. MAZEAUD, « *La notion de clause pénale* », LGDJ, 1992, p. 122.

²⁵¹⁰ G. BAUDRY-LACANTINERIE, « *Précis de droit civil* », tome II, Paris L. Larose et Forcel, 1883, n° 961 ; C. DEMOLOMBE, « *Cours de droit civil* », t. ome treizième, livre III des contrats ou des obligations conventionnelles en général, éd. J. Stienon, 1873, n° 635.

²⁵¹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 16 janvier 1985 ; époux Migraine c. époux Abisset et autres : JCP N. et Imm. n° 24, 12 juin 1987, 100694, comm. G. PAISANT.

²⁵¹² R. DEMOGUE, « *Traité des obligations en général* », t. VI, éd. : A. Rousseau (Paris), 1932, n°443, p. 480.

suspendue sur sa tête, et le frappant en cas de faute de sa part. »²⁵¹³ Le dégage­ment de ces deux fonctions a permis de mettre en exergue la finalité indemni­taire et comminatoire de la clause pénale²⁵¹⁴. Plus récemment, dans une thèse remarquée, un auteur, tout en considérant que le caractère indemni­taire de la clause pénale n'est ni décisif, ni déterminant pour retenir sa qualification²⁵¹⁵, a soulevé la double facette de la clause pénale, celle-ci est « *une clause de garantie et une peine* » : une clause de garantie car c'est un « *contrat qui garantit l'exécution d'une obligation principale* » et une peine car « *en cas d'inexécution, la clause pénale est une peine qui sanctionne l'inexécution illicite de l'obligation garantie* »²⁵¹⁶. Selon cette définition, le caractère indemni­taire de la clause pénale apparaît au second plan. Cet auteur défend que le caractère indemni­taire de la clause pénale n'a qu'une portée limitée²⁵¹⁷ et met davantage en avant son caractère comminatoire qui est un élément déterminant pour retenir sa qualification²⁵¹⁸, il s'agit alors de la clause pénale « *stricto sensu* »²⁵¹⁹. A rebours, un autre auteur considère que la clause pénale a pour principale fonction « *de faire – en principe – échec au pouvoir d'appréciation des dommages-intérêts normalement réservé au juge : elles cherchent à prévenir les difficultés de l'évaluation judiciaire des dommages-intérêts en fixant par avance un forfait de réparation.* »²⁵²⁰ ; elle « *contient, d'abord, une évaluation forfaitaire des dommages-intérêts dus en cas d'inexécution du contrat, mais peut constituer, en plus, une menace pour le débiteur lorsque le forfait convenu est élevé* »²⁵²¹. La fonction comminatoire de la clause pénale serait ainsi optionnelle, sa fonction principale et essentielle serait l'évaluation conventionnelle des dommages-intérêts. Il s'agit de la clause pénale « *lato sensu* »²⁵²². Le Vocabulaire juridique du Doyen CORNU semble retenir une définition de la clause pénale faisant cohabiter sur le même plan sa fonction indemni­taire ou réparatrice et sa fonction comminatoire ou punitive, celle-ci est définie comme la « *Clause comminatoire en vertu de laquelle un contractant s'engage en cas d'inexécution de son obligation principale (ou en cas de retard dans l'exécution) à verser à l'autre à titre de dommages-intérêts une somme forfaitaire – en général très supérieur au montant du préjudice réel subi par le créancier (et appelée peine stipulée) – qui en principe ne peut être ni modérée ni augmentée par le juge sauf si elle est manifestement excessive ou dérisoire* »²⁵²³. D'après cette définition,

²⁵¹³ C. MARUANI, « *La clause pénale* », thèse, 1935, imprimerie de Tunis, p. 70.

²⁵¹⁴ E. LOQUIN, refondu et mis à jour par F. LEBORGNE, « *Clauses dissuasives des litiges* », fasc. 135, JCl. Contrats – Distribution, 1^{er} juin 2006 (dernière mise à jour : 4 févr. 2008), n°10. M. MARUANI distinguait quant à lui la « *fonction réparatrice* » et la « *fonction pénale* » de la clause pénale (C. MARUANI, « *La clause pénale* », thèse, 1935, imprimerie de Tunis, p. 71).

²⁵¹⁵ D. MAZEAUD, « *La notion de clause pénale* », LGDJ, 1992, p. 341-342. En effet, pour cet auteur le « *caractère indemni­taire de la clause pénale ne se manifeste qu'en cas de réalisation d'un préjudice* ». Or, la peine pouvant jouer même en l'absence de préjudice, elle produira tout de même son « *effet sanctionnateur* » alors que le créancier n'a souffert d'aucun préjudice. En ce sens, DEMOGUE rapprochait la clause pénale de l'assurance, en ce que « *le créancier étant sûr d'obtenir telle somme en cas d'inexécution* » (R. DEMOGUE, « *Traité des obligations en général* », t. VI, éd. : A. Rousseau (Paris), 1932, n°443, p. 480).

²⁵¹⁶ D. MAZEAUD, « *La notion de clause pénale* », LGDJ, 1992, p. 7 et 8.

²⁵¹⁷ D. MAZEAUD, « *La notion de clause pénale* », LGDJ, 1992, p. 348, n°616.

²⁵¹⁸ D. MAZEAUD, « *La notion de clause pénale* », LGDJ, 1992, n° 148 à 150.

²⁵¹⁹ P.-D. CERVETTI, « *clause pénale* », in « *Les principales clauses des contrats d'affaires* », F. BUY ; M. LAMOUREUX ; J. MESTRE ; J.-Chr. RODA (sous la dir.), Lextenso, 2019, p. 611, n° 1313.

²⁵²⁰ Ph. DELEBECQUE, Fasc. 22 : Régime de la réparation. – Modalités de la réparation. – Règles particulières à la responsabilité contractuelle. – Clause pénale, JCl. Civil Code, art. 1231 à 1231-7, 5 avr. 2018 (dernière mise à jour : 27 mai 2021), n°4.

²⁵²¹ Ph. DELEBECQUE, Fasc. 22 : Régime de la réparation. – Modalités de la réparation. – Règles particulières à la responsabilité contractuelle. – Clause pénale, JCl. Civil Code, art. 1231 à 1231-7, 5 avr. 2018 (dernière mise à jour : 27 mai 2021), n°9.

²⁵²² P.-D. CERVETTI, « *clause pénale* », in « *Les principales clauses des contrats d'affaires* », F. BUY ; M. LAMOUREUX ; J. MESTRE ; J.-Chr. RODA (sous la dir.), Lextenso, 2019, p. 611, n° 1313.

²⁵²³ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « (clause) Pénal, ale, aux », p. 753.

ces deux fonctions semblent bien devoir être cumulées pour emporter la qualification de clause pénale. Désormais, l'article 1231-5 du Code civil est venu simplifier et synthétiser²⁵²⁴ l'ensemble des anciens articles 1152 et 1226 à 1233 du Code civil. Se pose nécessairement la question de savoir si ce nouvel article a induit une modification des fonctions inhérentes à la qualification de clause pénale. Au lendemain de la réforme du droit des contrats, et notamment en raison de la disparition de l'ancien article 1226 du Code civil selon lequel la clause pénale était stipulée « *pour assurer l'exécution d'une convention* », certains auteurs ont mis en doute le maintien de la fonction comminatoire de la clause pénale²⁵²⁵. Ainsi, le législateur aurait choisi « *une conception unitaire de la clause pénale, tournée vers l'indemnisation forfaitaire du créancier* », la fonction comminatoire ne serait plus que « *suggérée* » par le Code civil et la conservation des termes « *pénalité* » et « *peine* » ne le serait que par tradition²⁵²⁶. De même, un autre auteur a également alerté sur le fait que d'après l'article 1231-5 « *Cette définition présente la clause pénale comme une banale clause d'indemnisation forfaitaire et ne met pas en exergue le caractère punitif du mécanisme. Cette définition restrictive n'est pas sans conséquence.* »²⁵²⁷. Aussi, certaines jurisprudences ne semblaient pas exclure qu'une pénalité puisse être alignée sur le montant du préjudice (et non maintenue au-dessus comme le commanderait son caractère punitif) même si cela n'est ni une nécessité, ni une obligation pour le juge²⁵²⁸. Toutefois, nonobstant cette nouvelle rédaction de l'article 1231-5, la doctrine reste majoritairement favorable au maintien de la fonction comminatoire de la clause pénale. Un nombre conséquent d'auteurs considèrent que cet article n'a pas eu d'incidence particulière sur les fonctions classiquement attribuées à la clause pénale : d'une part, indemnitaire et, d'autre part, comminatoire²⁵²⁹. En effet, la doctrine, malgré la réforme, défend le fait que la clause pénale doit continuer à assurer une fonction comminatoire et dissuasive²⁵³⁰ ; cela permettrait ainsi de pouvoir continuer à distinguer cette clause d'autres clauses distinctes à l'instar des clauses d'immobilisation²⁵³¹. Il en résulte que l'emploi du terme « *pénalité* » ou « *peine* » « *semble, dans une certaine mesure au moins, réintroduire le caractère punitif inhérent à la clause.* »²⁵³² Et l'on comprend bien l'attachement de ces auteurs à la fonction comminatoire de la clause pénale, son éviction pourrait effectivement être de nature à « *accorder au juge un pouvoir de révision non négligeable.* »²⁵³³ La jurisprudence semble également sensible à l'usage de ce terme

²⁵²⁴ 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.

²⁵²⁵ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 597. En effet, selon ces auteurs, l'article 1231-5 est ambiguë, il fait certes référence à la « *pénalité* », mais celle-ci s'appliquant également dans la situation où une somme est manifestement « *dérisoire* » et la somme visée à l'article 1231-5 étant stipulée « *à titre de dommages et intérêts* », le sens de cet article n'est pas clair (« *véritable punition ou forfait ?* »).

²⁵²⁶ G. CHANTEPIE, « *Contrat : effets – Sanctions de l'inexécution du contrat* », Rép. dr. civ., janv. 2018 (actualisation : déc. 2020), n°310.

²⁵²⁷ M. MEKKI, « *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat* », RDC 2016, n° 2, p. 400.

²⁵²⁸ Cass. soc., 13 déc. 2000, n°98-46.384 ; Cass. com., 23 janv. 1979, 77-12.129.

²⁵²⁹ Fr. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2018, Dalloz, 128.254 ; B. FAGES, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 10^{ème} éd., 2020, n° 339 ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 11^{ème} éd., 2020, n° 628 ; P.-D. CERVETTI, « *clause pénale* », in « *Les principales clauses des contrats d'affaires* », F. BUY ; M. LAMOUREUX ; J. MESTRE ; J.-Chr. RODA (sous la dir.), Lextenso, 2019, p. 611, n° 1314.

²⁵³⁰ A. BENABENT, « *Droit des obligations* », L.G.D.J. préc. domat droit privé, 18^{ème} éd., 2019, n°438 ; D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 5^{ème} éd., 2021, éd. Bruylant, collection paradigme, n° 1056-1.

²⁵³¹ D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 5^{ème} éd., 2021, éd. Bruylant, collection paradigme, n° 1056-1.

²⁵³² D. MAZEAUD, « *La qualification de clause pénale* », D. 2016, p. 1628. V. aussi plutôt favorable à considérer que la stipulation d'une « *pénalité* » fait la clause pénale (P. GROSSER, « *Contrats et obligations - Droit des contrats* », sous la dir. de J. GHESTIN, avec P. GROSSER, D. HOUTCIEFF, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, G. VIRASSAMY, JCP G. n° 7, 18 févr. 2019, doctr. 183, n° 7).

²⁵³³ M. MEKKI, « *Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat* », RDC 2016, n° 2, p. 400.

« pénalité » pour en déduire la qualification d'une clause pénale²⁵³⁴. D'autres auteurs, s'inscrivant dans une voie médiane, estiment que la clause pénale peut jouer différents rôles en fonction du montant retenu à titre de dommages-intérêts, elle constituera un moyen de pression pour le débiteur que si son montant est considérable²⁵³⁵, s'il excède sensiblement le préjudice réellement subi par le créancier²⁵³⁶. Si la doctrine semble en majorité favorable au maintien de la fonction comminatoire de la clause pénale, il convient de vérifier si la jurisprudence partage également cette position. En premier lieu, depuis bien longtemps, la jurisprudence considère que les clauses pénales sont d'interprétation stricte en particulier lorsque l'inexécution imputable au débiteur s'est avérée ne pas correspondre à celle sanctionnée par la clause pénale (par exemple, si la clause ne sanctionne que le retard, elle ne peut sanctionner l'inexécution pure et simple)²⁵³⁷. Ainsi, l'interprétation stricte des clauses pénales devrait être de nature à pencher en faveur du maintien de sa fonction comminatoire. Si cette fonction disparaissait, l'interprétation stricte des clauses pénales perdrait nettement de sa substance. Toute clause d'indemnisation quelconque pourrait être éligible à la qualification de clause pénale. En second lieu, la jurisprudence semble continuer à exiger la caractérisation d'un but comminatoire pour retenir la qualification de clause pénale. Avant la réforme du droit des contrats, bien qu'a pu persister un courant mettant davantage en avant le caractère indemnitaire de la clause pénale²⁵³⁸, une longue série de décisions, constituant le courant majoritaire, martèlent le caractère comminatoire, dissuasif ou contraignant de cette pénalité²⁵³⁹. Dans certaines de ces décisions le caractère comminatoire de la pénalité est certes affirmé pour distinguer la clause pénale de la clause de dédit mais dans la majorité d'entre elles, elle l'est pour établir si la clause stipulée en l'espèce relève de la qualification d'une clause pénale²⁵⁴⁰. Surtout, une jurisprudence prolifique rendue par les juges du fond fondée sur l'actuel article 1231-5 du Code civil semble maintenir l'exigence du caractère comminatoire de la clause pénale²⁵⁴¹. A titre d'exemple, il est éclairant de citer plusieurs

²⁵³⁴ Cass. com. éco. et fin., 5 déc. 2018, n° 17-22.346. En l'espèce, pour en déduire la qualification d'une clause pénale, il a été relevé par les juges que « la clause stipule expressément qu'il s'agit là d'une somme due à titre de "pénalité" ».

²⁵³⁵ Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, « Droit des obligations », 15^{ème} éd., 2019, Lexisnexis, n°842.

²⁵³⁶ W. DROSS, « Clausier – dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne », LexisNexis Litec, 4^{ème} éd., p. 579.

²⁵³⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 12 sept. 2012, n° 11-18.732 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 févr. 1960, Bull. civ. I, n° 94 ; Cass. civ., 6 déc. 1932, DH 1933, p. 52 ; Cass. req. 20 juill. 1920, DP 1921.1.35 ; Cass. req. 2 janv. 1907, DP 1907.1.88 ; Cass. req. 13 juill. 1899, DP 1899.1.524 ; Cass. req., 8 juill. 1873, DP 1874, I, p. 56 ; Cass. civ., 27 juin 1859, DP 1859, 1, p. 259 ; CA, Toulouse, ch. 1 sect. 01, 19 nov. 2018, n° 16/01784 ; CA, Versailles, 13^{ème} ch., 9 janv. 2014, n° 12/03593 ; CA, Paris, pôle 4, ch. 9, 16 mai 2013, n° 13/00998 ; CA, Bordeaux, ch. civ. 2, 7 janv. 2009, n° 07/05169 ; CA, Orléans, 25 juin 2007, n° 06/01353 ; CA, Paris, ch. 15 sect. A, 12 nov. 2002, n° JurisData : 2002-194651. V. aussi sur ce point : D. MAZEAUD, « La notion de clause pénale », LGDJ, 1992, n° 574.

²⁵³⁸ Cass. com. éco. et fin., 20 mars 2019, n° 17-18.977 ; Cass. com., 14 juin 2016, n° 15-12.734 ; Cass. civ. 3^{ème}, 20 mai 2014, n° 13-16.534 ; Cass. civ. 3^{ème}, 26 janv. 2011, n° 10-10.376 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, n° 93-16.869.

²⁵³⁹ V. notamment : Cass. civ. 3^{ème}, 16 févr. 2022, n° 21-10.453 ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2021, n° 19-24.192 ; Cass. com. éco. et fin., 12 mai 2021, n° 19-17.309 ; Cass. com. éco. et fin., 5 mai 2021, n° 19-20.824 ; Cass. com. éco. et fin., 25 sept. 2019, n° 18-14.427 ; Cass. com., 6 déc. 2017, n° 16-12.804 ; Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-19.141 ; Cass. com., 10 mars 2015, n° 13-27.993 ; Cass. civ. 3^{ème}, 12 janv. 2010, n° 09-11.856 ; Cass. com., 20 Janvier 2009, n° 08-11.190 ; Cass. com., 14 févr. 2006, n° 04-11.560 ; Cass. com., 14 oct. 1997, n° 95-11.448 ; Cass. com., 26 févr. 1991, n° 89-12.081 ; Cass. civ. 3^{ème}, 11 janv. 1989, n° 87-14.916 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 janv. 1985, n° 83-11.029, 83-16.928.

²⁵⁴⁰ V. par exemple en sens inverse : Ph. Le TOURNEAU, « Droit de la responsabilité et des contrats », Dalloz action 2018/2019, 11^{ème} éd., n° 3226.11. Cet auteur considère que le caractère comminatoire n'est pas « un élément de qualification de la clause pénale ».

²⁵⁴¹ CA, Lyon, 8^{ème} ch., 12 janv. 2022, n° 21/02506 ; CA, Lyon, 8^{ème} ch., 15 déc. 2021, n° 20/01342 ; CA, Bordeaux, 4^{ème} ch. civ., 6 déc. 2021, n° 19/05372 ; CA, Aix-en-Provence, ch. 3-2, 25 nov. 2021, n° 19/19641 ; CA, Amiens, ch. éco., 16 nov. 2021, n° 20/02527 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 5 nov. 2021, n° 19/09434 ; CA, Grenoble, ch. com., 14 oct. 2021, n° 20/01515 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 24 sept. 2021, n° 19/07280 ; CA,

extraits de ces décisions visant l'article 1231-5. Il a pu être analysé en l'espèce qu'une clause d'indemnité a une « double fonction comminatoire et indemnitaire et constitue une clause pénale au sens des dispositions précitées »²⁵⁴² ou s'agissant d'une clause de résiliation moyennant le versement d'indemnités « Indubitablement, compte tenu de leur caractère comminatoire, elles visent en réalité à contraindre l'usager à respecter la durée prévue de son engagement et à défaut à évaluer de manière forfaitaire et anticipée le montant du préjudice résultant pour le prestataire du service de la résiliation anticipée. »²⁵⁴³. Bien souvent parmi ces décisions, il est mis en exergue le fait que la pénalité stipulée au sens de l'article 1231-5 du Code civil constitue un moyen de contraindre le débiteur à l'exécution ce qui montre l'attachement des juges à la fonction comminatoire de la clause pénale²⁵⁴⁴. Et cet attachement est compréhensible, l'abandon de cette fonction aurait pour conséquence de faire basculer sous le giron de la clause pénale un nombre important de clauses qui sont dépourvues de caractère comminatoire (cf. *infra*). Même s'il s'agit pour l'heure que de la jurisprudence rendue par les juges du fond, un nombre conséquent de ces décisions maintiennent la fonction comminatoire de la clause pénale, ce qui donne lieu à penser que la Cour Régulatrice s'inscrira probablement dans le prolongement du courant prétorien majoritaire exigeant une fonction indemnitaire et comminatoire pour retenir la qualification de clause pénale. En ce sens, comme pour conforter la caractérisation de la fonction comminatoire de la clause pénale, l'article 1284 du projet de réforme de responsabilité généralise l'usage du terme « pénalité » en lieu et place du terme « somme »²⁵⁴⁵. En outre, il est également possible que la Cour de cassation ne change rien à sa jurisprudence antérieure et considère que la nouvelle rédaction de l'article 1231-5 du Code civil n'a fait que simplifier et synthétiser²⁵⁴⁶ les anciens articles du Code civil, sans opérer de modifications substantielles sur le fond.

L'exigence de la fonction indemnitaire de la clause pénale la distingue de certaines clauses. La fonction dite indemnitaire est un adjectif dérivant du nom indemnité venant des termes latins *indemnitas* ou *damnum* signifiant le dommage. L'indemnitaire répond ainsi à la règle selon laquelle « la valeur attribuée à titre d'indemnité doit réparer tout le dommage mais le seul dommage (...) sans appauvrir ni enrichir la victime. » La fonction indemnitaire a ainsi vocation à réparer le seul dommage subi, ni plus, ni moins. En ce sens, pour souligner l'aspect indemnitaire de la clause pénale, la jurisprudence considère à maintes reprises que celle-ci consiste en une évaluation forfaitaire anticipée du préjudice ou de l'indemnité due en

Paris, pôle 5, ch. 8, 14 sept. 2021, n° 20/10358 ; CA, Grenoble, ch. com., 24 juin 2021, n° 19/01717 ; CA, Nîmes, 1^{ère} ch. civ., 6 mai 2021, n° 19/02638 ; CA, Caen, 2^{ème} ch. civ. et com., 18 mars 2021, n° 19/01931 ; CA, Amiens, ch. éco., 22 déc. 2020, n° 20/00882 ; CA, Reims, ch. civ., 1^{ère} sect., 20 oct. 2020, n° 20/00563 ; CA, Chambéry, ch. civ., 1^{ère} sect., 8 sept. 2020, n° 18/01527 ; CA, Orléans, ch. com. éco. et fin., 20 août 2020, n° 19/02525 ; CA, Aix-en-Provence, 1^{ère} et 8^{ème} ch. réunies, 6 févr. 2020, n° 17/09495 ; CA, Reims, ch. civ., 1^{ère} sect., 18 juin 2019, n° 18/02617.

²⁵⁴² CA, Orléans, ch. com. éco. et fin., 20 août 2020, n° 19/02525.

²⁵⁴³ CA, Chambéry, ch. civ., 1^{ère} sect., 8 sept. 2020, n° 18/01527.

²⁵⁴⁴ CA, Lyon, 8^{ème} ch., 12 janv. 2022, n° 21/02506 ; CA, Bordeaux, 4^{ème} ch. civ., 6 déc. 2021, n° 19/05372 ; CA, Aix-en-Provence, ch. 3-2, 25 nov. 2021, n° 19/19641 ; CA, Amiens, ch. éco., 16 nov. 2021, n° 20/02527 ; CA, Grenoble, ch. com., 14 oct. 2021, n° 20/01515 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 8, 14 sept. 2021, n° 20/10358 ; CA, Grenoble, ch. com., 24 juin 2021, n° 19/01717 ; CA, Nîmes, 1^{ère} ch. civ., 6 mai 2021, n° 19/02638 ; CA, Aix-en-Provence, 1^{ère} et 8^{ème} ch. réunies, 6 févr. 2020, n° 17/09495.

²⁵⁴⁵ Projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017. L'alinéa 1^{er} du projet d'article 1284 dispose que « Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine pénalité à titre de réparation, il ne peut être alloué à l'autre partie une pénalité plus forte ni moindre. »

²⁵⁴⁶ V. en ce sens : 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.

cas d'inexécution²⁵⁴⁷. La jurisprudence exige également que le montant de la clause pénale doit être déterminé ou à tout le moins déterminable²⁵⁴⁸. L'exigence de cette fonction indemnitaire de la clause pénale a pour conséquence d'exclure d'autres typologies de clauses qui à l'inverse ne comprennent pas cette même fonction. Tout d'abord, la Cour de cassation a estimé que les juges de fond, à juste titre, n'avaient pas retenu la qualification de clause pénale s'agissant d'une clause qui « *constituait une avance sur des dommages-intérêts* » à fixer²⁵⁴⁹ laquelle était stipulée dans un contrat de cession de différents éléments corporels et incorporels. En effet, les juges d'appel reprochaient à cette clause de réparer un préjudice, éventuellement futur par provision, et non pas déjà réalisé, de sorte que l'évaluation anticipée forfaitaire des dommages-intérêts n'était pas établie et que la qualification de clause pénale ne pouvait être retenue. Surtout, il était reproché à cette clause, prévoyant le versement d'une avance de 5 millions de francs au cédant portant sur le prix des actions cédées, d'être versée en contrepartie d'une prorogation de délai (en l'espèce, la prolongation de délai portait sur la date limite qui avait été fixée pour l'accomplissement des diverses formalités). Ainsi, la fonction indemnitaire de cette clause était contestée ce qui a conduit à l'éviction de la qualification en clause pénale²⁵⁵⁰.

Puis, dans une autre affaire²⁵⁵¹, une société exploitant une usine d'incinération d'ordures ménagères avait conclu pour les besoins de cette exploitation avec EDF un contrat de fourniture d'énergie électrique. Une coupure d'électricité est survenue et a endommagé certains équipements de son installation, ce qui l'a conduite à assigner EDF en réparation de son préjudice. EDF se prévalait d'une clause limitative de responsabilité et le requérant souhaitait la voir requalifiée en clause pénale. Or, la Cour de cassation a estimé que « *la clause dont se prévaut EDF ne prévoit pas le règlement d'une indemnisation forfaitaire, mais fixe un plafond d'indemnisation "dans la limite du préjudice subi par le client"* », ainsi les juges d'appel avaient « *exactement déduit que cette clause constitue une clause limitative de responsabilité, et non une clause pénale* ». Il en résulte que la fixation d'un plafond de réparation ne constitue pas une évaluation forfaitaire anticipée des dommages-intérêts, ce qui matérialise l'absence de fonction indemnitaire de la clause limitative de responsabilité et l'éviction de la qualification en clause pénale. Dans le même sens, la Cour d'appel de Paris a considéré que l'engagement de qualité de service (les « *SLA* ») « *comportait une clause limitative de responsabilité fixant un plafond d'indemnisation potentielle du cocontractant, ne peut s'analyser en une clause pénale* »²⁵⁵² ou encore la Cour d'appel de Reims a affirmé que « *Cette clause qui fixe un plafond d'indemnisation ne prévoit pas une sanction contractuelle en cas d'inexécution du contrat par la société SFR et ne constitue pas une clause pénale susceptible d'être modérée ou augmentée par le juge, mais s'analyse comme une clause limitative de responsabilité qui doit en l'espèce recevoir application.* »²⁵⁵³ Il semble donc clair en jurisprudence qu'une clause limitative de responsabilité n'a pas de fonction indemnitaire, ce qui exclut toute qualification en clause pénale.

²⁵⁴⁷ V. notamment : Cass. civ. 3^{ème}, 17 sept. 2020, n° 19-15.588 ; Cass. com. éco. et fin., 21 mars 2018, n° 17-10.258 ; Cass. civ. 3^{ème}, 20 mai 2014, n° 13-16.534 ; Cass. civ. 1^{ère}, 2 oct. 2013, n° 10-11.841 ; Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} déc. 2011, n° 10-22.767 ; Cass. com., 20 janv. 2009, n° 08-11.190 ; Cass. com., 24 mai 2005, n° 04-12.369 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 1998, n° 95-18.605 et n° 95-18.606 ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 1996, n° 94-12.912 ; Cass. com., 5 juill. 1994, n° 92-19.106.

²⁵⁴⁸ Cass. com., 29 nov. 2011, n° 10-27.376 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 mai 1994, n° 92-19.965 ; Cass. com., 30 nov. 1993, n° 91-20.490 ; Cass. com., 11 déc. 1990, n° 89-16.836.

²⁵⁴⁹ Cass. com., 5 avr. 1994, n° 92-14.582.

²⁵⁵⁰ Pour une critique de cette décision et en faveur de l'application de l'ancien article 1152, alinéa 2, du Code civil : J. MESTRE, « *Des frontières de l'article 1152, alinéa 2, du code civil* », RTD civ. 1994. 857 (« *Peu importe donc alors que la cause de son versement antérieur ait été, très concrètement, le besoin d'obtenir une prorogation des délais ; sa nature ultime était bien indemnitaire* »).

²⁵⁵¹ Cass. com., 18 déc. 2007, n° 04-16.069.

²⁵⁵² CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 7 juin 2013, n° 11/16327.

²⁵⁵³ CA, Reims, ch. civ., 1^{ère} sect., 16 juin 2015, n° 13/02507.

Enfin, la clause pénale en ce qu'elle comprend une fonction indemnitaire se distingue de la clause résolutoire, laquelle en est dépourvue. Ainsi, la Cour de cassation a affirmé « *qu'une clause résolutoire sanctionnant l'inexécution par une partie de ses obligations n'étant pas une clause pénale au sens de l'article 1152 du Code civil, la cour d'appel, devant laquelle la mauvaise foi du bailleur n'était pas invoquée, et qui a relevé qu'après l'expiration du délai imparti par le commandement, les causes de celui-ci n'avaient pas été exécutées, a justement décidé que la clause résolutoire devait être appliquée sans qu'il soit nécessaire de rechercher si cette sanction était proportionnée ou non à la gravité du manquement invoqué* »²⁵⁵⁴. La clause résolutoire, même si elle a pour point commun avec la clause pénale de sanctionner l'inexécution d'une partie à ses obligations, ne peut donc être qualifiée de clause pénale. En effet, la clause résolutoire est distincte de la réparation et ne comprend pas de fonction indemnitaire. En ce sens, M. PAULIN soulignait que « *Indépendante de l'existence d'un préjudice, la clause résolutoire n'apparaît pas comme un instrument de réparation, voire de prévention. Son rôle ne doit pas s'apprécier en fonction des conséquences du comportement du débiteur, mais de son comportement en lui-même.* »²⁵⁵⁵

L'exigence de la fonction comminatoire de la clause pénale la distingue de certaines clauses. La fonction dite comminatoire est un adjectif venant du latin médiéval *comminatorius* lui-même dérivé du mot latin *comminari* qui signifie menacer. Selon le Vocabulaire juridique du Doyen CORNU, comminatoire « *énonce une menace* », il s'agit « *d'un acte juridique (contrat, clause, stipulation) (...) qui (...) contient la menace d'une sanction civile, pénale ou disciplinaire en cas d'inexécution d'une obligation* »²⁵⁵⁶. C'est ainsi que le caractère comminatoire de la clause pénale se manifeste par le fait de contraindre le débiteur à s'exécuter par la menace pesant sur lui du fait de la stipulation de cette clause sanctionnant l'inexécution de ses obligations²⁵⁵⁷. De ce fait, la fonction comminatoire de la clause pénale exclut les clauses qui en sont dépourvues, à savoir, principalement les clauses ayant pour objet d'imposer le versement d'une indemnité en contrepartie de la possibilité d'exercer un droit ou une faculté ou de l'obtention d'un avantage. Cette exclusion est due à la

²⁵⁵⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 20 juill. 1989, n° 88-13.856. V. également CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 16 nov. 2011, n° 09/11401 : « *Considérant enfin qu'une clause résolutoire sanctionnant l'inexécution par une partie de ses obligations n'étant pas une clause pénale au sens de l'article 1152 du code civil, celle-ci doit être appliquée sans qu'il soit nécessaire de rechercher si cette sanction était proportionnée ou non à la gravité du manquement invoqué* ».

²⁵⁵⁵ Ch. PAULIN, « *La clause résolutoire* », Thèse, LGDJ, 1996, p. 119, n° 110.

²⁵⁵⁶ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Comminatoire* », p. 200.

²⁵⁵⁷ V. notamment pour la Cour de cassation : Cass. civ. 3^{ème}, 16 févr. 2022, n° 21-10.453 ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2021, n° 19-24.192 ; Cass. com. éco. et fin., 12 mai 2021, n° 19-17.309 ; Cass. com. éco. et fin., 5 mai 2021, n° 19-20.824 ; Cass. com. éco. et fin., 25 sept. 2019, n° 18-14.427 ; Cass. com., 6 déc. 2017, n° 16-12.804 ; Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-19.141 ; Cass. com., 10 mars 2015, n° 13-27.993 ; Cass. civ. 3^{ème}, 12 janv. 2010, n° 09-11.856 ; Cass. com., 20 Janvier 2009, n° 08-11.190 ; Cass. com., 14 févr. 2006, n° 04-11.560 ; Cass. com., 14 oct. 1997, n° 95-11.448 ; Cass. com., 26 févr. 1991, n° 89-12.081 ; Cass. civ. 3^{ème}, 11 janv. 1989, n° 87-14.916 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 janv. 1985, n° 83-11.029, 83-16.928.

V. notamment pour les juges du fond : CA, Lyon, 8^{ème} ch., 12 janv. 2022, n° 21/02506 ; CA, Lyon, 8^{ème} ch., 15 déc. 2021, n° 20/01342 ; CA, Bordeaux, 4^{ème} ch. civ., 6 déc. 2021, n° 19/05372 ; CA, Aix-en-Provence, ch. 3-2, 25 nov. 2021, n° 19/19641 ; CA, Amiens, ch. éco., 16 nov. 2021, n° 20/02527 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 5 nov. 2021, n° 19/09434 ; CA, Grenoble, ch. com., 14 oct. 2021, n° 20/01515 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 11, 24 sept. 2021, n° 19/07280 ; CA, Paris, pôle 5, ch. 8, 14 sept. 2021, n° 20/10358 ; CA, Grenoble, ch. com., 24 juin 2021, n° 19/01717 ; CA, Nîmes, 1^{ère} ch. civ., 6 mai 2021, n° 19/02638 ; CA, Caen, 2^{ème} ch. civ. et com., 18 mars 2021, n° 19/01931 ; CA, Amiens, ch. éco., 22 déc. 2020, n° 20/00882 ; CA, Reims, ch. civ., 1^{ère} sect., 20 oct. 2020, n° 20/00563 ; CA, Chambéry, ch. civ., 1^{ère} sect., 8 sept. 2020, n° 18/01527 ; CA, Orléans, ch. com. éco. et fin., 20 août 2020, n° 19/02525 ; CA, Aix-en-Provence, 1^{ère} et 8^{ème} ch. réunies, 6 févr. 2020, n° 17/09495 ; CA, Reims, ch. civ., 1^{ère} sect., 18 juin 2019, n° 18/02617.

distinction doctrinale opérée entre, d'une part, la peine et le prix²⁵⁵⁸ et, d'autre part, la peine et le salaire²⁵⁵⁹. Tout d'abord, de nombreuses décisions ont été rendues pour distinguer la clause pénale de la clause de dédit²⁵⁶⁰. La clause de dédit est la clause qui permet aux parties de se libérer unilatéralement de leurs engagements²⁵⁶¹, c'est encore la faculté permettant aux parties de se soustraire à une exécution²⁵⁶² ou la clause prévoyant dans un contrat de réservation la possibilité pour le bénéficiaire de lever ou non l'option de location et que celui-ci bénéficiait du droit de se dédire à tout moment dès lors que cet avantage lui était accordé moyennant une contrepartie qui en était le prix (la clause s'analysait comme une contrepartie de l'impossibilité pour le propriétaire de louer son bien à un tiers pendant la durée de l'offre)²⁵⁶³. Un nombre important de décisions maintiennent cette distinction entre la clause pénale et la clause de dédit²⁵⁶⁴. Il en va ainsi de la clause qui sans sanctionner l'inexécution d'une obligation vise à dénoncer un contrat moyennant paiement d'une indemnité²⁵⁶⁵ ou de la clause prévoyant une indemnité de résiliation due en cas de non-reconduction d'un contrat²⁵⁶⁶. A l'inverse, si les juges constatent qu'une clause présentée comme une clause de dédit revêt un caractère comminatoire, en ce qu'elle contraint à l'exécution du contrat ou sanctionne l'inexécution d'une obligation, ils retiendront la qualification de clause pénale²⁵⁶⁷. Il reviendra donc au juge de déterminer au regard des éléments factuels soumis à son appréciation si la fonction comminatoire ressort suffisamment de ces éléments, son interprétation sera particulièrement importante lorsqu'il sera en présence de clauses qui ne sont pas claires et précises. L'interprétation dénaturante de la clause ne peut lui être reprochée dès lors que la clause est ambiguë (par exemple, une clause de dédit dont l'intitulé visait une clause pénale et laquelle faisait référence à l'ancien article 1152 du code civil)²⁵⁶⁸. De même, la clause pénale se distingue de par son caractère comminatoire d'autres clauses, sans être exhaustif on peut citer : l'indemnité contractuelle de résiliation unilatérale²⁵⁶⁹, l'indemnité mise par le contrat de

²⁵⁵⁸ D. MAZEAUD, « *La notion de clause pénale* », LGDJ, 1992, p. 361-377. A la différence de la peine, le prix est « *la somme versée par un contractant en contrepartie d'une prestation effectuée ou d'un avantage consenti à son profit.* » La différence entre les notions de peine et de salaire est que « *la première se rattache à l'idée de sanction, (alors que) la seconde participe à l'idée de contreprestation* ».

²⁵⁵⁹ D. MAZEAUD, « *La notion de clause pénale* », LGDJ, 1992, p. 378-392.

²⁵⁶⁰ V. par exemple sur ce sujet : C. CHABAS, « *L'inexécution licite du contrat* », Thèse, LGDJ, 2002, n°34 ; M. LATINA, « *De la distinction entre clause pénale et clause de dédit* », LEDC nov. 2019, n° 10, p. 3 ; L. LEVENEUR, « *De la distinction entre clause pénale et clause de dédit* » CCC n° 12, déc. 2019, comm. 193 ; Th. GENICON, « *Ce que les régimes comparés de la clause pénale et de la clause de dédit nous disent de la force obligatoire du contrat* », RDC 2015, n°3, p. 449 ; E. LOQUIN, refondu et mis à jour par F. LEBORGNE, « *Clauses dissuasives des litiges* », fasc. 135, JCl. Contrats – Distribution, 1^{er} juin 2006 (dernière mise à jour : 4 févr. 2008), n°63 ; M. MEKKI, « *Contrats et obligations – Réforme du droit des obligations. – Effets du contrat* », JCl. N, fasc. 70, 22 janv. 2018, n°41.

²⁵⁶¹ Cass. com., 2 avr. 1996, n° 94-13.433.

²⁵⁶² Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2021, n° 19-24.192 ; Cass. com., 18 janv. 2011, n° 09-16.863 ; Cass. com., 14 oct. 1997, n° 95-11.448.

²⁵⁶³ Cass. civ. 3^{ème}, 10 mars 2015, n° 13-27.942.

²⁵⁶⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2021, n° 19-24.192 ; Cass. com. éco. et fin., 25 sept. 2019, n° 18-14.427 ; Cass. com. éco. et fin., 5 déc. 2018, n° 17-22.346 ; Cass. com. éco. et fin., 27 juin 2018, n° 17-16.529 ; Cass. com., 8 nov. 2016, n° 15-12.445 ; Cass. civ. 3^{ème}, 10 mars 2015, n° 13-27.942 ; Cass. civ. 3^{ème}, 20 mai 2014, n° 13-13.764 ; Cass. com., 18 janv. 2011, n° 09-16.863 ; Cass. civ., 3^{ème}, 15 févr. 2006, n° 04-17.595 ; Cass. com., 3 juin 2003, n° 00-12.580 ; Cass. com., 14 oct. 1997, n° 95-11.448 ; Cass. com., 2 avr. 1996, n° 94-13.433 ; Cass. civ. 3^{ème}, 9 janv. 1991, n° 89-15.780.

²⁵⁶⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 9 janv. 1991, n° 89-15.780.

²⁵⁶⁷ Cass. com. éco. et fin., 25 sept. 2019, n° 18-14.427 ; Cass. com. éco. et fin., 5 déc. 2018, n° 17-22.346 ; Cass. com., 8 nov. 2016, n° 15-12.445.

²⁵⁶⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 20 mai 2014, n° 13-13.764.

²⁵⁶⁹ Cass. com., 11 avr. 2018, n° 16-24.143 ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 avr. 2006, n° 03-18.961 ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 2001, n° 98-20.431.

prêt à la charge de l'emprunteur en cas de remboursement anticipé²⁵⁷⁰, le dépôt de garantie versé en exécution d'un contrat de réservation d'une habitation à construire²⁵⁷¹, l'indemnité d'immobilisation dès lors qu'elle n'est pas destinée ou n'a pas pour objet d'assurer l'exécution du contrat²⁵⁷² (à moins qu'elle soit improprement qualifiée d'indemnité d'immobilisation alors qu'elle avait en réalité pour objet « *de faire assurer par l'acquéreur l'exécution de son obligation de diligence* »²⁵⁷³), la clause de non-concurrence dont l'objet est le versement d'une indemnité et non d'une peine en contrepartie de l'obligation de non-concurrence²⁵⁷⁴ alors que l'indemnité de licenciement figurant dans un contrat de travail peut par principe constituer une peine²⁵⁷⁵.

SECTION II : les conditions déterminant l'efficacité de la clause pénale

L'instauration d'un pouvoir judiciaire de révision des clauses pénales. Initialement, l'ancien article 1152 du Code civil issu du Code napoléonien ne prévoyait aucun pouvoir de modération en faveur des juges, lorsqu'une clause pénale était stipulée il ne pouvait « *être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre* ». Des abus avaient justement été soulevés en particulier s'agissant des contrats de crédit-bail ou de location-vente ou des contrats de concession exclusive où des montants très importants étaient parfois stipulés au sein des clauses pénales. Il a même été stipulé dans un contrat de bail concernant des offices HLM un montant tel qu'il avait motivé l'initiative d'un député (M. Lamps) d'adresser au Gouvernement une question écrite, le 15 juin 1971. Une première solution aurait été que la jurisprudence introduise ce pouvoir de révision judiciaire à l'image de la méthode Belge²⁵⁷⁶. Cependant, ce n'est pas ce qui a été décidé en France. En effet, la clarté de l'ancien article 1152 du Code civil laissait peu de doutes quant à l'absence d'autorisation pour le juge de pouvoir modérer le montant des clauses pénales. Selon la fameuse phrase de M. FOYER formulée dans l'exposé des motifs de son projet de loi (la loi n°75-597 du 9 juillet 1975) « *Lorsque le texte d'une loi est clair ce n'est pas au juge de la réformer, mais au législateur.* »²⁵⁷⁷ L'autre solution a été de privilégier une intervention législative en vue d'instaurer un pouvoir de modération judiciaire. Une intervention via une loi spéciale aurait pu être envisagée à l'instar du Code des assurances et du code du travail²⁵⁷⁸. On peut par exemple citer un arrêt rendu par la Cour de cassation où un conseil prud'homal avait relevé que la violation d'une règle du règlement intérieur d'une entreprise par l'un de ses ouvriers était

²⁵⁷⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2016, n° 15-16.945 ; Cass. civ. 1^{ère}, 24 nov. 1993, n° 91-16.150 ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 oct. 1994, n° 92-13.947.

²⁵⁷¹ Cass. civ. 3^{ème}, 28 mars 1990, n° 88-11.820.

²⁵⁷² Cass. civ. 3^{ème}, 30 avril 2002, n° 00-16.422 ; Cass. civ. 3^{ème}, 29 juin 1994, n° 92-19.645 ; Cass. civ. 3^{ème}, 5 déc. 1984, n° 83-11.788 ; Cass. civ. 3^{ème}, 26 avr. 1978, n° 76-11.424.

²⁵⁷³ Cass. civ. 3^{ème}, 24 sept. 2008, n° 07-13.989. V. aussi : Cass. civ. 3^{ème}, 30 janv. 2020, n° 18-24.105.

²⁵⁷⁴ Cass. soc., 13 oct. 2021, n° 20-12.059 ; Cass. soc., 9 avril 2015, n° 13-25.847 ; Cass. soc., 26 mai 1988, n° 85-45.074 ; Cass. soc., 19 juillet 1988, n° 85-43.179 ; Cass. soc., 17 octobre 1984, n° 82-41.114, n° 82-41.115 ; Cass. soc., 4 juillet 1983, n° 80-41.906.

²⁵⁷⁵ Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 09-40.426 ; Cass. soc., 21 févr. 2007, n° 04-48.103 ; Cass. soc., 17 mars 1998, n° 95-43.411. V. aussi : D. MAZEAUD, « *Les clauses pénales en droit du travail* », Droit social 1994. 343.

²⁵⁷⁶ En effet, en Belgique, alors que les dispositions du Code civil sont identiques à celles du Code civil français en la matière, la Cour de cassation belge dans un arrêt rendu le 17 avril 1970 a octroyé ce un tel pouvoir de révision judiciaire des clauses pénales aux juges.

²⁵⁷⁷ Discussion et adoption du projet de loi, 18 juin 1975, première lecture au Sénat (loi 75-597).

²⁵⁷⁸ Mais il en a été de même en matière de transports maritimes (loi du 18 juin 1966) et de ventes d'immeubles en l'état futur d'achèvement (décret du 22 décembre 1967).

punie d'une amende de 10 francs. Eu égard à « l'exagération évidente » de l'amende stipulée, le juge avait décidé de réduire à 50 centimes cette somme (en considérant que l'ancien article 1231 du Code civil lui donnait l'autorisation de procéder à cette révision²⁵⁷⁹). Or, la Cour de cassation avait cassé ce jugement au visa des anciens articles 1134 et 1152 du Code civil et que « lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre ». Face à de tels abus, le législateur français s'en était tiré fort élégamment en évitant d'immoler la règle de l'ancien article 1152 sur l'autel de l'équité qui n'aurait pas manqué elle aussi de dégénérer en abus²⁵⁸⁰. En lieu et place, il était intervenu par l'adoption de lois spéciales : la loi du 5 février 1932 modifiant divers articles du livre 1^{er} du Code du travail en interdisant par principe le prononcé d'amendes par les employeurs en cas de manquements aux prescriptions d'un règlement intérieur (l'actuel L. 1331-2 du Code du travail)²⁵⁸¹ et la loi dite Godart du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance (l'actuel article L. 113-10, alinéa 1^{er}, du Code des assurances). Le législateur n'a pas choisi de recourir à une loi spéciale ce qui d'ailleurs a pu être regretté lors des travaux préparatoires de la loi du 9 juillet 1975²⁵⁸². C'est finalement la solution de l'introduction d'un pouvoir modérateur en droit commun qui a été décidée ce qui n'était pas sans inquiéter de faire perdre à la clause pénale l'essentielle de sa portée comminatoire. Certains commentateurs n'ont pas manqué de mettre en garde sur le « recul »²⁵⁸³, la « remise en cause »²⁵⁸⁴, voire le « déclin »²⁵⁸⁵ de la force obligatoire du contrat. Mais après tout, comme l'expliquait Jean FOYER, qui a largement contribué à la nouvelle rédaction de l'ancien article 1152 du Code civil, le fait d'octroyer un pouvoir modérateur aux juges sur les clauses pénales n'était pas véritablement révolutionnaire, en ce que cela était déjà prévu par le droit canonique et le premier projet de Code civil proposé par CAMBACERES²⁵⁸⁶. Et ce pouvoir de modération reste une exception au principe de

²⁵⁷⁹ Comme le démontrait Monsieur BOCCARA l'ancien article 1231 du Code civil n'avait pas une telle vocation et n'était pas une exception au principe de l'immutabilité de la peine en cas d'inexécution partielle, il était « une solution technique d'interprétation dans l'hypothèse où les parties n'ont pas envisagé explicitement le cas de l'inexécution partielle (...). L'article 1231 loin de porter atteinte à la force obligatoire des conventions institue simplement un cas d'adaptation judiciaire de la convention des parties » (B. BOCCARA, « La liquidation de la clause pénale et la querelle séculaire de l'article 1231 du Code civil », S.C.P. 1970.12294, n° 20-21).

²⁵⁸⁰ C. MARUANI, « La clause pénale », thèse, 1935, imprimerie de Tunis, p. 182.

²⁵⁸¹ C. MARUANI, « La clause pénale », thèse, 1935, imprimerie de Tunis, p. 183 à 185.

²⁵⁸² Discussion et adoption du projet de loi qui deviendra la loi n°75-597 du 9 juillet 1975 modifiant les anciens articles 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale. Le président de la commission s'interrogeait sur le fait d'envisager un dispositif spécial aux opérations de crédit-bail et aux ventes à crédit et y a répondu de la manière suivante : « Mais il m'a semblé que ce serait improviser que de présenter un amendement dans ce sens au point où nous sommes, c'est-à-dire presque au terme de la procédure législative. Au demeurant, je crois savoir que le Gouvernement envisage de déposer des textes relatifs au crédit-bail et aux ventes à crédit : nous pourrions donc réexaminer le problème à l'occasion de la discussion de ces textes. Le mieux est donc, aujourd'hui d'approuver la proposition de loi dans le texte du Sénat, sous réserve de la modification que M. le rapporteur a bien voulu, il y a quelques instants, exposer à l'Assemblée, c'est-à-dire des deux amendements dont j'avais saisi la commission. »

²⁵⁸³ S. SANZ, « La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 juillet 1975 et ses incidences sur la théorie générale du contrat », Rev. trim. dr. civ., 1977, p. 282.

²⁵⁸⁴ F. CHABAS, « La réforme de la clause pénale », D. 1976, chron. 229, p. 234.

²⁵⁸⁵ D. MAZEAUD, « La notion de clause pénale », LGDJ, 1992, p. 43.

²⁵⁸⁶ V. par ex. en ce sens les comptes rendus des débats portant sur la loi n°75-597 du 9 juillet 1975 modifiant les anciens articles 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale (discussion et adoption le 16 mai 1975 en première lecture devant l'assemblée nationale). Selon Jean Foyer, la solution consistant à conférer un pouvoir de modération des clauses pénales aux juges n'est pas révolutionnaire « elle était admise par le droit canonique ; elle était même prévue par Cambacérès dans son premier projet de code civil proposé à la Convention et les rédacteurs du code civil ont eu probablement tort de l'abandonner. »

l'intangibilité de la clause pénale²⁵⁸⁷ qui devrait donc être interprétée strictement. Cette loi de 1975 venait remettre le juge sur le devant de la scène et la loi du 11 octobre 1985 viendra parachever cette entreprise en allant sur un terrain où le législateur de 1975 s'était refusé d'aller²⁵⁸⁸. Cette loi a autorisé le juge à désormais modérer la clause pénale « *même d'office* », ce qui emporte une exception au principe de l'immutabilité de l'objet de la demande²⁵⁸⁹. En effet, la Cour de cassation avait jusqu'à présent refusé aux juges du fond de « *prononcer la modération de la peine sans qu'elle lui ait été demandée* » par les parties²⁵⁹⁰. Il restait donc derechef à faire appel au législateur. Mais cette faculté (et non obligation²⁵⁹¹) accordée au juge ne lui permet pas pour autant de « *se saisir d'office* » ou « *d'agir d'office* », ce qui serait allé à l'encontre de l'article 1^{er} du Code de procédure civile selon lequel « *seules les parties introduisent l'instance* »²⁵⁹² ; le juge peut seulement soulever d'office un moyen tiré du caractère manifestement excessif ou dérisoire de la peine stipulée²⁵⁹³. Comme le concluait M. MAZEAUD sur ces réformes de 1975 et 1985, s'il est indéniable que la portée de la force obligatoire a été entamée, celle-ci n'a pas pour autant disparu : « *celle-ci fléchit mais se maintient.* »²⁵⁹⁴ Enfin, l'ordonnance du 10 février 2016 va modifier l'emplacement de ce pouvoir de révision judiciaire des clauses pénales dans le Code civil. Celui-ci avant cette réforme était prévu aux anciens articles 1152 (pour le pouvoir de modérer ou augmenter la pénalité manifestement excessive ou dérisoire) et 1231 du Code civil (pour le pouvoir de diminuer la pénalité convenue à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procurée au créancier). Désormais, ces deux articles ont été codifiés à droit constant, avec une rédaction quasi-identique, aux alinéas 2 et 3 de l'actuel article 1231-5 du Code civil. Le projet de réforme de la responsabilité civile, à part souligner le caractère comminatoire de la clause pénale (en généralisant l'usage du terme « *pénalité* ») qui a semblé plus timidement affirmé à l'actuel article 1231-5, ne propose pas de modification substantielle portant sur le pouvoir modérateur judiciaire des clauses pénales.

Il reste à savoir dans quelles conditions et situations les clauses pénales pourront faire l'objet d'une modération judiciaire : en cas de pénalité manifestement excessive ou dérisoire (**Paragraphe I**) et d'exécution partielle (**Paragraphe II**).

²⁵⁸⁷ V. en ce sens les travaux préparatoires de la loi n° 85-1097 du 11 octobre 1985. Discussion et adoption du projet de loi, le 3 juin 1985 en première lecture devant l'assemblée nationale, M. le rapporteur de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Roger Leborne.

²⁵⁸⁸ En effet, les comptes rendus des débats portant sur la loi n°75-597 du 9 juillet 1975 modifiant les anciens articles 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale (discussion et adoption le 28 juin 1975 en deuxième lecture devant l'assemblée nationale) révèlent que le législateur n'avait pas souhaité introduire de pouvoir de révision judiciaire d'office. Dans sa rédaction initiale, le projet de texte de l'ancien article 1152 du Code civil prévoyait que « *Le juge peut toujours modérer ou augmenter la peine* ». Comme le soulignait Monsieur Claude Gerbet, rapporteur de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, le Sénat a biffé le terme « *toujours* » de crainte que celui-ci signifie que le juge sera autorisé d'office à modérer la clause pénale.

²⁵⁸⁹ D. MAZEAUD, « *La notion de clause pénale* », LGDJ, 1992, p. 49.

²⁵⁹⁰ Cass. com., 2 oct. 1984, n° 83-13.621.

²⁵⁹¹ V. en ce sens les travaux préparatoires de la loi n° 85-1097 du 11 octobre 1985. Discussion et adoption du projet de loi, le 3 juin 1985 en première lecture devant l'assemblée nationale, M. le rapporteur de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Roger Leborne. Partant, le juge qui ne prendrait pas l'initiative de soulever le moyen en lien avec le caractère manifestement excessif ou dérisoire d'une clause pénale ne le rendrait pas coupable d'un déni de justice au sens de l'article 4 du Code civil.

²⁵⁹² V. en ce sens les travaux préparatoires de la loi n° 85-1097 du 11 octobre 1985. Discussion et adoption du projet de loi, le 3 juin 1985 en première lecture devant l'assemblée nationale, M. le Garde des sceaux, ministre de la justice, Robert Badinter.

²⁵⁹³ D. MAZEAUD, « *La notion de clause pénale* », LGDJ, 1992, p. 49.

²⁵⁹⁴ D. MAZEAUD, « *La notion de clause pénale* », LGDJ, 1992, p. 50.

Paragraphe I : modération judiciaire de la clause pénale en cas de pénalité manifestement excessive ou dérisoire

La méthode d'appréciation du juge de la pénalité manifestement excessive. Comme l'avait expliqué M. BOCCARA²⁵⁹⁵, il existait pour les juges trois méthodes d'appréciation de la pénalité manifestement excessive ou dérisoire : la méthode dite de « *l'adaptation* », de la « *modération à butoir* » et celle de la « *libre réduction* ». Cet auteur pose comme hypothèse que le préjudice effectif est de 100 et l'excès manifeste de 250. La première méthode autorise le juge à adapter la pénalité au préjudice effectivement subi (la réduction sera à hauteur du préjudice de 100), la deuxième l'autorise à réduire la pénalité jusqu'à l'excès manifeste (la réduction sera à hauteur de 250) et la troisième l'autorise à librement modérer la pénalité sans pouvoir descendre en dessous du préjudice subi (la réduction sera entre 100 et 250). Une quatrième méthode d'appréciation, que n'évoquait pas M. BOCCARA, pourrait être ajoutée, celle autorisant le juge à pouvoir librement modérer, voire écarter, la pénalité à moins qu'un préjudice soit effectivement subi. Autrement dit, seule la preuve de l'absence de préjudice pourrait autoriser le juge à écarter la pénalité et, *a contrario*, l'existence d'un préjudice lui interdirait de modérer la pénalité en-deçà de l'euro symbolique. C'est cette dernière méthode qui nous semble se dégager en jurisprudence. En effet, il ressortait des décisions rendues deux courants difficilement conciliables parmi les juges²⁵⁹⁶ : d'une part, les tenants de l'application de la clause pénale du seul fait de l'inexécution sans tenir compte du préjudice subi²⁵⁹⁷ et, d'autre part, les tenants de la possibilité de supprimer la pénalité en cas d'absence de préjudice et d'apprécier le montant de la pénalité à l'aune du préjudice subi²⁵⁹⁸. Les attendus de ces deux courants apparaissent contradictoires. A titre d'illustration, la Chambre commerciale pour écarter l'application de la clause pénale et confirmer le raisonnement des juges d'appel considère que « *la cour d'appel a constaté, dans l'exercice du pouvoir souverain d'appréciation que lui conféraient les dispositions de l'article 1152 du Code civil pour l'application de la clause pénale, objet du litige, (...), que le contrat de prêt avait été exécuté par les époux X... et que la brasserie, par suite de remboursement anticipé du prêt et du recouvrement par les époux X... de la ristourne à laquelle ils avaient droit, n'avait subi, à la suite de la résiliation du contrat, aucun préjudice susceptible de dédommagement* »²⁵⁹⁹. *A contrario*, la Troisième chambre civile a affirmé que « *la clause pénale, sanction du manquement d'une partie à ses obligations, s'appliquant du seul fait de cette inexécution, la cour d'appel n'était pas tenue de répondre à des conclusions inopérantes relatives à l'existence d'un préjudice* »²⁶⁰⁰. Néanmoins, cette contradiction apparente ne nous semble pas

²⁵⁹⁵ B. BOCCARA, « *La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire* », JCP. 1975.I.2742, n° 41.

²⁵⁹⁶ P.-Y. SERINET, « *Droit des contrats* », Chr. sous la dir. de J. GHESTIN avec A.-S. Barthez, P. Grosser et G. Loiseau et N. Sauphanor-Brouillaud, Y.-M. Serinet et G. Virassamy, JCP G, n° 27, 6 juill. 2015, doct. 808, n° 11.

²⁵⁹⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 4 oct. 2011, n° 10-16.856 ; Cass. civ. 3^{ème}, 20 déc. 2006, n° 05-20.065 ; Cass. com., 23 mars 1999, n° 97-11.835 ; Cass. com., 5 avr. 1994, n° 92-14.582 ; Cass. civ. 3^{ème}, 12 janv. 1994, n° 91-19.540 ; Cass. com., 8 juin 1993, n° 91-17.494 ; Cass. soc., 21 mars 1978, n° 76-41.060.

²⁵⁹⁸ Cass. com., 16 juill. 1991, n° 89-19.080 ; Cass. civ. 3^{ème}, 6 févr. 1991, n° 89-15.401 ; Cass. com., du 28 avril 1980, 78-16.463 ; Cass. com., 7 nov. 1978, n° 77-10.653. V. aussi la jurisprudence considérant qu'il n'est pas possible de supprimer une pénalité « *sans constater l'absence de préjudice subi* » qui *a contrario* signifie que la constatation du préjudice autorise le juge à supprimer cette dernière (Cass. com., 8 avr. 2015, n° 13-26.734 ; Cass. com., 14 oct. 2008, n° 07-17.540, n° 07-17.541, n° 07-17.542 et n° 07-17.543 ; Cass. com., 28 avr. 1980, n° 78-16.463.

²⁵⁹⁹ Cass. com., 16 juill. 1991, n° 89-19.080.

²⁶⁰⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 4 oct. 2011, n° 10-16.856.

verser dans l'aporie, être irréductible. Tout d'abord, les juges ne s'autorisent pas à supprimer la pénalité mais simplement à l'écartier (donc à refuser d'appliquer la clause pénale), ce qui n'est pas exactement la même chose²⁶⁰¹. Sur ce point, une décision rendue par la Cour de cassation qui certes n'a pas eu les honneurs d'une publication au Bulletin, est particulièrement éloquente dans la mesure où seule l'absence de préjudice autoriserait le juge à réduire à zéro euro la pénalité stipulée²⁶⁰². Puis, le fait de soutenir que le juge peut en l'absence de préjudice refuser d'appliquer la clause pénale n'est pas contraire à l'article 1231-5 du Code civil. Cet article parle de « *modérer ou augmenter la pénalité* » et la modération ou réduction n'est pas la suppression²⁶⁰³. Néanmoins, ce texte n'interdit en rien au juge de refuser d'appliquer la clause pénale en raison de l'absence de préjudice. Au contraire, ce même article dispose que la clause pénale est stipulée « *à titre de dommages et intérêts* » et la sous-section 5 dans laquelle il est inséré s'intitule « *La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat* ». L'inexécution objet de la clause pénale sous-entend ainsi qu'un préjudice ou dommage en résulte ; si aucun dommage ou préjudice ne s'est réalisé en pratique, il devrait être possible de refuser d'appliquer cette clause. Autrement dit, la seule inexécution ne devrait pas systématiquement conduire à l'application mécanique de la clause pénale. Le juge doit pouvoir si aucun préjudice n'a été subi par le créancier avoir la possibilité (et non l'obligation) d'exercer son pouvoir souverain sans pour autant « *procéder mécaniquement à la mise à l'écart de la clause au constat que le créancier n'a pas prouvé son dommage* »²⁶⁰⁴. Ainsi, lorsque la Cour de cassation affirme que la clause pénale s'applique « *du seul fait de cette inexécution* »²⁶⁰⁵, cela ne nous semble pas signifier qu'il existe une présomption de préjudice, en tant que règle de preuve et non de fond²⁶⁰⁶, mais que de cette inexécution s'il n'en résulte pas un préjudice comme le postule la sous-section 5, le juge peut refuser d'appliquer la clause pénale. En revanche, l'existence d'un préjudice interdirait au juge d'écartier, voire de supprimer, la clause pénale, il pourrait tout au plus réduire à un euro symbolique la pénalité²⁶⁰⁷. Ajoutons également que ce refus du juge d'appliquer la clause pénale ne concerne pas des situations où le débiteur serait de mauvaise foi ou se rendrait coupable d'un dol : « *le bénéfice de l'article 1152 doit être réservé au débiteur de bonne foi* » et non à celui qui, de propos délibéré, se refuse à exécuter ses obligations contractuelles²⁶⁰⁸. En conséquence, il en découle que, selon la position actuelle de la jurisprudence, le juge est autorisé à pouvoir librement modérer, voire écartier, la pénalité, à moins qu'un préjudice soit effectivement subi. Dans ce cas, le juge ne peut modérer la pénalité en-deçà d'un euro symbolique. Nous regrettons toutefois cette position libérale de la jurisprudence qui affaiblit le caractère comminatoire de la clause pénale et donne les quasi-« *pleins pouvoirs* » au juge pour modérer la peine. Il nous semble que, pour préserver ce caractère comminatoire, on

²⁶⁰¹ V. en sens contraire : Cass. civ. 3^{ème}, 20 déc. 2006, n° 05-20.065, JCP G. n° 7, 14 févr. 2007, II 10024, note D. BAKOUCHE. Selon ce dernier, « *admettre la suppression de la pénalité en l'absence de préjudice pour le créancier, c'est non seulement faire peu de cas de la lettre même de l'article 1152, alinéa 2, du Code civil qui n'a guère autorisé le juge qu'à « modérer » la peine manifestement excessive ou dérisoire, et non à la supprimer, mais encore et surtout, méconnaissant totalement la volonté initiale des parties au contrat de clause pénale, mettre en œuvre une solution qui ne correspond pas à la nature réelle de ladite clause* ».

²⁶⁰² Cass. civ. 2^{ème}, 14 juin 2001, n° 99-19.283.

²⁶⁰³ D. MAZEAUD, « *La réduction des obligations contractuelles* », Dr. et patr., mars 1998, n° 58, p. 65.

²⁶⁰⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 20 déc. 2006, n° 05-20.065, RDC 2007 n°3, p. 749, note S. CARVAL.

²⁶⁰⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 4 oct. 2011, n° 10-16.856.

²⁶⁰⁶ V. Cass. civ. 3^{ème}, 20 déc. 2006, n° 05-20.065, JCP G. n° 7, 14 févr. 2007, II 10024, note D. BAKOUCHE.

²⁶⁰⁷ Cass. com., 11 févr. 1997, n° 95-10.851. Toutefois, la jurisprudence prévoyait également que l'ancien article 1152 du Code civil n'imposait pas au juge de limiter le montant de l'indemnité résultant de la clause pénale à celui du préjudice réellement subi par le créancier (Cass. com., 23 janv. 1979, n° 77-12.129) et permettait au juge de modérer la peine sans pouvoir allouer une somme inférieure au montant du dommage subi par le créancier (Cass. com., 8 juill. 1986, n° 84-15.655).

²⁶⁰⁸ CA, Versailles, 16^{ème} ch., 11 oct. 2012 – n° 11/04793 ; CA, Amiens, 25 mai 1976 : JCP 78, IV, 69.

devrait davantage se rapprocher de la méthode de la « libre réduction »²⁶⁰⁹ préconisée en doctrine. En présence d'un préjudice, non seulement la réduction de la pénalité ne devrait pouvoir être effectuée en deçà du préjudice effectivement subi mais, plus encore, cette réduction ne devrait pouvoir *a minima* être inférieure au préjudice subi ajouté d'un euro. En effet, le préjudice auquel on ajoute un euro nous semble constituer le caractère comminatoire minimum de toute clause pénale. Si, en revanche, aucun préjudice n'était subi par le créancier, comme expliqué précédemment, l'article 1231-5 interprété à la lumière de la sous-section 4 dans laquelle il est inséré n'empêche pas au juge de considérer qu'il peut écarter l'application d'une clause pénale au motif qu'aucun préjudice n'est effectivement subi par le créancier. Pour l'heure, et on peut le regretter, ce n'est pas la trajectoire suivie par la jurisprudence.

La méthode d'appréciation du juge de la pénalité manifestement dérisoire. S'agissant de la pénalité manifestement dérisoire, celle-ci est considérée comme une « hypothèse d'école, la plupart des contractants évaluant la clause pénale à la hausse »²⁶¹⁰ et répond également à une méthode d'appréciation judiciaire. La Cour de cassation considère que « pour vérifier si la clause pénale est manifestement excessive ou dérisoire, le juge n'a pas à rechercher dans quelles conditions la clause pénale a été acceptée mais doit seulement comparer le préjudice réellement subi et la réparation forfaitaire résultant de l'application de cette clause »²⁶¹¹. La Cour considère donc que la détermination du caractère manifestement dérisoire doit être établi par comparaison avec le préjudice effectivement subi par le créancier²⁶¹². Cependant, la Cour de cassation ne cantonne pas l'appréciation du juge à une augmentation à concurrence du strict préjudice subi. Au contraire, elle considère qu'une augmentation de la pénalité de 11 347,41 francs à 150 000 francs, c'est-à-dire en l'augmentant dans des proportions excédant 1 à 13, relevait des pouvoirs souverains des juges du fond. Dans ces conditions, la Cour d'appel avait « pu l'augmenter dans des proportions qu'elle a souverainement évaluées »²⁶¹³. Le juge dispose donc en principe d'une large marge de manœuvre pour augmenter la pénalité stipulée. Comme en matière de réduction de la pénalité manifestement excessive où la jurisprudence n'impose pas au juge de limiter le montant de la pénalité au préjudice réellement subi par le créancier²⁶¹⁴, il devrait pouvoir être en aller de même pour le juge en cas de rehaussement de la pénalité manifestement dérisoire. Le juge ne devrait pas être tenu de réévaluer le préjudice à hauteur du strict préjudice, il pourrait aller au-delà s'il le souhaite. Néanmoins, bien souvent, il existe une tendance générale parmi les juges du fond consistant, en cas de pénalité

²⁶⁰⁹ B. BOCCARA, « La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire », JCP. 1975.I.2742, n° 41.

²⁶¹⁰ Cass. com. 26 février 1991, Zbierski c. SA européenne de Brasserie, JCP N. et I. n° 20, 15 Mai 1992, 100835, note M.-O. GAIN.

²⁶¹¹ Cass. civ. 3^{ème}, 22 mars 1994, n° 92-18.011 ; Cass. com. 26 février 1991, Zbierski c. SA européenne de Brasserie, JCP N. et I. n° 20, 15 Mai 1992, 100835, note M.-O. GAIN.

²⁶¹² V. aussi en ce sens : CA, Rennes, 4^{ème} ch., 7 sept. 2017, n° 14/00209 (« Le préjudice qui résulte pour Monsieur D. du refus de Madame LE F.-P. de signer l'acte authentique de vente, n'est que l'immobilisation inutile de son bien entre le 28 mai et le 17 septembre 2008. Au regard de la réalité du préjudice que constitue pour le vendeur l'impossibilité de disposer d'un bien immobilier pendant trois mois et demi, la clause pénale est manifestement dérisoire. Le préjudice qui résulte de cette immobilisation sera justement réparé par une indemnité de 1 500 €. ») ; CA, Toulouse, 2^{ème} ch., 1^{ère} sect., 14 oct. 2015, n° 13/00325 (« Au regard du préjudice effectivement subi par le franchiseur, tel que la cour peut l'apprécier à la date où elle statue et alors que le franchisé a poursuivi l'exploitation du même fonds de commerce, sur le même site, mais sous sa propre enseigne, en s'abstenant du paiement de toute redevance, la clause pénale est manifestement dérisoire et le premier juge doit être confirmé en ce qu'il en a révisé le montant pour le porter à celui justement fixé de 50.000 €. ») ; CA, Aix-en-Provence, 1^{ère} ch. B, 19 janv. 2012, n° 10/14929 (« qu'elle n'a pu au final vendre son bien immobilier que 500'000 € au lieu des 605'000 € convenus ; que la clause pénale contractuellement fixée se révèle donc manifestement dérisoire au regard de l'importance du préjudice qu'elle a véritablement subi »).

²⁶¹³ Cass. soc., 5 juin 1996, n° 92-42.298.

²⁶¹⁴ Cass. com., 23 janv. 1979, n° 77-12.129.

manifestement dérisoire, à augmenter celle-ci à hauteur du strict préjudice subi. On peut sur ce point citer plusieurs affaires où les juges du fond se sont contenté de rehausser la pénalité à hauteur du préjudice subi. La Cour d'appel de Montpellier a jugé une pénalité de 80 euros manifestement dérisoire par rapport au préjudice : « *En rapportant le préjudice subi par l'association (175.831,57 €) aux jours de retard (569), la cour obtient un préjudice journalier de 309,01 € (175.831,57 € / 569 jours de retard)* ». La Cour d'appel a ainsi décidé de réhausser le montant de la clause pénale à hauteur de 309,01 € par jour calendaire de retard²⁶¹⁵. La Cour d'appel de Chambéry affirme que « *les préjudices réellement subis par les intimés excèdent la somme de 10'900 euros de sorte que la clause pénale est manifestement dérisoire, qu'il convient d'indemniser seulement leur préjudice réel* »²⁶¹⁶, la Cour d'appel de Caen qu' « *Il convient dans ces conditions de majorer la clause pénale de la somme de 328.626 € pour l'adapter au préjudice de la société NORMANDIE AMENAGEMENT.* »²⁶¹⁷ ou encore la Cour d'appel de Montpellier qu' « *Il résulte de ce qui précède que la clause pénale due par la société TAB doit être réévaluée à la somme de 37.800 € (30% de 19.600 € + 30% de 106.400 €) au titre des préjudices nés du retard qui lui est imputable sans pouvoir bénéficier de la garantie de son assureur Générali, les conditions générales du contrat d'assurance excluant de la garantie les dommages résultant de l'inobservation des délais de livraison.* »²⁶¹⁸. En conséquence, bien que les juges disposent d'un pouvoir souverain pour rehausser la pénalité, même au-delà du seul préjudice, si celle-ci est dérisoire, les juges du fond décident bien souvent de réévaluer la pénalité à hauteur du préjudice sans nécessairement aller au-delà. Comme ce qui a été affirmé s'agissant de la réduction de la pénalité manifestement excessive, le juge dès lors qu'il retient la qualification de clause pénale devrait, pour que celle-ci conforte son caractère comminatoire, systématiquement la rehausser d'un montant équivalant au préjudice réellement subi auquel s'ajoute un euro. Néanmoins, en cas d'absence de préjudice, le juge devrait de la même façon pouvoir écarter l'application de la clause pénale d'un montant manifestement dérisoire. Dans ces hypothèses, où le juge rehausse une pénalité manifestement dérisoire, les parties ont souhaité stipuler une clause pénale mais ce sont trompées sur l'évaluation anticipée du préjudice prévisible en cas d'inexécution relevant de cette clause²⁶¹⁹ (certains soutiennent également que la position de force d'un contractant peut expliquer que celui-ci « *ait réussi à imposer à son cocontractant ou à négocier, en contrepartie d'avantages concédés à ce dernier, un plafond d'indemnisation extrêmement bas* »²⁶²⁰). Il nous semble que le juge devrait pouvoir « *sauver* » une clause pénale uniquement dans le cas où le montant dérisoire résulte d'une erreur d'évaluation du montant de la pénalité. Le préjudice effectivement subi *ex post* est bien supérieur au montant évalué *ex ante*. Néanmoins, il ne faut pas qu'il y ait eu de doute sur la volonté des parties de stipuler une clause pénale, dans le cas contraire, 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.* » (art. 1190, C. civ.). Autrement dit, la clause s'interpréterait, dans ces situations, en faveur du débiteur tenu de verser la pénalité, cette interprétation *in favorem* aboutirait bien souvent à préférer la qualification de clause limitative de responsabilité (laquelle plafonne la

²⁶¹⁵ CA, Montpellier, 1^{ère} ch. A, 18 déc. 2018, n° 14/09598. V. dans le même sens : CA, Chambéry, ch. civ., 1^{ère} sect., 25 sept. 2018, n° 16/01818 : « *Ils retiennent encore à juste titre que les préjudices réellement subis par les intimés excèdent la somme de 10'900 euros de sorte que la clause pénale est manifestement dérisoire, qu'il convient d'indemniser seulement leur préjudice réel.* »

²⁶¹⁶ CA, Chambéry, ch. civ., 1^{ère} sect. 25 sept. 2018, n° 16/01818.

²⁶¹⁷ CA, Caen, 1^{ère} ch., sect. civ. et com., 27 nov. 2008, n° 07/01845.

²⁶¹⁸ CA, Montpellier, 1^{ère} ch. A, 10 nov. 2016, n° 13/09115. V. aussi : CA, Chambéry, ch. civ., 1^{ère} sect., 19 févr. 2013, n° 11/02074 (où une clause pénale prévoyant le paiement d'une somme de 39 970 € a été jugée manifestement dérisoire par rapport à son préjudice qui était « *certainement supérieur à la somme de 150 000 €* » réclamée et a rehaussé la pénalité à hauteur de 150 000 euros).

²⁶¹⁹ S. PIMONT, « *Clause pénale* », Rép. dr. civ. (Dalloz), avr. 2010, actualisation : nov. 2021, n°48.

²⁶²⁰ Cass. soc., 5 juin 1996, n° 92-42.298, RJDA 1997, n° 322, Defrénois 1997. 737, note D. Mazeaud.

responsabilité du débiteur) au détriment de celle de clause pénale (qui aggrave la situation du débiteur). En effet, « *tandis que par sa nature, la clause pénale est stipulée en faveur du créancier, la clause limitative est prévue surtout dans l'intérêt du débiteur* »²⁶²¹. Certains termes permettent de clarifier l'intention des parties. Ainsi, s'il est stipulé une indemnité forfaitaire et non un plafond d'indemnisation, les parties manifestent leur volonté de stipuler une clause pénale soumise au pouvoir de révision judiciaire de l'article 1231-5 du Code civil²⁶²². On évitera par exemple de stipuler une pénalité « *maximum* » qui pourrait laisser penser qu'il s'agit d'un plafond de réparation²⁶²³. Il est en revanche préférable de stipuler une somme forfaitaire, voire d'ajouter la disposition de style selon laquelle « *La présente clause n'interdit pas au créancier de demander en justice l'indemnisation de la totalité du préjudice que lui causerait l'inexécution si celui-ci s'avérait supérieur au montant de la clause pénale* »²⁶²⁴. En effet, cet ajout prévient à l'avance d'une erreur d'évaluation du montant de la clause pénale, le créancier pouvant agir en justice pour la réparation du préjudice non couvert par cette clause, et confirme la volonté des parties d'avoir voulu stipuler une véritable clause pénale. Il doit donc parfaitement ressortir de la clause litigieuse que les parties ont voulu stipuler une clause pénale et qu'ils se sont simplement fourvoyés sur l'évaluation de son montant.

L'appréciation du caractère manifestement excessif ou dérisoire de la pénalité. Tout d'abord, la jurisprudence pose une obligation de motivation à la charge des juges lorsqu'ils retiennent le caractère manifestement excessif ou dérisoire de la pénalité stipulée. En effet, les juges doivent démontrer en quoi le montant de la clause pénale était manifestement excessif²⁶²⁵ ou dérisoire²⁶²⁶. En revanche, les juges du fond n'ont pas à motiver spécialement leur décision lorsque, faisant application pure et simple de la convention, ils refusent de modérer la peine forfaitairement convenue²⁶²⁷. Il n'y a donc pas de parallélisme des formes dans la motivation de la décision du juge entre le maintien de la peine et la révision de celle-ci. Le juge est tenu de motiver sa décision que s'il révisé la peine, son maintien est le principe et sa révision l'exception. La doctrine est divisée sur cette dissymétrie dans la motivation des décisions judiciaires. Si M. BENABENT jugeait cette « *dysmétrie contestable car il s'agit*

²⁶²¹ C. MARUANI, « *La clause pénale* », thèse, 1935, imprimerie de Tunis, p. 101. V. aussi : D. MAZEAUD, « *La notion de clause pénale* », LGDJ, 1992, p. 279. Ce dernier considère que la clause pénale est toujours stipulée en faveur du créancier contrairement à la clause évasive de responsabilité.

²⁶²² W. DROSS, « *Clausier – dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne* », LexisNexis Litec, 4^{ème} éd., p. 315.

²⁶²³ Cass. com., éco. et fin., 5 déc. 2018, n° 17-22.346. En l'espèce, la clause litigieuse prévoyait la possibilité de réclamer une pénalité d'un maximum de 450 000 euros hors taxes. Cependant, la Cour de cassation a tout de même maintenu la qualification de clause pénale. Il reste que la doctrine a critiqué cette décision estimant que « *La « pénalité » évoquée par la clause litigieuse renvoyait effet au montant maximum susceptible d'être réclamé en cas de changement d'équipementier : non seulement ce montant n'était pas « forfaitaire » – puisqu'il était variable – mais il constituait un plafond d'indemnisation, et non pas une peine.* » (P. GROSSER, « *Contrats et obligations - Droit des contrats* », sous la dir. de J. GHESTIN, avec P. GROSSER, D. HOUTCIEFF, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, G. VIRASSAMY, JCP G. n° 7, 18 févr. 2019, doctr. 183, n° 7).

²⁶²⁴ W. DROSS, « *Clausier – dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne* », LexisNexis Litec, 4^{ème} éd., p. 598-599.

²⁶²⁵ Cass. soc., 5 avr. 2012, n° 10-21.145 ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 avr. 1998, n° 96-13.337 ; Cass. soc., 9 avr. 1987, n° 85-43.289 ; Cass. 3^e civ., 14 janv. 1987, n° 85-15.101 ; Cass. ch. mixte, 20 janv. 1978, n° 76-11.611.

²⁶²⁶ Cass. soc., 12 déc. 1990, n° 89-42.283 ; Cass. civ. 3^{ème}, 10 oct. 1990, n° 89-11.064 ; Cass. 3^e civ., 14 janv. 1987, n° 85-15.101 ; Cass. civ. 3^{ème}, 26 avr. 1978, n° 76-11.424.

²⁶²⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 8 févr. 2017, n° 15-25.792 ; Cass. soc. 25 nov. 2015, n° 14-17.433 ; Cass. com., 6 mai 2003, n° 00-22.045 ; Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2001, n° 99-18.231 ; Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 2001, n° 99-17.856 ; Cass. com., 22 avr. 1997, n° 94-21.370 ; Cass. com., 17 déc. 1996, n° 94-17.641 ; Cass. civ. 3^{ème}, 24 nov. 1993, n° 91-17.194 ; Cass. com., 19 nov. 1991, n° 90-15.523 ; Cass. com., 26 févr. 1991, n° 89-12.081 ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 nov. 1990, n° 88-18.693 ; Cass. civ. 3^{ème}, 10 oct. 1990, n° 89-11.064 ; Cass. civ. 3^{ème}, 14 janv. 1987, n° 85-15.101 ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 févr. 1982, Bull. civ. I, n° 85, p. 74 ; Cass. civ. 3^{ème}, 26 avr. 1978, n° 76-11.424.

dans les deux cas de rendre compte des raisons qui décident le juge à user ou non du pouvoir dont la loi l'investit, l'exercice de ce pouvoir n'étant pas facultatif mais appartenant à son office »²⁶²⁸, M. LEVENEUR soutenait qu' « en maintenant la peine, le juge ne fait que respecter la volonté des parties, et il n'a pas à s'en expliquer, car celle-ci en principe s'impose à lui »²⁶²⁹. La force obligatoire des conventions et la liberté de déterminer le contenu du contrat sont encore aujourd'hui des principes martelés avec vigueur aux articles 1103 et 1102 du Code civil. Et la doctrine a bien souvent soutenu que le principe de la volonté des parties est le principe et l'intervention judiciaire visant à modérer la pénalité l'exception²⁶³⁰. La jurisprudence et particulièrement les juges du fond ne sont pas en reste, ils reconnaissent que le pouvoir de modération du juge est et reste l'exception²⁶³¹. Cette lecture découle également de l'actuel article 1231-5, le principe de l'intangibilité de la pénalité est posé à l'alinéa 1^{er} et l'utilisation de l'adverbe « néanmoins » en amorce de phrase de l'alinéa 2 illustre que le pouvoir de révision judiciaire constitue l'exception, ce qui explique le caractère particulièrement restrictif de la formulation de la peine « manifestement excessive ou dérisoire ». Quoiqu'il en soit, il est vrai que cette dispense de motivation ne remet pas en cause les pouvoirs souverains du juge pour apprécier le montant d'une pénalité, le pouvoir souverain ne se confond pas avec le pouvoir discrétionnaire²⁶³². Puis, la jurisprudence confirme le caractère particulièrement restrictif de la pénalité « manifestement excessive ou dérisoire »²⁶³³. Le simple excès du dommage par rapport à la peine stipulée ne suffit pas à démontrer que celle-ci est manifestement dérisoire²⁶³⁴ ou encore le seul fait de constater une diminution à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procurée au créancier ne suffit pas à démontrer le caractère manifestement excessif de la peine²⁶³⁵. De même, le fait de réduire de deux tiers le montant de la peine au motif que celle-ci était « un peu élevée »²⁶³⁶ ou « seulement excessive »²⁶³⁷ ne suffit pas à démontrer que son montant est manifestement excessif. Aussi, le fait de réduire une pénalité (en l'espèce, il s'agissait d'une indemnité de licenciement) à hauteur du plus des deux tiers en se bornant à énoncer que la peine prévue dépassait le montant du préjudice subi ne suffisait pas à démontrer que la clause pénale était manifestement excessive²⁶³⁸. Cette appréciation du caractère manifestement excessif ou dérisoire de la clause pénale ne peut résulter que de la seule comparaison de son montant avec celui du préjudice réellement subi²⁶³⁹. Il est systématiquement exigé de la part des juges du fond de démontrer en quoi le montant de la peine est manifestement excessif ou dérisoire²⁶⁴⁰,

²⁶²⁸ A. BENABENT, « Droit des obligations », L.G.D.J préc. domat droit privé, 18^{ème} éd., 2019, n° 438.

²⁶²⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2001, n° 99-18.231, JCP E, n° 11, 14 mars 2002, 459, note L. Leveneur.

²⁶³⁰ V. par exemple : D. MAZEAUD, « La notion de clause pénale », LGDJ, 1992, p. 51 à 54 ; F. CHABAS, « La réforme de la clause pénale », D. 1976, chron. 229, p. 234 ; Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2001, n° 99-18.231, JCP E, n° 11, 14 mars 2002, 459, note L. Leveneur ; P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « Droit des obligations », L.G.D.J, 11^{ème} éd., 2020, n° 629.

²⁶³¹ Cass. soc., 5 juin 1996, n° 92-42.298 ; CA, Reims, ch. civ., 1^{ère} sect., 30 août 2016, n° 14/03138 ; CA, Nouméa, ch. civ., 19 avr. 2012, n° 11/56 ; CA, Nouméa, ch. com., 12 mars 2012, n° 10/00077 ; CA, Nouméa, ch. com., 14 févr. 2012, n° 10/00102.

²⁶³² Y.-M. LAITHIER, « De l'art de dissimuler l'importance d'une clause pénale », RDC 2011, n° 3, p. 822.

²⁶³³ Cass. com., 21 juill. 1980, n° 79-10.597.

²⁶³⁴ Cass. com., 10 juill. 2001, n° 98-16.202.

²⁶³⁵ Cass. com., 5 nov. 1981, n° 80-10.090.

²⁶³⁶ Cass. ch. mixte, 20 janv. 1978, n° 76-11.611.

²⁶³⁷ Cass. com., 28 avr. 1980, n° 78-16.463.

²⁶³⁸ Cass. soc., 9 févr. 1989, n° 86-45.042.

²⁶³⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juin 2004, n° 00-15.497 ; Cass. soc., 30 juin 1993, n° 89-44.789 ; Cass. soc., 5 nov. 1991, n° 90-42.388 ; Cass. com., 26 févr. 1991, n° 89-12.081.

²⁶⁴⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 14 avr. 2016, n° 14-28.310 ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 2015, n° 14-11.632 ; Cass. civ. 3^{ème}, 9 juill. 2014, n° 13-19.765 ; Cass. civ. 3^{ème}, 12 janv. 2011, n° 09-70.262 ; Cass. com., 13 mars 2001, n° 98-19.979 ; Cass. civ. 3, 14 janvier 1987, n° 85-15.101 ; Cass. soc., 16 oct. 1985, n° 82-42.235 ; Cass. civ. 1, 24 juillet 1978, n° 77-11.170.

ces critères sont particulièrement exigeants et « restrictifs »²⁶⁴¹. A l'inverse, la prise en compte du comportement du débiteur est exclue de l'appréciation des juges pour se prononcer sur une clause pénale, du moins lorsqu'il s'agit du seul motif justifiant la modération de la peine²⁶⁴². C'est ainsi le fait de déterminer « *la disproportion manifeste entre l'importance du préjudice effectivement subi et le montant conventionnellement fixé* » qui permet de modérer la peine, ce critère est objectif, le critère subjectif relatif au comportement du débiteur devrait quant à lui rester accessoire. Ce qui n'empêche pas les juges de tenir compte de ce dernier. Les juges du fond non seulement tiennent compte de certains éléments relatifs au comportement du débiteur et notamment à sa situation financière, mais aussi, ont même élargi le critère de la peine « *manifestement excessive* » en se fondant sur un critère plus large et hybride, car mélangeant des éléments à la fois objectifs et subjectifs, celui « *des conséquences manifestement excessives* »²⁶⁴³ qu'induirait l'exécution de la clause pénale pour le débiteur. Cela n'est pas sans rappeler la formulation de l'article 524 du Code de procédure civile autorisant l'exécution provisoire d'une décision de justice à moins qu'il apparaisse « *que l'exécution serait de nature à entraîner des conséquences manifestement excessives* ». La jurisprudence rendue sur le fondement de cet article comprenant une telle formulation montre le caractère subjectif de ce critère qui est fondé sur la situation du débiteur notamment financière²⁶⁴⁴ mais aussi, plus subjectivement, sur son âge²⁶⁴⁵. Le fait d'apprécier si l'exécution de la clause pénale en cause a « *des conséquences manifestement excessives* » est nettement plus extensif que le simple fait de déterminer si la peine stipulée est manifestement excessive. Les juges invitent donc à examiner si l'exécution de la peine, et non plus sa stipulation, est manifestement excessive et si les conséquences de cette exécution seraient manifestement excessives. La Cour de cassation n'a pas semblé sensible à ce critère relatif aux « *conséquences manifestement excessives* » lorsqu'elle a eu l'occasion de s'en saisir par le passé. La Cour d'appel de Versailles avait, pour refuser la modération de la peine, pu décider que le jeu des clauses pénales n'avait pas des conséquences manifestement excessives. Les requérants soutenaient que celle-ci n'avait pas pris en considération « *ni la situation concrète des parties, ni le coût réel de la pénalité pour le débiteur, ni, enfin, l'attitude des parties* ». La Cour de cassation valide le raisonnement tenu par la Cour d'appel et affirme notamment que « *les juges n'ont pas à motiver spécialement leur décision lorsque, faisant application pure et simple de la convention, ils refusent de modérer la peine forfaitairement convenue* »²⁶⁴⁶. Par cet arrêt de rejet, la Cour de cassation semble n'avoir rien à redire au sujet de l'application de ce critère extensif des « *conséquences manifestement excessives* ». Dans une autre affaire, des requérants soutenaient que la Cour d'appel de Paris qui avait fait application de la peine n'avait pas recherché si celle-ci n'avait pas « *des conséquences manifestement excessives* ». La Cour de cassation rend un arrêt rejet et estime que « *la cour d'appel a retenu que l'allocation du bénéfice de la clause pénale à la SAET, destinée à compenser le préjudice résultant pour celle-ci du manque à gagner ainsi que de la perte du matériel, n'était pas inéquitable* » et que « *le moyen, irrecevable comme nouveau et mélangé de fait et de droit en sa première branche, n'est pas fondé pour le surplus* »²⁶⁴⁷. La Cour de

²⁶⁴¹ CA, Bordeaux, 1^{ère} ch. civ., sect. B, 20 juin 2013, n° 12/02049 et n° 12/03205.

²⁶⁴² Cass. com., 11 févr. 1997, n° 95-10.851.

²⁶⁴³ CA, Pau, 1^{ère} ch., 23 mars 2021, n° 18/01047 ; CA, Rennes, 3^{ème} ch. com., 22 mai 2018, n° 15/09182 ; CA, Riom, 3^{ème} ch. civ. et com. réunies, 30 nov. 2016, n° 15/00857 ; CA, Riom, 3^{ème} ch. civ. et com. réunies, 13 avr. 2016, n° 14/02576 ; CA, Versailles, 1^{ère} ch., 2^{ème} sect., 4 mai 2007, n° 06/08298.

²⁶⁴⁴ V. par ex. Cass. civ. 2^{ème}, 12 nov. 1997, n° 95-20.280 : « *l'exécution provisoire ordonnée ne doit être appréciée qu'au regard de la situation du débiteur, compte tenu de ses facultés et des facultés de remboursement de la partie adverse* ».

²⁶⁴⁵ V. par ex. Cass. ord. premier président, 23 mai 2001, n° 00-17.518 : « *Attendu que, compte tenu de leur âge, l'expulsion des époux X... de leur appartement aurait pour eux des conséquences manifestement excessives* ».

²⁶⁴⁶ Cass. com., 19 nov. 1991, n° 90-15.465.

²⁶⁴⁷ Cass. com., 9 mars 1993, n° 91-13.255.

cassation derechef valide qu'il ait été fait application de la peine dont le montant n'était pas « *inéquitable* » compte tenu du préjudice subi par le créancier, et qu'en tout état de cause cet argument était nouveau et donc irrecevable devant la Cour de cassation. Partant, ce critère « *des conséquences manifestement excessives* » peut être maintenu et ne nous semble pas devoir être considéré comme une entorse à la jurisprudence de la Cour Régulatrice selon laquelle les juges du fond ne peuvent se fonder exclusivement sur le comportement du débiteur pour établir le caractère manifestement excessif du montant de la clause pénale²⁶⁴⁸. En effet, l'essentiel est que dans l'application de ce critère des « *conséquences manifestement excessives* » soit intégré des éléments ne relevant pas du comportement du débiteur. Il est vrai que cet arrêt du 11 février 1997 a été suivi d'autres décisions qui pourraient sembler plus restrictives. On peut citer un arrêt du 5 février 2002²⁶⁴⁹, dans lequel la Cour de cassation affirme « *qu'en se déterminant par de tels motifs, tirés du comportement du débiteur de la pénalité, impropres à fonder le caractère manifestement excessif du montant de la clause, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Par rapport à l'arrêt précité du 11 février 1997, la formulation « *impropres à justifier à eux seuls le caractère manifestement excessif* » n'a pas été reprise. Cela pourrait être interprété, même si des éléments étrangers au comportement du débiteur étaient en complément de ceux en lien avec ce dernier caractérisés, comme excluant tout élément en lien avec le comportement du débiteur. En l'espèce, les éléments en lien avec le comportement du débiteur retenus étaient « *l'absence de faute grave et l'absence manifeste de mauvaise foi* », lesquels ne pouvaient suffire à justifier la modération de la pénalité²⁶⁵⁰. Toutefois il n'est pas rare de retrouver également la formulation initiale de la Cour de cassation de 1997 dans la jurisprudence des juges du fond²⁶⁵¹. Il arrive même parfois que les juges du fond fondent expressément leur décision de réduire la clause pénale sur le fondement du seul comportement du débiteur²⁶⁵² ou que son comportement soit pris en compte parmi d'autres éléments qui eux ne relèvent pas de ce dernier²⁶⁵³. De sorte qu'il ne nous semble pas que le fait de ne pas préciser que les éléments en lien avec le comportement du débiteur ne puissent « *à eux seuls* » justifier une modération de la clause pénale ne constitue pas un obstacle dirimant à ce que les juges prennent en compte des éléments en lien avec le comportement du débiteur dès lors que d'autres éléments lui sont étrangers. Le comportement du débiteur ne peut simplement pas être un élément déterminant pour justifier la réduction de la pénalité²⁶⁵⁴.

²⁶⁴⁸ Cass. com., 11 févr. 1997, n° 95-10.851.

²⁶⁴⁹ Cass. com., 5 févr. 2002, n° 99-13.463.

²⁶⁵⁰ V. aussi : CA, Angers, ch. com., sect. A, 10 mai 2022, n° 17/01798 ; CA, Lyon, 8^{ème} ch., 15 déc. 2021, n° 21/02277 ; CA, Lyon, 8^{ème} ch., 22 sept. 2021, n° 19/02862 ; CA, Lyon, 8^{ème} ch., 3 nov. 2020, n° 19/07506 ; CA, Aix-en-Provence, 3^{ème}, et 4^{ème} ch. réunies, 7 nov. 2019, n° 17/08776 ; CA, Dijon, 2^{ème} ch. civ., 9 juin 2016, n° 14/00423 ; CA, Dijon, 2^{ème} ch. civ., 18 déc. 2014, n° 13/00232 ; CA, Bordeaux, 1^{ère} ch. civ., sect. B, 12 janv. 2012, n° 10/00209 ; CA, Riom, ch. com., 13 avr. 2011, n° 10/01485.

²⁶⁵¹ CA, Rouen, 1^{ère} ch. civ., 24 nov. 2021, n° 20/00900 ; CA, Saint-Denis (Réunion), ch. civ., 4 juin 2021, n° 19/03188 ; CA, Chambéry, 2^{ème} ch., 29 avr. 2021, n° 19/01729 ; CA, Poitiers, 2^{ème} ch. civ., 13 oct. 2020, n° 19/03608 ; CA, Montpellier, 5^{ème} ch., sect. A, 10 avr. 2014, n° 13/06642 ; CA, Dijon, 2^{ème} ch. civ., 1^{er} avr. 2014, n° 13/01430.

²⁶⁵² CA, Aix-en-Provence, 1^{ère} ch. A, 13 nov. 2018, n° 16/13641.

²⁶⁵³ CA, Riom, 3^{ème} ch. civ. et com. réunies, 5 oct. 2016, n° 15/00129.

²⁶⁵⁴ CA, Bordeaux, 2^{ème} ch. civ., 9 sept. 2021, n° 18/02955.

Paragraphe II : modération judiciaire de la clause pénale à proportion de l'intérêt de l'exécution partielle

L'article 1231-5 alinéa 3 est une reprise quasiment à l'identique de l'ancien article 1231 du Code civil. Pour donner lieu à l'application de cet article, il est nécessaire que l'obligation en cause soit susceptible d'exécution partielle, à défaut seule la demande de réduction sur le fondement de l'article 1231-5, alinéa 2 pourra être sollicitée²⁶⁵⁵. Ainsi, pour déterminer si une exécution partielle est possible, il conviendra de déterminer si l'obligation en cause est divisible ou indivisible²⁶⁵⁶. Si elle est indivisible, ce pouvoir de réduction judiciaire est inapplicable, si elle est divisible, le juge peut tenir compte de cette exécution pour modérer la peine. Cependant, conformément à l'article 1342-4 du Code civil, pour déterminer si le paiement partiel d'une obligation pécuniaire a eu lieu, celle-ci ne devra pas avoir fait l'objet d'un refus du créancier. En effet, l'exécution partielle doit être de « *quelque utilité pour le créancier* »²⁶⁵⁷. Il suffira soit que le créancier ait accepté l'exécution partielle de l'obligation, soit qu'il ne se soit simplement pas opposé à celle-ci²⁶⁵⁸. En tout état de cause, en cas d'inexécution totale des obligations, la faculté de réduction judiciaire sera inapplicable²⁶⁵⁹. Aussi, s'il s'agit d'une clause pénale moratoire, stipulée pour les seuls dommages-intérêts moratoires, l'exécution partielle ne pourra permettre au juge de réduire la peine²⁶⁶⁰, elle se cumule avec l'obligation effective ou avec les dommages-intérêts²⁶⁶¹. Les juges, même s'ils n'entendent pas donner droit à cette réduction, doivent rechercher si une exécution partielle a eu lieu ou était susceptible d'avoir lieu²⁶⁶². En cas de réponse positive, ils doivent en complément pour autoriser la réduction de la peine démontrer l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier²⁶⁶³ ; la réduction pourra être réalisée à proportion de celle-ci. Quand bien même les conditions de l'article 1231-5, alinéa 3 étaient remplies, la décision de réduire la peine est une faculté et non une obligation pour le juge²⁶⁶⁴ ; il peut considérer que l'exécution partielle est si insignifiante qu'elle équivaut à aucune exécution et que la peine est intégralement due²⁶⁶⁵. Comme pour la faculté de réduction prévue à l'article 1231-5, alinéa 2, le juge lorsqu'il entend faire application de la peine, n'a pas à motiver sa décision²⁶⁶⁶. Il reste à savoir si les parties peuvent modérer l'office du juge dans le cadre de ses pouvoirs de réduction de la peine en cas d'inexécution partielle. Initialement, les parties étaient libres d'exclure conventionnellement l'application de l'ancien article 1231 du Code civil dès lors

²⁶⁵⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 8 avr. 2010, n° 08-20.525 ; Cass. com., 10 nov. 1970, n° 69-11.373.

²⁶⁵⁶ Motifs exposés par M. Bigot de Préameneu, « *Code civil, contenant la série des lois qui le composent, avec leurs motifs* », livre I, éd. 1803, Garnery (Paris), p. 75.

²⁶⁵⁷ M. PLANIOL, « *Traité élémentaire de droit civil* », 11^{ème} éd., F. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, t. 2, n°263, p. 104.

²⁶⁵⁸R. DEMOGUE, « *Traité des obligations en général* », t. VI, éd. : A. Rousseau (Paris), 1932, n°488, p. 520-521.

²⁶⁵⁹ Cass. civ. 14 févr. 1866, Paris c. Julliard S. 66.1.194. « *que d'autre part, l'article 1231, même code, devenait sans application à l'espèce, où il est constaté que non seulement la femme Julliard n'a pas exécuté en partie l'obligation principale, mais qu'elle a contrevenu pour la totalité* ».

²⁶⁶⁰ Cass. civ., 4 juin 1860, S. 1860.I.653.

²⁶⁶¹ R. DEMOGUE, « *Traité des obligations en général* », t. VI, éd. : A. Rousseau (Paris), 1932, n°488, p. 521 ; M. PLANIOL, « *Traité élémentaire de droit civil* », 11^{ème} éd., F. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, t. 2, n°263, p. 104 ; J. M. BOILEUX, « *Commentaire sur le Code civil, contenant l'explication de chaque article séparément* », 5^{ème} éd., t. II, Paris Joubert, librairie de la cour de cassation, 1843, p. 582.

²⁶⁶² Cass. civ. 3^{ème}, 26 mai 1988, n° 86-19.081.

²⁶⁶³ Cass. civ. 1^{ère}, 6 janv. 2004, n° 00-20.044 ; Cass. civ. 3^{ème}, 26 mai 1988, n° 86-19.081.

²⁶⁶⁴ C. MARUANI, « *La clause pénale* », thèse, 1935, imprimerie de Tunis, p. 135-136 ; R. DEMOGUE, « *Traité des obligations en général* », t. VI, éd. : A. Rousseau (Paris), 1932, n°488, p. 520.

²⁶⁶⁵ Cass. com., 29 nov. 1971, n° 70-12.677 ; Cass. com., 9 juill. 1963, Bull. civ. 1963, n° 368.

²⁶⁶⁶ Cass. com., 19 nov. 1991, n° 90-15.465.

que cette volonté ressortait clairement et précisément de leur contrat²⁶⁶⁷. La jurisprudence autorisait les parties à stipuler qu'en cas d'inexécution partielle, la peine sera la même que celle prévue en cas d'inexécution totale²⁶⁶⁸. En revanche, la Cour de cassation a considéré que la « fixation d'une indemnité dont le montant dépendait du temps restant à courir jusqu'à l'expiration du contrat » ne pouvait être interprétée comme excluant la faculté judiciaire prévue à l'ancien article 1231²⁶⁶⁹. Cette pratique est désormais condamnée par l'ancien article 1231 depuis la loi du 9 juillet 1975. En effet, initialement, l'article 1231 était rédigé en ces termes : « la peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie ». Cette loi en même temps qu'elle a introduit le pouvoir modérateur du juge à l'ancien article 1152 du Code civil (« Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite. »), a reformulée l'ancien article 1231 sur le modèle de l'ancien 1152 (« Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut, même d'office, être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite. »). Cette reformulation a notamment donné lieu à l'ajout de la phrase « Toute stipulation contraire sera réputée non écrite », ce qui revient à conférer à cet article un caractère d'ordre public, reprise à l'identique à l'actuel article 1231-5. Ainsi, les clauses visant à écarter la faculté pour le juge de réduire la peine en cas d'inexécution partielle ou à imposer une réduction qui ne serait pas à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier sont illicites. Les seules clauses qui peuvent avoir un effet sont celles où « les parties au contrat de crédit-bail avaient elles-mêmes prévu une diminution de la peine proportionnelle à la durée de l'exécution des obligations du locataire »²⁶⁷⁰. Dans le même sens, on peut également citer d'autres arrêts rendus par la Cour de cassation selon lesquels « l'article 1231 du Code civil ne peut trouver application lorsque la convention elle-même a fixé le montant de la peine à proportion du retard apporté par le débiteur à l'exécution de la convention »²⁶⁷¹ ou « les contrats ont expressément déterminé les conséquences de leur inexécution partielle sur le montant de la peine encourue, l'arrêt retient, à bon droit, que les dispositions de l'article 1231 du Code civil sont inapplicables en l'espèce »²⁶⁷². Cette clause est possible car ici les parties ne font que préciser la teneur de la diminution proportionnelle de la peine conformément à la lettre de l'article 1231-5. Pour pouvoir priver licitement le juge de son pouvoir d'appréciation sur le fondement de cet article, la clause doit calculer le montant de la peine « selon le critère proportionnel »²⁶⁷³ c'est-à-dire lorsque l'engagement exécuté en partie peut être diminué à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier par le juge.

²⁶⁶⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 16 mai 1974, n° 72-14.796 ; Cass. com., 10 oct. 1973, n° 71-12.439 ; Cass. civ., 4 juin 1860, S. 1860.I.653.

²⁶⁶⁸ Cass. civ., 4 juin 1860, S. 1860.I.653.

²⁶⁶⁹ Cass. com., 13 nov. 1969, Bull. civ. 1969, n° 331.

²⁶⁷⁰ Cass. com., 21 juill. 1980, n° 79-10.597. V. aussi : Ph. DELEBECQUE, Fasc. 22 : Régime de la réparation. – Modalités de la réparation. – Règles particulières à la responsabilité contractuelle. – Clause pénale, JCl. Civil Code, art. 1231 à 1231-7, 5 avr. 2018, dernière mise à jour : 27 mai 2021, n° 129 à 133.

²⁶⁷¹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 1989, n° 87-20.070.

²⁶⁷² Cass. com., 19 nov. 1991, n° 90-15.465.

²⁶⁷³ G. PAISANT, « L'art. 1231 c. civ. et les conditions de la réduction judiciaire de la clause pénale pour exécution partielle », D. 1993. 56, n° 5.

CHAPITRE III : les conditions d'efficacité des clauses résolutoires

Définition et caractéristiques de la clause résolutoire. La possibilité de stipuler une clause résolutoire date d'une ancienne jurisprudence de la fin du XIX^{ème} siècle, selon laquelle les parties peuvent « *attacher à l'inexécution, constatée dans une certaine forme, les effets d'une condition résolutoire précise, absolue et opérant de plein droit* »²⁶⁷⁴. Il est une définition de la clause résolutoire bien souvent citée par la doctrine et faisant autorité selon laquelle « *celle-ci est la convention selon laquelle le contrat sera résolu de plein droit en cas d'inexécution d'une de ses obligations.* »²⁶⁷⁵ Tout d'abord, la clause résolutoire résulte d'une convention et doit corrélativement relever exclusivement d'un acte de nature contractuelle à l'exclusion de tout autre acte²⁶⁷⁶. Puis, la clause résolutoire se caractérise par l'absence de nécessité de recourir au juge pour obtenir la résolution du contrat. Le créancier dispose du droit de résoudre le contrat inexécuté « *ce qui est le procédé au moyen duquel est réalisée la relation de cause à effet entre l'inexécution et la résolution dont les parties ont déterminé le principe.* »²⁶⁷⁷ Cette relation de cause à effet apparaît clairement à l'article 1225 du Code civil : « *La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat.* » Si le juge venait à être saisi de la clause résolutoire, il disposerait du seul pouvoir de « *constater* » la résolution et non de la « *prononcer* » (art. 1228 C. civ.). En effet, si le débiteur peut contester la réunion des conditions de mise en œuvre de la clause résolutoire, dès lors que le juge retient l'inexécution du contrat par le débiteur « *il ne peut que constater la résiliation ou la résolution intervenue. Il est privé de tout pouvoir d'appréciation.* »²⁶⁷⁸. De sorte qu'aujourd'hui la définition admise de la clause résolutoire est celle « *par laquelle les parties, adoptant une condition résolutoire expresse, décident à l'avance dans un contrat (bail, vente, etc.) que celui-ci sera de plein droit résolu, du seul fait de l'inexécution par l'une des parties de son obligation, sans qu'il soit nécessaire de le demander au juge (...) et sans que celui-ci, s'il est saisi, dispose en principe d'un pouvoir d'appréciation* »²⁶⁷⁹. Cette définition donnée de la clause résolutoire ne comprend pas celle plus large de la clause de résiliation si tant est qu'une telle distinction soit opérante. En effet, la clause de résiliation²⁶⁸⁰ est en matière de contrat à durée indéterminée celle qui vise à « *aménager l'exercice du droit de résiliation dont les parties à un contrat à exécution*

²⁶⁷⁴ Cass. Civ. 2 Juill. 1860, D 1860, 1, 284.

²⁶⁷⁵ Ch. PAULIN, « *La clause résolutoire* », Thèse, LGDJ, 1996, p. 12, n° 8 ; L. CADIET, « *Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice* », in Les principales clauses dans les contrats conclus entre professionnels, colloque de l'IDA d'Aix-en-Provence, PUAM 17-18 mai 1990, p. 205, n° 26 ; J. BORRICAND, « *La clause résolutoire expresse dans les contrats* », RTD, civ. 1957, p. 133 ; B. TEYSSIE, « *Les clauses de résiliation ou de résolution* », cahier de droit de l'entreprise, 1975, 2, p. 13.

²⁶⁷⁶ Ch. PAULIN, « *La clause résolutoire* », Thèse, LGDJ, 1996, p. 12-13, n° 8

²⁶⁷⁷ Ch. PAULIN, « *La clause résolutoire* », Thèse, LGDJ, 1996, p. 13, n° 8

²⁶⁷⁸ E. LOQUIN, refondu et mis à jour par F. LEBORGNE, « *Clauses dissuasives des litiges* », fasc. 135, JCl. Contrats – Distribution, 1^{er} juin 2006 (dernière mise à jour : 27 févr. 2022), n°86

²⁶⁷⁹ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « résolutoire (clause) », p. 918.

²⁶⁸⁰ Il est toutefois vrai d'un point de vue théorique que la clause de résiliation peut être distinguée de la clause résolutoire (B. TEYSSIE, « *Les clauses de résiliation et de résolution* », Cah. dr. entr. 1975, n° 1, p. 13), contrairement à la première, la seconde a un effet rétroactif et ne naît qu'en raison de la faute du cocontractant, son titulaire en est nécessairement la victime (C. CHABAS, « *L'inexécution licite du contrat* », Thèse, LGDJ, 2002, n°91 et 93). Mais la pratique et la jurisprudence persistent à confondre ces deux clauses de sorte qu'il ne ferait guère de sens à maintenir artificiellement une telle dichotomie (C. CHABAS, « *L'inexécution licite du contrat* », Thèse, LGDJ, 2002, n°90).

successive et à durée indéterminée sont l'une comme l'autre titulaire »²⁶⁸¹ et en matière de contrat à durée déterminée celle qui vise à « *aménager la faculté légale de résiliation des contrats à exécution successive mais à durée déterminée* »²⁶⁸². Cette clause de résiliation englobe donc « *plusieurs types de clauses qui n'ont en commun que leur principal effet, mettre fin au contrat.* »²⁶⁸³. D'un point de vue théorique, la clause de résiliation peut être distinguée de la clause résolutoire²⁶⁸⁴, contrairement à la première, la seconde a un effet rétroactif et n'est invoquée qu'en raison de la faute du cocontractant, son titulaire en est nécessairement la victime²⁶⁸⁵. Mais la jurisprudence confond ces deux types de clause de sorte que pour un auteur, il ne ferait guère de sens à maintenir artificiellement une telle dichotomie²⁶⁸⁶. Toutefois, nous pensons que si la jurisprudence (et la pratique) a conduit à malmener cette dichotomie entre la clause résolutoire et la clause de résiliation, celle-ci n'est pas pour autant totalement inopérante. En effet, le régime juridique prévu par les articles relevant de la « *sous-section 4 la résolution* » du Code civil ne semble pouvoir s'appliquer qu'aux clauses résolutoires (l'article 1224 du Code civil énonce que « *La résolution résulte (...) de l'application d'une clause résolutoire* ») à l'exclusion de l'ensemble des clauses de résiliation. Comme déjà expliqué, l'existence d'une inexécution est une caractéristique essentielle de la clause résolutoire ce qui n'est pas le cas de l'ensemble des clauses de résiliation. L'article 1225 du Code civil précise ainsi que « *La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat* ». Partant, la clause résolutoire est une variété de clause de résiliation ; toute clause résolutoire est une clause de résiliation alors toute clause de résiliation n'est pas une clause résolutoire. Les conditions d'efficacité qui seront abordées ne concernent donc que les clauses résolutoires et non l'ensemble des clauses de résiliation. Comme cela a pu être souligné, la clause résolutoire pour être efficace, c'est-à-dire pour produire ses effets, doit répondre à une double exigence²⁶⁸⁷ : d'une part, comporter l'intention non équivoque des parties de stipuler une telle clause résolutoire et, d'autre part, préciser les engagements dont l'inexécution donne lieu à la résolution. Sans qu'il soit nécessaire de développer plus en détail ce point, il va également de soi que la clause résolutoire doit être expressément prévue au contrat²⁶⁸⁸.
 Sous l'angle de son efficacité, la clause résolutoire doit suivre une exigence de non équivocité (**SECTION I**) ainsi qu'une exigence de précision des engagements dont l'inexécution donne lieu à la résolution (**SECTION II**).

²⁶⁸¹ W. DROSS, « *Clausier – dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne* », LexisNexis Litec, 4^{ème} éd., p. 799.

²⁶⁸² W. DROSS, « *Clausier – dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne* », LexisNexis Litec, 4^{ème} éd., p. 799.

²⁶⁸³ G. CHANTEPIE, « *clause limitative ou exclusive de responsabilité* », in « *Les principales clauses des contrats d'affaires* », F. BUY ; M. LAMOUREUX ; J. MESTRE ; J.-Chr. RODA (sous la dir.), Lextenso, 2019, p. 755.

²⁶⁸⁴ B. TEYSSIE, « *Les clauses de résiliation et de résolution* », Cah. dr. entr. 1975, n° 1, p. 13.

²⁶⁸⁵ C. CHABAS, « *L'inexécution licite du contrat* », Thèse, LGDJ, 2002, n°91 et 93.

²⁶⁸⁶ C. CHABAS, « *L'inexécution licite du contrat* », Thèse, LGDJ, 2002, n°90.

²⁶⁸⁷ N. HAGE-CHAHINE, « *Résolution – Résiliation* », Rép. dr. civ., févr. 2021, n° 39.

²⁶⁸⁸ Cass civ. 1^{ère}, 17 mai 1954, Gaz. Pal. 1954. 2. Jur. 82. V. aussi : rapp. Cass. 1988, Doc. fr., 1988, p. 194 : « *si le créancier tient à se faire dispenser, par l'effet de la convention, de l'obligation de s'adresser au juge, il doit l'exprimer formellement* ».

SECTION I : l'exigence d'une clause résolutoire non équivoque

Le caractère non équivoque de la clause résolutoire implique que les parties aient clairement manifesté leur intention de stipuler une telle clause et non de rappeler la possibilité de recourir à la résolution judiciaire. En effet, dès lors que la stipulation de cette clause est claire et précise, le juge ne peut apprécier l'opportunité de résoudre le contrat sous peine de dénaturer le sens de cette clause (art. 1192, C. civ.). Selon la jurisprudence, il est clair que le juge saisi aux fins de l'application d'une clause résolutoire claire et précise ne peut se refuser de la déclarer acquise, si rigoureuse qu'elle puisse paraître²⁶⁸⁹. Cette exigence de non équivocité de la clause résolutoire n'apparaît pas à l'article 1225 du Code civil. Initialement, elle résultait de la jurisprudence qui bien souvent fondait ses décisions sur la force obligatoire du contrat (l'ancien article 1134 du Code civil). A la faveur de l'ordonnance du 10 février 2016, cette interdiction prétorienne de dénaturer des clauses claires et précises a été codifiée dans le Code civil. On doit donc désormais considérer que cette exigence de non équivocité a pour fondement l'article 1192 du Code civil qui, de manière générale, contraint le juge à respecter la teneur d'une clause non équivoque laquelle est auréolée d'une force obligatoire²⁶⁹⁰. La jurisprudence rendue auparavant sur le fondement de cette méconnaissance de la force obligatoire d'une clause résolutoire non équivoque conserve donc toute sa pertinence²⁶⁹¹. Cette jurisprudence pour retenir la mise en œuvre d'une clause résolutoire accorde une importance particulière à l'utilisation de la formule sacramentelle : « *de plein droit* »²⁶⁹² ; une formule qui « *instaure à la place du débat judiciaire le règne du décisionnisme.* »²⁶⁹³. Dans la plupart des décisions rendues, le caractère non équivoque de la clause résolutoire a été déduit de la stipulation de cette formule. Parmi ces décisions, une est particulièrement éclairante : la Cour de cassation affirme que les juges du fonds ont « *exactement retenu que la clause stipulant qu'en cas d'inexécution à l'issue d'un délai déterminé le contrat serait résilié de plein droit c'est-à-dire automatiquement, sans que cette résiliation impose à celui qui l'invoque d'exercer une action en justice, constituait de manière claire et dénuée d'équivoque une clause résolutoire* »²⁶⁹⁴. Cette formulation « *de plein droit* » pour des cas de résiliation du contrat est si éclairante sur l'intention des parties qu'elle est employée dans de nombreux textes spéciaux (v. notamment : art. 80, loi n° 48-1360 du 1 septembre 1948 ; art. 4, 7, 24, loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 ; art. L. 145-41 Code de commerce ; art. L. 714-1 Code de la consommation ; art. L. 321-20 Code de l'environnement. ; art. L. 631-15 Code de la construction et de l'habitation ; art. R. 2124-35 Code général de la propriété des personnes publiques). Il n'est toutefois pas à exclure qu'une autre stipulation puisse également contenter

²⁶⁸⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 12 mars 1954, D. 1954, 363 ; CA, Versailles, ch. 3, 22 mars 2018, n° 17/04662 ; CA, Paris, 30 avr. 1947, D. 1947, 400.

²⁶⁹⁰ V. par exemple : Cass. civ. 1^{ère}, 5 oct. 2017, n° 16-23.050 ; Cass. civ. 3^{ème}, 30 juin 2004, n° 02-20.721 ; Cass. com. 9 oct. 1990, n° 89-12.955 ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 1990, n° 87-14.809 ; Cass. civ. 3^{ème}, 19 nov. 1970, n° 69-11.581.

²⁶⁹¹ Cass. com., 14 oct. 2020, n° 18-24.181 ; Cass. civ. 3^{ème}, 21 févr. 2006, n° 05-15.776 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 oct. 1995, n° 93-14.581 ; Cass. civ. 3^{ème}, 12 oct. 1994, n° 92-13.211 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 juill. 1992, n° 90-17.760 ; Cass. civ. 3^{ème}, 7 déc. 1988, n° 87-11.892 ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 nov. 1986, n° 84-15.705 ; Cass. req., 3 mai 1937, S 1937, 1, p. 371.

²⁶⁹² V. sur la rédaction d'une clause résolutoire « *de plein droit* » : Ch. PAULIN, « *La clause résolutoire* », Thèse, LGDJ, 1996, p. 25-28, n° 18.

²⁶⁹³ D. SALAS, « *Libre cours : Que cache l'expression juridique « de plein droit » ?* », Le droit en débats, Dalloz action, 17 avr. 2020.

²⁶⁹⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 21 févr. 2006, n° 05-15.776.

l'exigence de non équivocité de la clause résolutoire²⁶⁹⁵ dès lors qu'il ressort clairement de cette clause la dispense de demander la résolution du contrat en justice. Il reste que la formule « *de plein droit* » demeure la plus sûre et l'emploi de toute autre formule qui tenterait de s'en rapprocher risquerait de rendre la clause résolutoire équivoque. Par exemple, la Cour d'appel de Dijon après avoir rappelé que « *La résolution de la vente en raison du seul défaut de paiement des arrérages ne peut être prononcée que lorsque l'acte de vente comporte une clause résolutoire exprimant de manière non équivoque la commune intention des parties de mettre fin à leur convention dans cette hypothèse.* », elle constate qu'en l'espèce la clause stipulée ne répond pas à cette exigence car elle « *comporte seulement une mention selon laquelle le vendeur a fait "réserve expresse" de l'action résolutoire.* »²⁶⁹⁶. La vigilance doit donc être de mise et les contractants auront intérêt à n'utiliser que des formulations qui ont reçues l'onction des juges du fond ou de la Cour de cassation. Ainsi, il nous semble essentiel d'indiquer *a minima* que la clause résolutoire produira « *de plein droit* » ses effets²⁶⁹⁷. Mieux vaut donc éviter l'utilisation de termes ambigus, au risque de voir la clause résolutoire privée d'effets. En effet, la clause résolutoire est en principe stipulée en faveur du créancier²⁶⁹⁸. Or, dans le doute, toute clause résolutoire ambiguë sera interprétée en faveur du débiteur (dans un contrat de gré à gré), c'est-à-dire de celui qui contracte l'obligation²⁶⁹⁹ ou de l'adhérent (dans un contrat d'adhésion), c'est-à-dire de celui qui n'a fait que souscrire au contrat sans le rédiger²⁷⁰⁰ (art. 1190 C. civ.). L'ordonnance du 10 février 2016 ne semble avoir rien changé à cette jurisprudence exigeant que la clause résolutoire soit non équivoque²⁷⁰¹. Surtout, des arrêts d'appel dont les faits étaient soumis au droit applicable après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 ont également continué à maintenir cette exigence. Par exemple, la Cour d'appel de Nancy affirme que « *la clause résolutoire prévue au contrat doit mentionner les manquements susceptibles d'entraîner la déchéance du terme, et la résolution est subordonnée à une mise en demeure demeurée sans effets postérieurement au délai imparti pour régulariser, sauf clause contraire prévoyant de façon expresse et non équivoque la résolution de plein droit.* »²⁷⁰². Pour l'heure et en attendant que la Cour de cassation se positionne, on peut affirmer que les juges semblent maintenir cette exigence imposant de stipuler une clause résolutoire de manière expresse et non équivoque.

²⁶⁹⁵ N. HAGE-CHAHINE, « *Résolution – Résiliation* », Rép. dr. civ., févr. 2021, n° 44 ; E. LOQUIN, refondu et mis à jour par F. LEBORGNE, « *Clauses dissuasives des litiges* », fasc. 135, JCl. Contrats – Distribution, 1^{er} juin 2006 (dernière mise à jour : 27 févr. 2022), n°91.

²⁶⁹⁶ CA, Dijon, ch. civ. B, 21 juin 2002, n° JurisData : 2002-183233.

²⁶⁹⁷ Fr. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2018, Dalloz, 128.182 ; G. CHANTEPIE, « *clause limitative ou exclusive de responsabilité* », in « *Les principales clauses des contrats d'affaires* », F. BUY ; M. LAMOUREUX ; J. MESTRE ; J.-Chr. RODA (sous la dir.), Lextenso, 2019, p. 771.

²⁶⁹⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 27 avr. 2017, n° 16-13.625. B. FAGES, « *Droit des obligations* », L.G.D.J, 10^{ème} éd., 2020, n° 303.

²⁶⁹⁹ CA, Poitiers, 2^{ème} ch. civ., 24 mars 2015, n° 14/02377 ; CA, Paris, 16^{ème} ch., sect. A, 25 févr. 2009, n° 07/16081 ; CA, Orléans, ch. civ., 19 janv. 2009 n° JurisData : 2009-377812 ; CA, Paris, ch. 16 sect. A, 2 mai 2007, n° JurisData : 2007-340070 ; CA, Paris, ch. 2 sect. A, 18 juin 1986, n° JurisData : 1986-023878.

²⁷⁰⁰ CA, Paris, pôle 5, ch. 4, 25 sept. 2013, n° 11/17338, n° 11/17337.

²⁷⁰¹ CA, Aix-en-Provence, ch. 3-1, 4 nov. 2021, n° 18/03184 ; CA, Amiens, ch. éco., 28 juill. 2020, n° 18/03656 ; CA, Versailles, 14^{ème} ch., 16 mai 2019, n° 18/08647 ; CA, Amiens, 1^{ère} ch. civ., 13 sept. 2018, n° 17/03749.

²⁷⁰² CA, Nancy, 2^{ème} ch. civ., 1^{er} juill. 2021, n° 20/02246.

SECTION II : l'exigence de précision des engagements dont l'inexécution donne lieu à la résolution

L'article 1225 du Code civil dispose que « *La clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat* ». Cet article impose de « préciser » les engagements dont l'inexécution donnera lieu à la mise en œuvre de la clause résolutoire. Or, le texte ne permet pas de mesurer la portée de cette exigence de « précision » de sorte que la doctrine est divisée sur ce point. Une première partie de la doctrine considère que cette exigence n'est rien d'autre qu'une codification à droit constant de la jurisprudence antérieure consacrant une obligation de détermination des manquements au sein des clauses résolutoires. Cette dernière « *est reprise par l'article 1225 du Code civil* »²⁷⁰³ et consacre la règle selon laquelle la clause résolutoire « *ne peut s'appliquer qu'à des obligations expresses, parfaitement connues du débiteur qui n'est pas forcément juriste* »²⁷⁰⁴. De ce fait, la jurisprudence antérieure autorisait les clauses « *balais* », c'est-à-dire qu'une clause résolutoire pouvait valablement être stipulée pour « *tout manquement aux obligations du présent contrat* ». ²⁷⁰⁵ Il était également possible de stipuler des clauses résolutoires dont la mention des engagements était assez générale. Par exemple, une clause résolutoire « *ne concernait que les charges et conditions des baux* » commerciaux. Or, au nombre des « *conditions ordinaires et de droit* » applicables aux baux commerciaux figure l'interdiction de toute sous-location prévue à l'article 21 du décret du 30 septembre 1953. La Cour de cassation a refusé de constater la résiliation car « *l'interdiction de sous-louer ne figurait pas parmi les conditions expresses du bail* »²⁷⁰⁶. Une décision similaire a été rendue pour une clause résolutoire où « *aucune stipulation expresse du bail ne faisait obligation au preneur d'exploiter son fonds de commerce dans les locaux loués* »²⁷⁰⁷. A cela s'ajoutait l'interprétation stricte que faisait la Cour de cassation des engagements mentionnés dans la clause résolutoire ²⁷⁰⁸. Cette partie de la doctrine estimait donc que la rédaction de l'article 1225 ne condamnait pas la stipulation de telles clauses « *balais* » visant tout manquement contractuel²⁷⁰⁹. Dans le cadre des travaux préparatoires de la réforme du droit des contrats, les sénateurs ont également livré leur position sur le sujet : « *Le texte autorise la survivance de ces clauses dites « balais ». Il exige seulement que la clause exprime les cas dans lesquels elle jouera, et ne s'oppose donc pas à l'insertion d'une clause qui préciserait qu'elle jouera en cas d'inexécution de toute obligation prévue au contrat. La jurisprudence antérieure validant ce type de clauses a donc vocation à survivre.* »²⁷¹⁰ A rebours, une autre partie de la doctrine considère que cette exigence de « précision » est nouvelle et plus rigoureuse par rapport à la jurisprudence antérieure. Cette assertion résulte de l'évolution de la rédaction de ce texte. Si le projet d'ordonnance du 25 février 2015 prévoyait que « *La clause résolutoire désigne les engagements dont*

²⁷⁰³ D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 5^{ème} éd., 2021, éd. Bruylant, collection paradigme, n° 984 ; B. FAGES, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 10^{ème} éd., 2020, n° 303. V. aussi : B. MERCADAL, « *Réforme du droit des contrats* », 2016, Francis Lefebvre, n° 721.

²⁷⁰⁴ A. BENABENT, « *Droit des obligations* », L.G.D.J préc. domat droit privé, 18^{ème} éd., 2019, n° 398.

²⁷⁰⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 15 sept. 2010, n° 09-10.339. V. aussi : Cass. civ. 3^{ème}, 12 juin 2001, AJDI 2001. 983, obs. BLATTER ; 19 mai 2004, AJDI 2005. 208, note DUMONT ; Administrer juill. 2004. 23, obs. BOCCARA et LIPMAN ; Cass. civ. 3^{ème}, 18 mai 1988, D. 1988. IR 154).

²⁷⁰⁶ Cass. civ., 3^{ème}, 29 avr. 1987, n° 85-15.579.

²⁷⁰⁷ Cass. civ. 3^{ème}, 10 juin 2009, n° 08-14.422.

²⁷⁰⁸ Cass. civ., 3^{ème}, 3 juin 2008, n°08-13.808 ; Cass. civ. 3^{ème}, 24 mai 2000, n° 98-18.049 ; Cass. civ. 3^{ème}, 24 févr. 1999, n° 97-11.554.

²⁷⁰⁹ Fr. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2018, Dalloz, 128.182. ; L. ANDREU, L. THIBIERGE, « *Présentation générale* » AJ contrat 2018. p. 252.

²⁷¹⁰ Rapport n° 22 (2017-2018) de M. Fr. PILLET, déposé le 11 oct. 2017.

l'inexécution entraînera la résolution du contrat », l'actuel article 1225 du Code civil prévoit que « *La clause résolutoire précise les engagements* ». Il a été commenté s'agissant de cette évolution textuelle que « *Désigner signifie « indiquer de manière à faire reconnaître ». « Préciser » est plus exigeant et indique que les « clauses-balai » seront à l'avenir prohibées.* »²⁷¹¹. Ainsi, il a été considéré que « *la clause résolutoire ne pourrait viser tout engagement contractuel, mais seulement les engagements spécifiques* »²⁷¹², autrement dit, « *il ne suffirait pas que la clause résolutoire vise « toute inexécution », ou une inexécution quelconque, mais qu'elle mentionne des engagements spécifiques* »²⁷¹³. De sorte que « *Selon tout vraisemblance, cette rédaction condamne les formulations trop générales (par ex., la clause renvoyant « à l'une quelconque des obligations » du débiteur ou du contrat).* »²⁷¹⁴. Autrement dit, les clauses résolutoires « *balais* », « *sanctionnant un quelconque manquement à l'une des quelconques obligations du contrat, se trouvent ainsi condamnées.* »²⁷¹⁵ et « *Il n'est donc pas possible de stipuler une clause générale prévoyant que l'inexécution de n'importe quelle obligation prévue au contrat pourra fonder sa résolution.* »²⁷¹⁶. Pour certains de ces auteurs, « *Désormais, les obligations doivent être listées en détail pour que leur inexécution autorise l'application de la clause résolutoire. La liste, brève ou longue, est réputée exhaustive.* »²⁷¹⁷ La clause résolutoire devrait ainsi faire mention de l'ensemble des engagements pouvant donner lieu à sa mise en œuvre. Pour mesurer ce qu'implique une telle exigence, il faut déterminer ce que signifierait le fait de devoir mentionner ces « *engagements* ». Un engagement est une « *promesse ; plus généralement, manifestation de volonté (offre ou acceptation) par laquelle une personne s'oblige.* », c'est « *l'obligation qui résulte de cet engagement volontaire* »²⁷¹⁸. L'engagement est la manifestation de volonté qui a permis de donner naissance à des obligations. Ici, le terme « *engagement* » doit être compris comme étant synonyme du terme « *obligation* »²⁷¹⁹ (comme l'illustre d'ailleurs la rédaction de l'article 1217 du Code civil qui utilise ces deux termes comme des synonymes). L'engagement serait donc ce lien de droit selon lequel des personnes sont tenues d'une prestation, par exemple, en vertu d'un contrat. Partant, il faut comprendre l'article 1225 comme imposant que soit mentionnée au sein de la clause résolutoire chaque obligation figurant dans le contrat qui serait jugée pertinente. Néanmoins, une telle exigence imposerait un formalisme particulièrement rigoureux dans la mesure où chaque obligation ou engagement prévu au contrat devrait être mentionné dans la clause, ce qui reviendrait à synthétiser au sein d'une clause l'ensemble des obligations stipulées au contrat pouvant

²⁷¹¹ M. MEKKI, « *L'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire* », D. 2016. 494, n° 31.

²⁷¹² G. CHANTEPIE, M. LATINA, « *Le nouveau droit des obligations – Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil* », 2^{ème} éd., Dalloz, 2018, n°649.

²⁷¹³ G. CHANTEPIE, « *clause limitative ou exclusive de responsabilité* », in « *Les principales clauses des contrats d'affaires* », F. BUY ; M. LAMOUREUX ; J. MESTRE ; J.-Chr. RODA (sous la dir.), Lextenso, 2019, p. 768.

²⁷¹⁴ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 570.

²⁷¹⁵ Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, « *Droit des obligations* », 15^{ème} éd., 2019, Lexisnexus, n°382, p. 517. V. aussi : Th. GENICON, « *Droit des contrats - Table ronde : Les défis du droit des contrats* », L. LEVENEUR, L. BALLONE-BURINI, F. BAUMGARTNER, Th. GENICON, Claire-Marie PÉGLION-ZIKA, L. POULET, CCC, n° 12, déc. 2020, dossier 12, n°22, v. note 54.

²⁷¹⁶ W. DROSS, « *Clausier – dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne* », LexisNexis Litec, 4^{ème} éd., p. 822.

²⁷¹⁷ O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* », 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 570.

²⁷¹⁸ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Engagement* », p. 401.

²⁷¹⁹ G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018, « *Obligation* », p. 701.

donner lieu à la mise en œuvre de la clause résolutoire. Une telle liste serait bien complexe et fastidieuse non seulement à rédiger mais aussi à lire. Il en résulterait que, d'une part, les contractants ne seraient pas mis en situation de pouvoir facilement prendre connaissance des engagements qui pourront donner lieu à la mise en œuvre de cette clause et, d'autre part, un tel formalisme risquerait de rendre trop subtil la rédaction de cette clause et donc d'obérer, de manière significative, son utilité. En droit de la consommation, une difficulté particulière pourrait poindre avec une acuité particulière. Une telle rédaction pourrait conduire à présenter à l'égard du consommateur une clause résolutoire d'une façon qui ne serait pas « *claire et compréhensible*. » au sens de l'article L. 211-1 du Code de consommation. Ainsi, une interprétation stricte de l'article 1225 du Code civil pourrait amener, dans une relation contractuelle entre un consommateur et un professionnel, à considérer que la clause résolutoire stipulée doit être interprétée d'office dans le sens le plus favorable au consommateur. Ceci alors même que les juges n'ont pas en principe à adopter cette interprétation *in favorem* dès lors que la clause est rédigée de façon claire et compréhensible, sans laisser de place au doute²⁷²⁰. Partant, il ne serait pas souhaitable, en application de l'article 1225, d'aller jusqu'à ce degré de formalisme. D'ailleurs, comme cela a pu être justement souligné, « *l'article 1225 impose de préciser les obligations du contrat, sans exiger l'individualisation des manquements eux-mêmes.* »²⁷²¹. A l'image de ce que suggèrent certains praticiens²⁷²², une voie médiane et plus raisonnable, pourrait être trouvée. Elle consisterait à ne mentionner dans la clause résolutoire que les obligations ou engagements prévus par chaque article du contrat en indiquant son intitulé. On ne préciserait pas chaque obligation individuellement dans la clause résolutoire, mais de manière groupée (par exemple, « *article 4 "obligations des parties", article 6 "prix"* » etc.). Cela répondrait à ce besoin de « *précision* » des engagements prévu par l'article 1225 et les contractants pourraient plus aisément mesurer la portée de la clause résolutoire. Pour aboutir à une telle solution, les juges ne devront donc pas retenir une interprétation trop stricte de l'article 1225, mais s'attacher davantage à son esprit qui est de rendre claire et non équivoque cette clause. Pour l'heure, il semblerait que les juges se montrent prêts à retenir une lecture assez souple de cet article. Par exemple, la Cour de Paris semble considérer que l'article 1225 codifie à droit constant les solutions jurisprudentielles antérieures à la réforme du droit des contrats : « *La clause résolutoire de plein droit, qui permet aux parties de soustraire la résolution d'une convention à l'appréciation des juges, doit être exprimée de manière non équivoque, faute de quoi les juges recouvrent leur pouvoir d'appréciation. Cette solution jurisprudentielle est désormais codifiée : selon l'article 1225 du code civil (dans sa rédaction issue de l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016, article 2, en vigueur le 1er octobre 2016) la clause résolutoire précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat.* »²⁷²³ Il reviendra donc à la Cour de cassation de trancher ce débat, pourvu comme le préconisait PORTALIS qu'elle s'attachera davantage à « *étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue* »²⁷²⁴. Ajoutons enfin qu'une clause résolutoire, dont les engagements sont précisés conformément à l'article 1225, devra veiller à ne pas être trop extensive afin de ne pas englober les inexécutions minimales, quelconques ou très secondaires²⁷²⁵ ; à défaut, une telle clause pourrait alors être contestée sur le fondement du déséquilibre significatif consommériste, commercial ou de droit commun.

²⁷²⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 26 févr. 2020, n° 18-21.306 ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 déc. 2012, n° 11-27.631.

²⁷²¹ B. MERCADAL, « *Réforme du droit des contrats* », 2016, Francis Lefebvre, n° 721.

²⁷²² S. GUERIN, N. GENTY, « *L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat* », AJ contrat 2017. 17.

²⁷²³ CA, Paris, pôle 5, ch. 6, 30 oct. 2019, n° 18/26670.

²⁷²⁴ J.-E.-M. PORTALIS, « *Discours préliminaire sur le projet de Code civil* », discours présenté le 1^{er} pluviôse an IX (1801).

²⁷²⁵ J.-B. GOUACHE, « *Distribution - Chronique de jurisprudence de droit de la franchise 2016* », CCC n° 2, févr. 2017, étude 2, n° 34.

CONCLUSION DU TITRE II

Il résulte du présent titre que l'efficacité des clauses aménageant les sanctions de l'inexécution du contrat s'agissant des dommages-intérêts peut être remise en cause en cas de commission d'une faute lourde ou dolosive. Dans ce cas, le degré de gravité ou de négligence est tel que la clause d'aménagement est purement et simplement invalidée. Pour aboutir à une telle conclusion, et comme nous avons pu l'examiner précédemment, les juges ont recours à un faisceau d'indices fondé sur l'ensemble des circonstances spécifiques à chaque cas d'espèce.

Puis, l'efficacité de ces clauses d'aménagement sera également entamée si elles prévoient une pénalité manifestement excessive ou dérisoire ou en cas d'exécution partielle de l'obligation au contrat. En effet, dans ces situations, le juge dispose d'un pouvoir modérateur qui l'autorise à réduire ou rehausser le montant de la pénalité, nous avons vu qu'il pouvait aller même jusqu'à réduire ce montant à hauteur d'un euro symbolique.

Enfin, s'agissant des clauses aménageant l'action résolutoire par la stipulation d'une clause résolutoire, celle-ci pour conserver son efficacité devra être non équivoque (c'est-à-dire être claire sur l'intention des contractants de se dispenser de toute demande judiciaire en résolution) et les engagements qu'elle contient dont l'inexécution donne lieu à la résolution devront être précisés.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Ainsi, nous constatons que l'efficacité de l'objet des clauses d'aménagement des sanctions contractuelles et l'efficacité de ces clauses d'aménagement en elles-mêmes ne se voient pas appliquer les mêmes exigences. Les premières sont soumises à l'exigence de bonne foi contractuelle et à celle d'absence de mauvaise foi ainsi qu'aux régimes juridiques relatifs à la faute lourde ou dolosive et à la clause pénale et résolutoire. En revanche, les secondes sont soumises uniquement à l'exigence d'absence de mauvaise foi ainsi qu'au régime juridique relatif à la faute lourde ou dolosive.

Partant, l'appréciation juridique des clauses portant sur une modalité d'une sanction contractuelle (en l'occurrence, les clauses de facilitation) et celles portant sur le choix d'une telle sanction (en l'occurrence, les clauses de renonciation anticipée individuelle ou collective) n'est pas identique : les premières doivent respecter les exigences relatives à l'efficacité de l'objet de la clause d'aménagement alors que les secondes doivent respecter les exigences relatives à l'efficacité de la clause d'aménagement en elle-même.

En effet, ces dernières s'intéressent davantage au comportement du contractant plutôt qu'à la teneur de la clause d'aménagement stipulée. Ces clauses ne sont pas soumises à l'exigence de bonne foi et aux régimes juridiques relatifs à la clause résolutoire et pénale car la nature de ces clauses est de renoncer à une ou plusieurs sanction(s) contractuelle(s). La renonciation anticipée intervient en amont, au moment du choix de la sanction, de sorte que la clause ne peut avoir pour objet de porter sur une modalité de la sanction.

Il en résulte qu'à la différence de la première partie, les clauses portant sur une modalité de la sanction contractuelle et celles portant sur le choix de celle-ci ne font pas l'objet d'une même appréciation juridique car les règles ou standards juridiques qui s'appliquent à ces clauses ne sont, en partie, pas les mêmes.

Alors que dans la première partie, la différence d'appréciation des clauses tient à l'application différenciée d'une même règle de droit, d'un même standard juridique (par exemple, le déséquilibre significatif prévu en droit commun ou la privation de la substance d'une obligation essentielle), dans la seconde partie, cette différence d'appréciation de ces clauses tient à l'application de règles de droit différentes qui s'appliquent uniquement à la clause portant sur une modalité de la sanction contractuelle (il s'agit de l'exigence de bonne foi et du régime juridique applicable à la clause pénale et résolutoire) et non à la clause portant sur le choix de celle-ci. Toutefois, dans ce dernier cas, l'appréciation juridique de ces clauses est identique s'agissant de l'exigence d'absence de mauvaise foi et de la faute lourde ou dolosive.

CONCLUSION GENERALE

La présente étude aura permis de déterminer les conditions de validité et d'efficacité des clauses relatives à l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat, qu'il s'agisse de l'objet de ces clauses ou de ces clauses elles-mêmes. Nous espérons que l'un des principaux apports de ce travail aura été d'avoir mis en exergue l'importance de la ligne de partage entre les clauses relatives à l'aménagement du choix de la sanction contractuelle et celles relatives à l'aménagement des modalités de cette sanction.

D'une part, les clauses relatives à l'aménagement du choix de la sanction contractuelle, que sont les clauses de renonciation anticipée individuelle et collective, visent à supprimer la possibilité de mettre en œuvre une ou plusieurs sanction(s) contractuelle(s). Au stade de leur validité, ces clauses ne doivent ni déroger à l'ordre public (art. 1162 C. civ.), ni priver de sa substance l'une des obligations essentielles du contrat (art. 1170, C. civ.), ni créer un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties (art. 1171, C. civ.). Au stade de leur efficacité, ces clauses ne doivent pas être mises en œuvre en violation de l'exigence d'absence de mauvaise foi de l'article 1104 du Code civil (l'exigence de bonne foi, comme nous l'entendons, ne s'appliquant pas à ces clauses) et doivent se conformer au régime juridique relatif à la faute lourde ou dolosive (art. 1231-3, C. civ.).

D'autre part, les clauses relatives à l'aménagement de la modalité d'une sanction contractuelle, c'est-à-dire les clauses de facilitation et de freinage d'une telle sanction, ne suppriment pas la sanction contractuelle mais vise simplement à en faciliter ou alourdir la mise en œuvre. Ces clauses sont soumises à l'ensemble des conditions de validité précitées (article 1162, 1170 et 1171 du Code civil) et d'efficacité, à savoir, l'exigence de bonne foi prévue aux articles 1219 à 1231-6 du Code civil, l'exigence d'absence de mauvaise foi prévue à l'article 1104 du Code civil ainsi que le régime juridique relatif aux clauses pénales (1231-5, C. civ.) et résolutoires (art. 1225, C. civ.) et à la faute lourde ou dolosive (1231-3, C. civ.).

Il apparaît ainsi que les clauses relatives au choix des sanctions contractuelles sont soumises à moins de standards juridiques que les clauses relatives aux modalités de ces sanctions ; l'exigence de bonne foi et le régime juridique relatif aux clauses pénales ne s'appliquent pas aux premières clauses.

Aussi, la différence entre ces deux catégories de clauses tient à l'appréciation juridique différente de certains des standards juridiques qui s'appliquent à elles. Au stade de la validité de ces clauses, il y a une différence majeure dans leur appréciation à l'aune des articles 1170 et 1171 du Code civil et dans une moindre mesure au regard de l'article 1162 du Code civil. En effet, les clauses relatives au choix des sanctions contractuelles produisent des effets plus énergiques que les clauses relatives aux modalités de ces sanctions et sont donc d'une gravité plus importante.

La différence entre ces deux catégories de clauses tient donc, au stade de leur validité, à la différence d'appréciation des standard juridiques qui leur sont applicables et, au stade de leur efficacité, aux différents standards juridiques qui leur sont applicables. La différence d'appréciation de mêmes standards juridiques s'amenuise au stade de l'efficacité de ces clauses, car les standards juridiques qu'elles ont en commun, à savoir, l'exigence d'absence de mauvaise foi et le régime juridique relatif à la faute lourde ou dolosive, s'intéressent davantage au comportement du contractant plutôt qu'à la teneur de la clause stipulée.

Il a fallu passer par le détour de la présente étude pour aboutir à cette conclusion et sans doute notre droit aurait-il gagné en clarté et simplicité à introduire dans la Code civil certaines règles qui se dégagent de la validité et de l'efficacité des clauses aménageant les sanctions de l'inexécution du contrat. La réforme du droit des contrats opérée en 2016 aurait pu être l'occasion d'y procéder.

Ainsi, on aurait pu codifier des règles déjà acquises en droit positif, comme préciser la validité de principe des clauses de renonciation anticipée à la résolution judiciaire²⁷²⁶ ou l'invalidité de principe des clauses de renonciation collective à l'ensemble des sanctions contractuelles. On aurait pu également créer de nouvelles règles qui gagneraient à être stabilisées au sein de notre droit positif. Par exemple, en indiquant que la clause visant à renoncer de manière anticipée à toute forme d'action en résolution, y compris de nature conventionnelle, dans le cadre d'un contrat à durée déterminée conclu pour une longue durée, devrait être illicite sur le fondement de l'ordre public (car une telle clause empêcherait le contractant de sortir d'une position contractuelle dont il deviendrait prisonnier compte tenu de la durée importante du contrat) ou en indiquant que la clause de renonciation anticipée à l'action en dommages-intérêts ne peut être valable si elle est globale, générale ou absolue (sinon elle priverait de sa substance l'une des obligations essentielles du contrat).

Une occasion manquée donc, car aucune modification n'a été faite en ce sens par l'ordonnance du 10 février 2016 ou la loi de ratification du 20 avril 2018. Pour autant, cela ne signifie pas que d'autres occasions ne se manifesteront pas, nous savons par exemple que se prépare depuis mars 2017 la réforme du droit de la responsabilité civile. Pour l'heure, c'est la réforme du droit des contrats spéciaux qui semble être davantage à l'ordre du jour²⁷²⁷ mais viendra un jour le tour de la réforme du droit de la responsabilité civile.

Si l'objectif des clauses relatives à l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat est en principe d'accroître la sécurité juridique des contractants et à rendre plus prévisible leur situation juridique, encore faudrait-il s'assurer que l'appréciation de leurs conditions de validité le soit également. On le sait, « *le monde des affaires a horreur du doute* »²⁷²⁸. Il serait souhaitable qu'un jour notre Code civil parvienne à pérenniser les règles déjà stabilisées par la jurisprudence, mais aussi, à lever les doutes persistants qui innervent toujours certaines règles relatives à la validité des clauses relatives à l'aménagement des sanctions contractuelles. Il en va de la sécurité et prévisibilité juridique de notre droit. La sécurité juridique est un bien précieux qu'il nous faut préserver, c'est la « *première valeur sociale à atteindre* »²⁷²⁹ car, ne l'oublions pas, « *tout homme civilisé a dans le cœur le désir de sécurité* »²⁷³⁰.

²⁷²⁶ Le Professeur MEKKI appelait d'ailleurs de ses vœux que l'article 1227 du Code civil précise que « *Toute clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire doit être précise et non équivoque.* » (M. MEKKI, « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. Pal.* 30 avr. 2015, n° 120, p. 37, n°21).

²⁷²⁷ Cf. avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, publié en juillet 2022 et élaboré par une Commission créée par le ministère de la justice (la direction des affaires civiles et du Sceau) et présidée par Ph. STOFFEL-MUNCK.

²⁷²⁸ G. HELLERINGER, « *Les clauses du contrat* », Thèse, 2010, p. 375, n° 735.

²⁷²⁹ P. ROUBIER, « *Théorie générale du droit* », Paris, Sirey, 1951, p. 323 et 333.

²⁷³⁰ G. RIPERT, « *Le déclin du droit* », Paris, L.G.D.J., 1949, p. 155.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GENERAUX, TRAITES ET MANUELS

- G. RIPERT, J. BOULANGER, « Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol », t. 2, 1957
- J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, « Les obligations », t. 3, Le rapport d'obligation, 4^{ème} éd., Armand Colin, 2006
- J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, « *Les obligations* », 1. L'acte juridique : A. Colin, 16^{ème} éd., 2014
- J.-L. AUBERT, J. FLOUR, E. SAVAUX, « *Droit civil : les obligations – le rapport d'obligation* », t. III, Sirey, 9^{ème} éd. 2015
- AUBRY et RAU, « Cours de Droit Civil Français », T. IV, 1902
- G. BAUDRY-LACANTONERIE, L. BARDE, « Traité théorique et pratique de droit civil », T. I
- G. BAUDRY-LACANTONERIE, « Précis de droit civil », tome II, Paris L. Larose et Forcel, 1883
- A. BENABENT, « *Les obligations* », Montchrestien, 7^e éd., 1999
- A. BENABENT, « Droit civil, Les obligations », Montchrestien, 2005
- A. BENABENT, « *Droit des obligations* », L.G.D.J préc. domat droit privé, 16^{ème} éd., 2017
- A. BENABENT, « *Droit des obligations* », L.G.D.J préc. domat droit privé, 18^{ème} éd., 2019
- Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, « *Droit civil : les obligations* », Sirey, 16^{ème} éd., 2018
- Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Droit civil. Les obligations », Sirey, 17^{ème} éd., 2020
- J. CARBONNIER, « Droit civil, les obligations », 14^{ème} éd. 1990
- J. CARBONNIER, « *Droit civil, Les obligations* », t. 4 : Thémis, 22^e éd. 2000
- J. CARBONNIER, « *Droit civil : Les biens, Les obligations* » : vol. 2, PUF, coll. Quadrige Manuels, 2004
- G. CHANTEPIE, « Contrat : effet », Rép. civ. Dalloz, janv. 2018
- F. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2016, Dalloz
- Fr. CHENEDE, « *Le nouveau droit des obligations et des contrats, Consolidation, Innovations, Perspectives* », 2018, Dalloz,
- J. CHEVILLOTTE, « Le louage de meubles corporels », thèse, 1935
- A.-S. CHONE-GRIMALDI, in Douville T. (dir.), « La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article », 2016, Gualino
- A.-S. CHONE-GRIMALDI, sous Article 1217, in Douville T. (dir.), « La réforme du droit des contrats. Commentaire article par article », 2^e éd., 2018, Gualino
- M.-J. CORNIL, « Droit romain - Traité élémentaire des droits réels et des obligations », Bruxelles, éd. Bruylant-Christophe, 1885
- G. CORNU, « Les biens », introduction, Montchrestien, 13^e éd., 2007
- G. CORNU, Association H. CAPITANT, « *Vocabulaire juridique* », PUF, 12^{ème} éd. 2018
- R. DEMOGUE, « *Traité des obligations en général* », t. 6, éd. : A. Rousseau, 1931
- C., DEMOLOMBE, « Traité des contrats ou des obligations conventionnelles et général », t. I, vol. 24, 1868
- C. DEMOLOMBE, « Cours de droit civil », tome treizième, livre III des contrats ou des obligations conventionnelles en général, éd. J. Stienon, 1873
- O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », 2016, LexisNexis
- O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, « Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », 2^e éd., 2018, LexisNexis
- W. DROSS, « Clausier – dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne », LexisNexis Litec, 2^{ème} éd.
- W. DROSS, « Clausier – dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne », LexisNexis Litec, 4^{ème} éd.
- M. FABRE-MAGNAN, « Droit des obligations – 1. Contrat et engagement unilatéral », 4^{ème} éd. : Thémis droit PUF 2016
- M. FABRE-MAGNAN, « Droit des obligations – 1. Contrat et engagement unilatéral », 5^{ème} éd. : Thémis droit PUF 2019
- B. FAGES, « *Droit des obligations* », LGDJ-Lextenso, 4^e éd., 2013
- B. FAGES, « *Droit des obligations* », L.G.D.J, 7^{ème} éd., 2017
- B. FAGES, « *Droit des obligations* », L.G.D.J, 10^{ème} éd., 2020
- J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR, E. SAVAUX, « *le rapport d'obligation* », 9^{ème} éd., t. 3, Sirey, 2015
- F. GAYOT DE PITAVALL, « Causes célèbres, curieuses et intéressantes, de toutes les Cours souveraines du royaume, avec les jugemens qui les ont décidées », t. CLL, vol. 151, 1787

J. GHESTIN, « Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat, Formation », Paris, LGDJ, 2^e éd., 1988
 J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, « *Les effets du contrat* », LGDJ, 2001
 D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 2^{ème} éd., 2016, Larcier, collection paradigme
 D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », manuels 4^{ème} éd., Bruylant, 2018, collection paradigme
 D. HOUTCIEFF, « *Droit des contrats* », 5^{ème} éd., 2021, éd. Bruylant, collection paradigme
 A. HUDELOT, E. METMAN, « Des obligations – Sources – Extinction – Preuve », éd. Delhomme et Briguet, 1894
 C. LACHIEZE, « *Droit des contrats* », 4^{ème} éd., ellipses
 M. LAMOUREUX, « clause limitative ou exclusive de responsabilité », in « Les principales clauses des contrats d'affaires », F. BUY ; M. LAMOUREUX ; J. MESTRE ; J.-Chr. RODA (sous la dir.), Lextenso, 2019
 M. L. LAROMBIERE, « traité théorique et pratique du Code civil. », 1885, T. I
 Ch. LARROUMET, S. BROS, « Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat », t. 3, Economica, 7^{ème} éd., 2014
 M. LATINA, « Contrat : généralités », mai 2017
 P. LE TOURNEAU, « Droit de la responsabilité et des contrats », Chap. 2213 – Agissements fautifs dans l'exercice des droits et abus de droit, 11^{ème} éd., Dalloz, 2018-2019
 Ph. LE TOURNEAU et M. POUMAREDE, « Bonne foi », Rép. civ. Dalloz
 P. MALINVAUD, « *Droit des obligations* », Lexisnexis Litec, 10^{ème} éd., 2007
 P. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, « *Droit des obligations* », 13^e éd., 2014, Lexisnexis
 P. MALINVAUD, D. FENOUILLET et M. MEKKI, « *Droit des obligations* », 14^{ème} éd., 2017, Lexisnexis
 Ph. MALINVAUD, M. MEKKI, J.-B. SEUBE, « *Droit des obligations* », 15^{ème} éd., 2019, Lexisnexis
 Ph. MALINVAUD, H. PERINET-MARQUET, « Marchés privés de travaux : obligations de l'entrepreneur », Dalloz action, Dr. de la constr., dossier 402, 2018/2019
 Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, « Les obligations », Defrénois, 3^{ème} éd. 2005
 P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 8^{ème} éd., 2016
 P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « *Droit des obligations* », LGDJ, 9^{ème} éd., 2017
 P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 10^{ème} éd., 2018
 P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, « *Droit des obligations* », L.G.D.J., 11^{ème} éd., 2020
 Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, « *Les contrats spéciaux* », LGDJ, 9^{ème} éd., 2017
 C. MAYNZ, « *Eléments de droit romain* », t. second, Bruxelles, 1855
 B. MERCADAL, « *Réforme du droit des contrats* », 2016, Francis Lefebvre
 J. MESTRE, « Les principales clauses des contrats d'affaires », J. MESTRE et J.-Chr. RODA (sous la dir.), Lextenso, 2011
 J.-M. MOUSSERON, P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J.-B. SEUBE, « Technique contractuelle », 4^{ème} éd. 2010, Francis Lefebvre
 M. PLANIOL, « *Traité élémentaire de droit civil* », 11^{ème} éd., F. Pichon et R. Durand-Auzias, 1931, t. 2
 R.-J. POTHIER, « *Traité des obligations* », 1805, t. 1^{er}
 R.-J. POTHIER, « *Traité des obligations* », 1824, 1^{ère} partie
 G. RIPERT, « *Le déclin du droit* », Paris, L.G.D.J., 1949
 P. ROUBIER, « *Théorie générale du droit* », Paris, Sirey, 1951
 SALEILLES, « *La théorie générale de l'obligation* », la mémoire du droit, 3^{ème} éd., 1914
 M. de SAVIGNY, « *Le droit des obligations.* », t. 1, 1863
 A. SERIAUX, « *Droit des obligations* », PUF, Droit fondamental, 2^{ème} éd. 1998
 H. SOLUS et R. PERROT, « *Droit judiciaire privé* », 1961, Sirey, t. 1, 1289
 B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, « *Droit civil, Les obligations, 2. Contrat* », t. 2, Litec, 6^{ème} éd., mai 1998
 F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, « *Droit civil, Les obligations* », Dalloz, 2005
 F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, « *Droit civil : les obligations* », préc. Dalloz, 11^{ème} éd., 2013
 C.B.M. TOULLIER, « *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code Napoléon* », éd. J.-M. Vatar (Rennes), 1811-1820, t. VI
 Ph. le TOURNEAU, « *Droit de la responsabilité et des contrats* », 2014, Dalloz Action
 F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, « *Cours de droit civil, Contrats, Théorie générale - Quasi-contrats* », PUF, 2014

II. OUVRAGES SPECIAUX, THESES ET MONOGRAPHIES

M.-E. ANCEL, « La prestation caractéristique du contrat », thèse, préf. L. AYNES, Economica, 2002

- F. ANCEL, B. FAUVARQUE-COSSON, J. GEST, « *Aux sources de la réforme du droit des contrats* », Dalloz, janv. 2017
- C. ANDRE, « Le fait du créancier contractuel », thèse, LGDJ, 2002
- K. ASUNCION DE LA PLANES, « La réfaction du contrat », thèse, LGDJ, 2006
- H. AZEMAR, « *Du contrat synallagmatique* », Montpellier : Imprimerie centrale du midi (Hamelin Frère), thèse, 1900
- A. BENABENT, « La bonne foi dans l'exécution du contrat », in travaux de l'association H. Capitant, Travaux Louisiana 1992, La bonne foi, t. XLIII, 1994, Litec
- A. BENABENT, « Un an d'application de la réforme des contrats. Quel impact sur la pratique notariale ? », sous la coordination de M. GRIMALDI et C. VERNIERES, 1ère éd., 2017, Defrénois
- J. BENREDOUANE, « *La renonciation en droit de l'aide sociale : recherche sur l'effectivité des droits sociaux* », UBFC, thèse, 2018
- G. BERLIOZ, « Le contrat d'adhésion », thèse, LGDJ, 1973
- J. M. BOILEUX, « Commentaire sur le Code civil, contenant l'explication de chaque article séparément », 5ème éd., t. II, Paris Joubert, librairie de la cour de cassation, 1843
- L. BOYER, « La clause de dédit », Mélanges P. RAYNAUD, Dalloz 1985
- L. BOYER, « La notion de transaction - Contribution à l'étude des concepts de cause et d'acte déclaratif », thèse, recueil sirey, 1947
- J.D BREDIN, « *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé français* », in Travaux de l'association Capitant 1963
- C.-E. BUCHER, « L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif », ét. de dr. comparé, préf. L. Leveneur, vol. 102, Nouv. bibl. de thèses, Dalloz, 2011
- L. CADIET, « *Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice : in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels* », PUAM, 1990
- J. CARBONNIER, « *Les renonciations au bénéfice de la loi en droit privé. Rapport général* », Paris, Dalloz, TAHC, 1963, t. XIII
- C. CARON, « Abus de droit et droit d'auteur », Thèse, LGDJ, 1998
- R. CASSIN, « *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution* », thèse, Paris : L. Tenin, 1914
- P. CATALA, « Des contrats déséquilibrés », étude F.-C. Jeantet, LexisNexis, 2010
- C. CHABAS, « *L'inexécution licite du contrat* », Thèse, LGDJ, 2002
- S. CHAUDOUET, « Le déséquilibre significatif », thèse, 2018
- F. CHENEDE, « De l'autonomie de la volonté à la justice commutative, Du mythe à la réalité », Annuaire de l'Institut Michel Villey, vol. 4, 2012
- M. COIPEL, « *Éléments de théorie générale des contrats* », Bruxelles 1999
- F. COLLART DUTILLEUL et C. COULON (dir.), « Le renouveau des sanctions contractuelles », coll. Études juridiques, Economica 2007
- P. COLLOMB, « Demeure et mise en demeure en droit privé », thèse, 1974
- F. COLOMBAN, « L'excès de pouvoir contractuel », thèse, 1935
- N. COUMAROS, « Le rôle de la volonté dans l'acte juridique, Etude critique de la conception classique », thèse, Recueil Sirey, 1931
- A.-S. COURDIER-CUISINIER, « Le solidarisme contractuel », Litec, 2006, vol. 27
- L. COURTEAUD, « La notion de force majeure en matière de responsabilité contractuelle et délictuelle », thèse, 1935
- Ph. DELEBECQUE, « *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats* », thèse, 1981
- J. DELOUME, « *Caractères généraux communs aux quatre contrats consensuels, classifications diverses qu'on peut établir entre eux* », Librairie de la société du recueil général des lois & des arrêts, Dir. de la librairie : L. Larose, 1899
- J. DEPREZ, « Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et droit commercial français », Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la culture Française, 1964, Obligations contractuelles
- G. DEREUX, « De la nature juridique des contrats d'adhésion », thèse, 1910
- R. DESGORCES, « La bonne foi dans le droit des contrats rôle actuel et perspectives », thèse, 1992
- M. DOMERGUE, « Étude d'ensemble sur le contrat d'adhésion », thèse, 1935
- R. DRAGU, « De l'exécution en nature des Contrats », thèse, Paris : Domat-Montchrestien F. Loviton & Cie, 1936
- A.-S. DUPRE-DALLEMAGNE, « *La force contraignante du rapport d'obligation : (recherche sur la notion d'obligation)* », thèse, 2003
- P.-J. DURAND, « *Des conventions d'irresponsabilité* », thèse, 1931
- E. DEBILY, « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires », thèse, 2002

M. FABRE-MAGNAN, « De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie générale », thèse, LGDJ, 1992

B. FAGES, « Le comportement du contractant », thèse, PUAM, 1997

S. FARNOCCHIA, « L'excuse contractuelle : étude de l'inexécution fortuite du contrat », Thèse, 1994

B. FAUVARQUE-COSSON, « *Libre disponibilité des droits et conflits de lois* », Thèse, L.G.D.J, 1996

B. FAUVARQUE-COSSON, « L'ordre public », in le Code civil, un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004

D. FENOUILLET in D. FENOUILLET, dir., « Droit de la consommation, Droit interne et européen », Dalloz action 2021/2022

G. FOREST, « Essai sur la notion d'obligation en droit privé », préf. F. LEDUC, Dalloz, vol. 116

A. FOUILLEE, « La science sociale contemporaine », Paris Hachette, 1880

P. GAIARDO, « *Les théories objective et subjective du contrat. Étude critique et comparative (droits français et américain)* », LGDJ, thèse 2020

S. GAUDEMET, « La clause réputée non écrite », thèse, préf. Y. LEQUETTE, Economica, 2006

T. GENICON, « *La résolution du contrat pour inexécution* », Thèse L.G.D.J, 2007

F. GENY, « *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique* », préf. R. Saleilles, 1ère éd., 1899

J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, « *Les effets du contrat* », LGDJ, 2001

J. GHESTIN, « Cause de l'engagement et validité du contrat », L.G.D.J, 2006

S. GINOSSAR, « *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux* », 1960, LGDJ

G. GIRARD, « De la "Stipulatio poenae" en droit romain. De la Clause pénale en droit français. », thèse, 1877, Paris, imprimerie Moquet

B. GIRARD, « Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux », thèse, LGDJ, 2015

E. GOUNOT, « *Le principe de l'autonomie en droit privé, étude critique de l'individualisme juridique* », thèse, 1912

C. GRIMALDI, « Leçons pratiques de droit des contrats », LGDJ, 2019

P. GROSSER, « *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification* », Thèse, Tome II, 2000

G. GRAMMATIKAS, « *Théorie générale de la renonciation en droit civil* », 1971, LGDJ

L. GRYNBAUM, M. NICOD, « Le solidarisme contractuel », Economica, 2004

C. GUETTIER, Ph. Le TOURNEAU, C. BLOCH, A. GIUDICELLI, J. JULIEN, D. KRAJESKI, M. POUMAREDE, « Droit de la responsabilité et des contrats », Dalloz action 2021/2022, 12^{ème} éd.

M. HAURIOU, « *Principes de droit public* », Librairie de la société du recueil Sirey : L. Ténin, Paris, 2^{ème} éd., 1916

G. HELLERINGER, « *Les clauses du contrat* », Thèse, 2010

A.-A. HYDE, sous la dir. de E. VERGES, « Clauses relatives à l'intuitu personae », Hors coll. Contrats sur la recherche et l'innovation (Dalloz)

A. IKONOMOU, « *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires* », Collection dirigée par J. RAYNARD, actes du colloque tenu le 24 mars 2017 à l'Université de Lyon 2, LexisNexis

R. JABBOUR, « *La bonne foi dans l'exécution du contrat* », thèse, 2016, LGDJ

Ph. JACQUES, « Regards sur l'article 1135 du Code civil », Dalloz, collect. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 10 mars 2005

B. JALUZOT, « La bonne foi dans les contrats : Etude comparative des droits français, allemand et japonais », thèse, Dalloz, 2001

Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », Mélanges Ghestin : LGDJ 2001

Ch. JAMIN et D. MAZEAUD, « L'unilatéralisme et le droit des obligations », Economica, coll. Etudes juridiques, LGDJ 1999

Ch. JAMIN, D. MAZEAUD, « La nouvelle crise du contrat », Economica, 2003

R. JAPIOT, « Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle », thèse, 1909, Rousseau

Ph. JESTAZ, « Autour du droit civil. Écrits dispersés - idées convergentes. », Dalloz, 2005

L. JOSSERAND, « De l'esprit des droits et de leur relativité », 1927, Dalloz, 2e éd., 2006

L. JOSSERAND, « Relativité et abus de droit », in « Évolutions et actualités, conférences de droit civil, Sirey 1936

Y.-M. LAITHIER, « *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat* », Thèse, L.G.D.J, 2004

M. LAMOUREUX, « *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants : recherche sur un possible imperium des contractants* », Thèse, LGDJ, Tome I et II, 2006

G. LARDENNOIS « *De l'application de l'article 1384, § I (responsabilité du fait des choses) en matière contractuelle* », thèse, Paris : F. Loviton, 1935

A.-S. LAVEFVE LABORDERIE, « *La pérennité contractuelle* », thèse, L.G.D.J., 2005

A. LEBORGNE, « Voies d'exécution et procédures de distribution », Dalloz 2019, 3^{ème} éd.

S. LESSONA, « *Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil* », L. Larose et L. Tenin (Paris), 1912

M. LEVENEUR-AZEMAR, « Etude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité », thèse, 2016

R. LIBCHABER, « Demeure et mise en demeure en droit français – Rapport français » in Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, études de droit comparé (sous la dir. de M. FONTAINE, G. VINEY), Bruxelles, Bruylant, t. XXXII, 2001

G. LOISEAU, « Contrats et obligations - Le respect des morts et l'ordre public virtuel : le jusnaturalisme de la Cour de cassation », JCP G., n° 46-47, 10 nov. 2014

V. LONIS-APOKOURASTOS, « La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature », 2003, PUAM

P. LOKIEC, « Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels », Thèse, L.G.D.J, 2004

Ph. MALAURIE, « L'ordre public et le contrat », Thèse, 1953

Ph. MALAURIE, « Les contrats contraires à l'ordre public - étude de droit civil comparé : France, Angleterre, URSS », éd. Matot-Braine, 1953

C. MALECKI, « L'exception d'inexécution », Thèse, LGDJ, 1999

L. MARIE, « Du cas fortuit et de la force majeure dans les contrats de droit civil », thèse, 1896

M. MARKOVITCH, « La théorie de l'abus des droits en droit comparé », LGDJ, 1936

J. MARSON, « L'abus du droit en matière de contrat », thèse, Paris : A. Rousseau, 1935

J. MARTIN DE LA MOUTTE, « L'acte juridique unilatéral : essai sur sa notion et sa technique en droit civil », préf. RAYNAUD, 1951, Sirey

C. MARUANI, « La clause pénale », thèse, 1935, imprimerie de Tunis

L. MAURIN, « Contrat et droits fondamentaux », thèse, LGDJ, 2013

J. MAURY, « Essai sur la notion d'équivalence en droit civil français », thèse, 1920

D. MAZEAUD, « La notion de clause pénale », thèse, LGDJ 1992

D. MAZEAUD, « La protection par le droit commun des contrats », in Les clauses abusives entre professionnels, Economica, 1998

D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », mélanges en hommage à Fr. TERRE, l'avenir du droit, Dalloz PUF JCl., 1999

D. MAZEAUD, « La politique contractuelle de la Cour de cassation », Mélanges en l'honneur de Ph. JESTAZ, Dalloz 2006

M. MEKKI, « L'intérêt général et le contrat – Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé », thèse, LGDJ, 2003

M. MEKKI, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », D. 2015

F. MELLERAY, « Recours pour excès de pouvoir : moyens d'annulation », Dalloz, janv. 2007

J. MESTRE, « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », in « le juge et l'exécution du contrat », PUAM, 1993

J. MESTRE, « Pour un principe de bonne foi mieux précisé », RLDC 2009/58

J. MESTRE, « Les principales clauses des contrats d'affaires », J. MESTRE et J.-Chr. RODA (sous la dir.), Lextenso, 2011

J. MESTRE, « Les principales clauses des contrats d'affaires », 2^{ème} éd., 2018, Lextenso

A. MIGNON-COLOMBET, « L'exécution forcée en droit des sociétés », préf. Y. GUYON, 2004, Economica

M. MIGNOT, JCl. Civil Code, Art. 1603 à 1623, fasc. 20

N.H MOGRABI, « La mise en demeure », thèse, 1976

S.-K. MYOUNG, « La formalité délai-supplémentaire dans la résolution du contrat », in Etudes offerte à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^{ème} siècle

F. PARAISO, « Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle », Aix-en-Provence, PUAM, 2011

Ch. PAULIN, « La clause résolutoire », Thèse, LGDJ, 1996

C.-M. PEGLION-ZIKA, « La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation », thèse, 2013

A. PELISSIER, « La participation des droits fondamentaux à la construction d'un droit européen des contrats », in « Le contrat en Europe aujourd'hui et demain », Société de Législation comparé, coll. Droit privé comparé et européen, vol 8, 2008

C. PERES-DOURDOU, « La règle supplétive », thèse, LGDJ, 2004

H. PERINET-MARQUET, Dossier 402 – Marchés privés de travaux : obligations de l'entrepreneur, œuvre collective sous la dir. de Ph. MALINVAUD, Dalloz action 2018/2019, Droit de la construction

Y. PICOD, « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », thèse, LGDJ, 1988

Y. PICOD, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in Le juge et l'exécution du contrat (ss dir. J. Mestre) : PU Aix-Marseille, 1993

J.-F. PILLEBOUT, « Recherches sur l'exception d'inexécution », LGDJ, coll. bibl. dr. privé, 1971, t. 119

R. PONCEAU, « La volonté dans le contrat suivant le Code civil, Essai d'une construction nouvelle », thèse, Paris Rousseau, 1921

C. POPINEAU-DEHAULLON, « Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Etude comparative », thèse, LGDJ, 2006

M. POUMAREDE, « Droit de la responsabilité et des contrats » (sous la dir. de Ph. LE TOURNEAU), Dalloz action 2018/2019, 11^{ème} éd.

M. POUMAREDE, « Droit de la responsabilité et des contrats » (sous la dir. de Ph. LE TOURNEAU), Dalloz action 2021/2022, 12^{ème} éd.

V. RANOUIL, « L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept », Paris, PUF, 1980

J. RAYNAUD, « *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés* », thèse, 2001

S. REIFEGERSTE, « Pour une obligation de minimiser le dommage », thèse, PUAM, 2002

J. ROCHFELD, « Cause et type de contrat », thèse, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1999

J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Le contrat au début du XXIème siècle*, Etudes GHESTIN, LGDJ 2001

R. RODIERE, « *Traité de droit des transports terrestres, fluviaux et aériens* », Sirey, 1^{ère} éd. 1955

M.E. ROUJOU DE BOUBEE, « *Essai sur la notion de réparation* », Thèse, L.G.D.J, 1974

D. SALAS, « Libre cours : Que cache l'expression juridique « de plein droit » ? », *Le droit en débats*, Dalloz action, 17 avr. 2020

R. SALEILLES, « De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand », Paris, Pichon, 1901

N. SAUPHANOR, « L'influence du droit de la consommation sur le système juridique », thèse, LGDJ, 1998

J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « *Jurisprudence française - Droit des contrats* », Litec 1989

S. SCHILLER, « *Les limites de la liberté contractuelle en droit des sociétés - les connexions radicales* », thèse, LGDJ, 2002

R. SEFTON-GREEN, « La notion d'obligation fondamentale : comparaison franco-anglaise », thèse, L.G.D.J, 2000

L. SICHEL, « La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile », thèse 2011

P. STOFFEL-MUNCK, « *L'abus dans le contrat – essai d'une théorie* », Thèse, L.G.D.J, 2000

F.X. TESTU, « *Contrats d'affaires* », Dalloz Référence, éd. 2010 -2011

M. TIREL, « L'effet de plein droit », thèse, Dalloz, 2018

Ph. le TOURNEAU, « *Contrats préparatoires* », Dalloz référence contrats du numérique, chap. 114, 2022/23

G. VINEY, « *Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français* », in M. FONTAINE, G. VINEY, « *les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles* », Etude de droit comparé , Bruylant, LGDJ, 2001, p. 167

M. WALINE, « L'individualisme et le droit », éd. Domat Montchrestien, 1945

P. WERY, « L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (Essai). Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil », préf. I. Moreau-Margrève, Kluwer, coll. Scientifique de la faculté de droit de Liège, 1993

III. ETUDES, ARTICLES ET CHRONIQUE

D. ALLIX, « Réflexions sur la mise en demeure », JCP G 1977, I, 2844

D. AMMAR, « Contrat d'entreprise - Action directe du sous-traitant : une lettre ne peut suppléer à l'absence d'envoi d'une copie de la mise en demeure », JCP, n° 39, 25 sept. 1996, II 22696

S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », Defrénois 2003

P. ANCEL, « *Critères et sanction de l'abus en matière contractuelle* », Cah. dr. entr. 1998

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

P. ANCEL, « Les sanctions de l'inexécution contractuelle dans le nouveau Code civil roumain : influences croisées », in F.-A. BAIAS et R. DINCKA (dir.), *Le nouveau Code civil roumain : vu de l'intérieur – vu de l'extérieur*, 2014, Universitati Bucuresti

N. ANCEL, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », RDC 2016

P. ANCEL, « Imprévision et bonne foi en droit québécois », RDC 2017

B. ANCEL, « Les contrats français et américains face au Covid-19 : un futur nimbé d'incertitudes ? », AJ contrat, 2020

L. ANDREU, L. THIBIERGE, « Présentation générale » AJ contrat 2018

L. ANDREU, « Le nouveau contrat d'adhésion », AJ contrat 2018

C. AUBERT DE VINCELLES, « Pour une généralisation, encadrée, de l'abus dans la fixation du prix », Recueil Dalloz 2006

C. AUBERT DE VINCELLES, JCl. Europe, Fasc. 2010, « Protection des intérêts économiques des consommateurs »

C. AUBERT DE VINCELLES, C. NOBLOT, « Bail », Rép. dr. immo. sept. 2018

Y. AUGUET, « Au nom de la cause (...), vive la généralisation du critère de proportionnalité ! », Dr. et patr. mars 2001

A. AYNES, « Accroissement du pouvoir de la volonté individuelle », in L'inexécution des contrats, Dr. et patr. juin 2016. 49

L. AYNES, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », Dr. et patr., Lamy, 2004

L. AYNES, « Motivation et justification », RDC 2004

H. BARBIER, « La force de la mention « de plein droit » des clauses résolutoires », RTD Civ. 2015

J.-D. BARBIER, « Application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux : le contrat d'adhésion », Gaz. Pal. 2016

H. BARBIER, « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », RTD civ. 2016.247

H. BARBIER, « L'exécution et la sortie du contrat », RDC 2018, hors-série

H. BATIFFOL, « Les contrats en droit international privé comparé », Montréal, McGill University, Institut de droit comparé, 1981

M. BEHAR-TOUCHAIS, « Existe-t-il un principe de proportionnalité ? », Rapport introductif, LPA, 30 Sept. 1998

M. BEHAR-TOUCHAIS, « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », JCP 2015, doct. 603

M. BEHAR-TOUCHAIS, « Construction-Urbanisme - La proportionnalité conquérante », JCP G. n° 3, 18 janv. 2016

M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », JCP E, 2016

A. BENABENT, « Les nouveaux mécanismes », RDC 2016, n° Hors-série

A. BENABENT, « Un an d'application de la réforme des contrats. Quel impact sur la pratique notariale ? », sous la coordination de M. GRIMALDI et C. VERNIERES, 1^{ère} éd., 2017, Defrénois

S. BERNHEIM-DESVAUX « Droit de la consommation - Plaidoyer en faveur d'un renforcement des sanctions civiles en droit de la consommation Partie 2 : Approche prospective des sanctions civiles », CCC n° 2, févr. 2019, étude 2

C. BERRIAT-SAINT-PRIX, « Notes élémentaires sur le code civil », t. 2, 1845

J. BERTHOUD, « Contentieux de la fonction publique », JCl. Administratif, 2 mars 2004

S. BERTOLASO, JCl. Civil Code, Art. 1231 à 1231-7 - Fasc. 20 : Régime de la réparation. – Modalités de la réparation. - Règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle. – Inexécution d'une obligation en argent, 2 mars 2020

F. BICHERON, « N'abusons pas de la clause abusive », Gaz. Pal. 30 avril 2015

N. BLANC, « *Le juge et les standards juridiques* », RDC 2016

J.-P. BLATTER, « *Baux commerciaux* » - Décret du 30 septembre 1953. - Congé. - Forme. - Acte extrajudiciaire, AJDI 1997

B. BOCCARA, « La liquidation de la clause pénale et la querelle séculaire de l'article 1231 du Code civil », S.C.P. 1970.12294

B. BOCCARA, « La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire », JCP. 1975.I.2742

R. BOFFA, « Juste cause (et injuste clause) », D. 2015

Th. BONNEAU, « Mise en demeure », in Rép. civ. Dalloz

J.-S. BORGHETTI, « Fixation et révision du prix », RDC 2018, n° Hors-série

J. BORRICAND, « *La clause résolutoire expresse dans les contrats* », RTD civ. 1957

B. BOUBLIL, « Contrat d'entreprise », Rép. dr. civ. (Dalloz), nov. 2016

H. BOUCARD, « Responsabilité contractuelle », Rép. de dr. civ., juill 2018

N. BOUCHE, « L'obligation de surveillance de la personne du créancier », LPA 14 mars 2003

M. BOURASSIN, « L'emprise inéluctable des juges sur le nouveau droit des contrats », LPA 30 déc. 2016

J-D BRETZNER, « *Contrats et obligations - Les conditions de l'exception d'inexécution par anticipation* », JCP G, 26 sept. 2016

S. BROS, « La force majeure », Dr. et patr., n°259, 1^{er} juin 2016

G. BRUNAU, « *Droit des contrats - La clause de non-recours* », CCC, n° 7, juill. 2019, form. 7

C. E. BUCHER, « La clause de renonciation anticipée à la résolution judiciaire », Contrat de vente, C.C.C., n° 6, juin 2020, form. 6

C. BUCHER, « Contrat – Les clauses relatives à la résolution par notification », CCC n° 4, avr. 2021, form. 4

M. BURGARD, « L'avènement de la notion d'obligation essentielle dans le contrat », LPA, 22 sept. 2010

J.-F. BURGELIN, « La situation spécifique de la matière pénale », in Le temps dans la procédure, sous la dir. de J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE, 1996

F. BUY, Lamy droit du contrat, sous la dir. de B. FAGES, P. FLEURY, J. MESTRE

L. CADIET, « *La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale* », Rev. arb. 1996. 3

L. CADIET ; P. le TOURNEAU, « Abus de droit », R. dr. civ. Dalloz, juin 2015

Ch. CANTIE, « Contrat de concession – Opportunité et implications du recours au contrat global », 1^{er} févr. 2020, JCl. Coll. territoriales Fasc. 595

R. CASSIN, « *Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution* », Rev. trim. dr. civ. 1945

Ph. CASSON, « Dommages et intérêts », Rép. dr. civ., févr. 2017

A. CATHELINÉAU, « Le retard en droit civil (1^{ère} partie) », LPA 28 août 1998

G. CATRALANO-CLOAREC, « Le déséquilibre significatif : l'intangibilité du contrat n'est plus, place à la justice contractuelle ! », LEDC mars 2016

V. CAVALLERI, J.-F. GERKENS, « Aux origines de l'adage *Dies interpellat pro homine* », RDC 2014

N. CAYROL, JCl. Voies d'exécution, fasc. 223 : mise en demeure. Sommat. – Régime de l'acte de mise en demeure, 14 sept. 2015

N. CAYROL, JCl. Civil Code, Art. 1344 à 1344-2 - Fasc. unique : régime général des obligations. – Extinction des obligations. – Mise en demeure du débiteur, 7 mai 2018

G. CERQUEIRA, « Technique contractuelle - Les clauses de communication », CCC n° 5, Mai 2021, dossier 11

F. CHABAS, « La réforme de la clause pénale », D. 1976, chron. 229

C. CHABAS, « Résolution – Résiliation », Rép. dr. civ. (Daloz), oct. 2010

G. CHABOT, « Mise en demeure », rép. dr. civ. (Daloz), sept. 2015

M. CHAGNY, « Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif », AJCA 2016

G. CHAMPENOIS, « *Notaire - Nouveau droit des contrats, nouvelles pratiques notariales, synthèse* », JCP N. et Im. n° 17, 28 avr. 2017

G. CHANTEPIE, « La réforme en pratique – les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats », AJCA 2015

G. CHANTEPIE, « Contrat : effets – Contenu du contrat », janv. 2018, Rép. dr. civ.

G. CHANTEPIE, N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Déséquilibre significatif », Rép. dr. civ., mai 2019

S. CHASSAGNARD-PINET, « Le vocabulaire », RDC 2016

P. CHAUVIN, « Contrôle de proportionnalité : « Une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne », Gaz. Pal., 6 déc. 2016

E. CHAVANCE, « *Sur l'obligation de délivrance et la clause de prise des locaux en l'état* », JCP E, n° 15, 9 avr. 2009, 1371

F. CHENEDE, « Les conditions d'exercice des prérogatives contractuelles 1 », RDC 2011

F. CHENEDE, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », D. 2015

F. CHENEDE, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », RDC 2015

F. CHENEDE, « Le contrat d'adhésion de l'article 1110 du Code civil », JCP, n° 27, 4 juill. 2016, 776

F. CHENEDE, « *La réduction du prix* » RDC, 15 sept. 2017

D. COHEN, « La bonne foi contractuelle : éclipse et renaissance », in « 1804-1904, Le code civil, un passé, un présent, un avenir », 2004, Dalloz

F.-J. CREDOT et Th. SAMIN, « Prêt - Déchéance du terme : nécessité d'une mise en demeure en l'absence d'une disposition expresse contraire », RD banc. fin. n° 6, nov. 2015, comm. 183

A. CRISTAU, « Grève dans le secteur privé – effet de la grève sur les relations commerciales », Rép. de dr. du trav., janv. 2008

N. CUZACQ, « La notion de riposte proportionnée en matière d'exception d'inexécution », LPA, 7 mai 2003

B. DAILLE-DUCLOS, « Clauses limitatives de responsabilité Un nouvel avenir ? », JCP E, n° 38, 23 sept. 2010

Ch. DELANGLE, « Le nouveau dispositif du Code civil consacré au contrat d'adhésion », JCP E 2017, 1452

Ph. DELEBECQUE, « L'exécution forcée », RDC 2006

Ph. DELEBECQUE, « Prerogative contractuelle et obligation essentielle », RDC, 1 avr. 2011

Ph. DELEBECQUE, « clauses d'allègement des obligations », JCl. Contrats – Distribution, fasc. 110, 5 avr. 2012

P. DELEBECQUE, « *L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat* », Dr. et patr., 2016

J.-M. DELPERIER et G. DURAND-PASQUIER, « Contrats et obligations - L'équilibre du contrat (clauses de prix, clause abusive...) », JCP N, n° 47, 20 nov. 2015, 1209

A. DESGORCES, « La proportionnalité dans le droit des contrats », JCP E n° 47, 20 nov. 2003

O. DESHAYES, « *La renonciation anticipée à la résolution judiciaire est valable* », LEDC Déc. 2011

O. DESHAYES, « L'exception d'inexécution doit-elle être proportionnée ? », RDC 2016

O. DESHAYES, « La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016 », RDC 2019

R. DIJOUX, « *La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux* », LPA, 27 oct. 2011

N. DISSAUX, « Les nouvelles sanctions en matière contractuelle », AJ contrat

N. DISSAUX, « Clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte », in Réforme du droit des contrats : le débat, Dr. et patr., oct. 2014

J.-M. DO CARMO SILVA, « Forme impérative du congé et responsabilité contractuelle du bailleur malveillant », LPA 26 mars 1999

O. DORCHIES, « *Pratique contractuelle. La clause de suspension du service dans les contrats informatiques et télécoms* » CCC, oct. 2016

Ph. DUPICHOT, « Regards (bienveillants) sur le projet de réforme du droit français des contrats », in *Projet de réforme du droit des contrats : regards croisés*, Dr. et patr., mai 2015

S. DURRANDE, D. MARTIN, « *Droit d'auteur. Exploitation des droits. – Dispositions particulières à certains contrats. Contrat de commande (CPI, art. L. 131-1 à L. 131-9)* », JCl. civ., fasc. 1342

M. DAGOT, « *La renonciation anticipée à l'action résolutoire de la vente d'immeuble* », JCP N, n° 40, 3 oct. 1986

F. DAVID, « De la mise en demeure », in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1939

Ph. DELEBECQUE, « Prérogative contractuelle et obligation essentielle », RDC 2011

Ph. DELEBECQUE, Fasc. 110 : clauses d'allègement des obligations, *JurisClasseur Contrats – Distribution*, 5 avr. 2012

Ph. DELEBECQUE, Fasc. 22 : Régime de la réparation. – Modalités de la réparation. – Règles particulières à la responsabilité contractuelle. – Clause pénale, JCl. Civil Code, art. 1231 à 1231-7, 5 avr. 2018

Ph. DELEBECQUE, « *L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat* », Dr. et Patr., 1^{er} juin 2016

C. DELOBEL, « L'obligation essentielle à hue et à dia », LPA 19 janv. 2012

C. DENIZOT « *Baux dérogatoires et renonciation au statut des baux commerciaux* », AJDI 2004

O. DESHAYES « *Exception d'inexécution* » Rep. civ. Dalloz, janvier 2011

O. DESHAYES « *Exception d'inexécution* » Rép. dr. civ. (Dalloz), juillet 2018

O. DESHAYES, « La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016 », RDC 2019

N. DISSAUX, « L'essai en matière de franchise », RTD com. 2015.403

N. DISSAUX, « Centrales et groupements d'achat et de référencement – Relations internes », Rép. dr. com., juin 2016

N. DISSAUX, « Contrat : formation – Détermination des conditions », Rép. dr. civ., avr. 2017

J.-M. DO CARMO SILVA, « Forme impérative du congé et responsabilité contractuelle du bailleur malveillant », LPA 26 mars 1999

F. DOURNAUX, « L'appréciation du bien-fondé de la résolution unilatérale », RDC juin 2021

M.-P. DUMONT avec Ph. GRIGNON et R. LOIR, sous la dir. de J.-B. SEUBE, « Contrats et obligations - Technique contractuelle », JCP E, n° 30, 26 juill. 2018

Ph. DUPICHOT, « *Les principes directeurs du droit français des contrats* », RDC 2013

Ph. DUPICHOT, avec la collaboration de J.-D. BRETZNER et M. THOMAS, « Contrats et obligations - User des prérogatives contractuelles », JCP E, n° 25, 23 juin 2016, 1375

G. DURAND-PASQUIER, O. HERRNBERGER, « Vente d'immeubles à construire et réforme du droit des contrats », JCP N, n°30-34, 28 juill. 2017

A.-S. EPSTEIN, « La recodification du droit français des contrats et le droit européen », *revue des juristes de science po*, n°12, déc. 2016, act. 127

A. ETIENNEY, JCl Contrats – Distribution, fasc. n° 175 : Extinction du contrat – Les causes, 10 janv. 2019

A. FABRE, « Contrat de travail à durée indéterminée : rupture – licenciement – droit commun – Étapes de la procédure », Rép. dr. tr., avr. 2020

M. FABRE-MAGNAN, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », RDC 2004

B. FAGES, « *Force d'une clause de résiliation unilatérale* », RTD civ. 2001. 584

M. FAURE-ABBAD, « Article 1222 : faculté de remplacement », p. 784, RDC, 1^{er} sept. 2015

F. FAVENNEC, « La hiérarchie des normes en droit du travail : rupture ou continuité », SSL 2016

D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », RDC 2011

D. FENOUILLET, « Le juge et les clauses abusives », RDC 2016

D. FERRIER, « *La détermination du prix : les apports au droit commun des obligations* », RTD com. 1997

L. FIN-LANGER, « Suspension du contrat de travail : règles générales », Rép. de dr. du trav., avr. 2019

V. FORRAY, « Précisions sur le domaine de la mise en demeure en cas d'inexécution du contrat », Dr. et patrimoine 2007

V. FORTI, « *Exécution forcée en nature* », Rép. droit civil, oct. 2016

N. FRICERO, JCl. N., Fasc. 10 : Désistement, 26 oct. 2018

M.-A. FRISON-ROCHE, « *Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique* », RTD civ. 1998. 43

G. FRIZZI, C. COULON, « *Vente. – Responsabilité du vendeur* », JCl. Responsabilité civile et Assurances, Fasc. 480, 28 Août 2015

V.M. FROMONT, « Le principe de proportionnalité », AJDA 1995

H. FULCHIRON, « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », D. 2017

P.-Y. GAHDOUN, JCl. Civil, V° Libertés, Fasc. 20 : Libertés. – Liberté contractuelle, 19 déc. 2019

E. GARAUD, S. CASTILLO-WYSZOGRODZKA, « Vente : effets - obligations de l'acheteur », JCP C, Fasc. 301, 7 juin 2017

E. GARRAUD, « L'absence de mise en demeure ne rend pas irréparable le préjudice né d'une inexécution contractuelle certaine », Rev. Lamy dr. civ. 2007/43

J. GATSI, mis à jour par Th. GENICON, JCl. Contr. Distr., Fasc. 290 : Vente commerciale. – Obligation de délivrance du vendeur. – Mise à disposition de la chose, 20 avr. 2009

J. GATSI, actualisé par J.-D. PELLIER, JCl. Contrats – distribution, fasc. 310, « Vente. – Obligation de délivrance du vendeur. – Sanction de l'inexécution », 16 juill. 2018

S. GAUDEMET, « Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil », CCC, n°5, mai 2016, dossier 5

M. GAUTIER, F. MELLERAY, « Sources internationales et hiérarchie des normes », JurisClasseur Administratif, Fasc. 21, 28 avr. 2013

P.-Y. GAUTIER, « Une étrange garantie de passif est l'occasion d'un arrêt doctrinal sur la bonne foi contractuelle », D. 2007

P.-Y. GAUTIER, « La hiérarchie inversée des modes de résolution du contrat », Dr. et patr. 2014

P.-Y. GAUTIER « Contrats et obligations - La réduction proportionnelle du prix. Exercices critiques de vocabulaire et de cohérence », JCP G, 12 sept. 2016, 947

F. GEA, « Prise d'acte de la rupture – La prise d'acte, rupture de droit », Rép. dr. du trav., juill. 2019

Th. GENICON, « Le régime des clauses limitatives des réparation : état des lieux et perspectives », RDC 2008

T. GENICON, « Ce que les régimes comparés de la clause pénale et de la clause de dédit nous disent de la force obligatoire du contrat », RDC, sept. 2015

Th. GENICON, « Obligation d'exécuter le contrat de bonne foi : beaucoup de modération », RDC 2017

Th. GENICON, « Droit des contrats - Table ronde : Les défis du droit des contrats », L. LEVENEUR, L. BALLONE-BURINI, F. BAUMGARTNER, Th. GENICON, Claire-Marie PÉGLION-ZIKA, L. POULET, CCC, n° 12, déc. 2020, dossier 12

E. GICQUIAUD, « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », RTD com. 2014.1

GOESEL-LE BIHAN, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », LPA 5 mars 2009

J.-B. GOUACHE, « Distribution - Chronique de jurisprudence de droit de la franchise 2016 », CCC n° 2, févr. 2017, étude 2

J.-B. GOUACHE, M. BEHAR-TOUCHAIS, « Droit de la franchise – Actualité du droit de la franchise 2019 (2e partie) », CCC, n°2, févr. 2020, étude 2

R. de GOUTTES, « Avis du premier avocat général Régis de Gouttes concernant l'arrêt de la Chambre mixte du 22 avril 2005 », RDC 2005

J. GRANOTIER, « Le droit unilatéral de rompre le contrat : de la faculté de dédit à la clause de "break-up fees" », D. 2014. Chron. 1960

L. GRATTON, « Les clauses abusives en droit commun des contrats », D. 2016

F. GREAU, JCl. civ. c. « Art. 1240 à 1245-17. Régime de la réparation. – Action en réparation. – Décisions judiciaires. Astreinte », fasc. 224-20

F. GREAU, « Intérêts des sommes d'argent », Rép. dr. civ., oct. 2016

F. GREAU, « Force majeure – Les caractères de la force majeure », Rép. dr. civ., juin 2017

J.-P. GRIDEL, Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », JCP, n° 21, 21 mai 2008, doct. 143

C. GRIMALDI, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon... », D. 2016

C. GRIMALDI, « Clause résolutoire et résolution unilatérale », RDC 2018

C. GRIMALDI, « La preuve et le contrat d'adhésion », RDC 2019, 4 juin 2019

P. GROSSER, « Observations sur l'inexécution du contrat », in Observations sur le projet de réforme du droit des contrats et des obligations (dir. J. Ghestin), LPA 4 sept. 2015

P. GROSSER, « L'exécution forcée en nature », AJCA 2016

P. GROSSER, « L'exécution forcée en nature », AJ Contrats d'affaires – Concurrence - Distribution 2016

P. GROSSER, « Contrats et obligations - Droit des contrats », sous la dir. de J. GHESTIN, avec P. GROSSER, D. HOUTCIEFF, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, G. VIRASSAMY, JCP G. n° 7, 18 févr. 2019, doct. 183

C. GRIMALDI, « Les clauses portant sur une obligation essentielle », RDC 2008

B. GRIMONPREZ, « Mise en demeure », Rép. dr. civ. (Dalloz), avr. 2017

F. GRUA, JCl. Civil Code, Art. 1382 et 1386, Fasc. 335-20 « Banquier. – Responsabilité en matière de services. – Service du crédit », 29 juill. 2011

L. GRYNBAUM, « Vers un droit de résiliation ad nutum ? », RDC 2006, 1^{er} avr. 2006

F. GUERCHOUN, « Le principe de proportionnalité en matière de cautionnement », LPA 9 avr. 2004

S. GUERIN, N. GENTY, « *L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat* » : AJ contrat 2017

G. GUERLIN, « Démolition-reconstruction d'ouvrage : dura lex, sed lex... », LEDC, juin 2018

Ch. sous la direction de J. GHESTIN, avec A.-S. BARTHEZ et P. GROSSER et G. LOISEAU et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD et Y.-M. SERINET et G. VIRASSAMY « *Droit des contrats* », JCP G, n° 12, 21 mars 2016, doct. 345

N. HAGE-CHAHINE, « Résolution – Résiliation », Rép. dr. civ., févr. 2021

J.-F. HAMELIN, « L'exercice des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », RDC 2018

J. HAUSER, J.-J. LEMOULAND, « *Ordre public et bonnes mœurs* » : Rep. civ. Dalloz, janvier 2015

J. HEINICH, « Le contrôle des nouveaux pouvoirs unilatéraux du contractant », RDC 2018

G. HELLERINGER, K. GARCIA, « Le rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux en droit privé », RID comp.

A. HONTEBEYRIE, « 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance », D. 2016

D. HOUTCIEFF, « *Acte de commerce* », Rép. dr. com., mai 2008

D. HOUTCIEFF, « *Renonciation* », D., déc. 2017

C. HUMANN, « La spécificité de la clause de dédit », RDI 1997. 169

A.-A. HYDE, « Contrats et droits fondamentaux : propos critiques sur le “membre fantôme” de l'article 1102 al. 2 nouveau du Code civil », RDLF 2016

Ch. JAMIN, « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in *Repenser le contrat* : Dalloz 2009

E. JEULAND, « Réforme de la Cour de cassation. Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », JCP G, 11 Janv. 2016

P. JOURDAIN, « La date de naissance de la créance d'indemnisation », LPA 9 nov. 2004

P. JOURDAIN, « Vers une "subjectivisation" de la faute lourde ? », RTD civ. 2006. 322

P. JOURDAIN, « Clause limitative, obligation essentielle et faute lourde ; encore Chronopost ! », RTD civ. 2006. 773

P. JOURDAIN, « La mise en demeure n'est pas exigée pour l'allocation de dommages-intérêts compensatoires en matière contractuelle », RTD civ. 2007. 787

J. JULIEN, « Contrôle des clauses abusives : la Cour de cassation précise le champ de l'article 1171 du Code civil par rapport aux dispositifs du Code de commerce et du Code de la consommation », RDC 2022

P. KAMINA, « *Droit d'auteur. - Exploitation des droits. Dispositions particulières à certains contrats. Contrat de production audiovisuelle (CPI, art. L. 132-23 à L. 132-30)* », fasc. 1340, JCl. civ., 1^{er} janv. 2017

G. KHAIRALLAH, « Le « raisonnable » en droit privé français, développements récents, Rev. trim. dr. civ. 1984

N. KILGUS, « Les clauses de break-ip fees dans les accords de négociation », AJ contrat 2018

S. KOUHAIZ, « La compatibilité des sanctions dans les pactes d'associés », rev. Sociétés

X. LAGARDE, « Remarques sur l'actualité de la mise en demeure », JCP, n°46, 13 nov. 1996, doct. 3974

X. LAGARDE, « Contrats et obligations - Remarques sur l'actualité de la mise en demeure », JCP, n° 46, 13 nov. 1996, doct. 3974

X. LAGARDE, « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? », JCP E, n° 17, 27 avr. 2006, 1663

X. LAGARDE, « Contrats et obligations - Économie, indivisibilité et interdépendance des contrats », JCP G, n° 48, 25 nov. 2013, doct. 1255

X. LAGARDE, « Questions autour de l'article 1171 du code civil », D. 2016

F. LABARTHE, « *L'exception d'inexécution est-elle d'ordre public ?* », JCP E, n° 29, 20 juill. 2000

F. LABARTHE, « Contrats et obligations - Droit des obligations », chron. sous la dir. de J. GHESTIN, JCP, éd. gén., n° 12, 22 Mars 2006, doct. 123

F. LABARTHE, C. NOBLOT, « Le contrat d'entreprise », JCl. com., fasc. 302, 25 avr. 2016

F. LABARTHE, C. NOBLOT, « Le contrat d'entreprise », JCl Contrats – Distribution, fasc. 425, 1^{er} juill. 2021

C. LACHIÈZE, « La rupture unilatérale pour comportement grave, évolution ou révolution ? », JCP G, 7 juill. 2004

Ch. LACHIÈZE, « Société coopérative - Réforme du droit des contrats et coopératives agricoles », Droit rural, n° 460, févr. 2018, dossier 10

M. LAGELEE-HEYMANN, « Le « raisonnable » dans le nouveau droit des contrats », RDC 2018

Y.-M. LAITHIER, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », RDC 2005

Y.-M. LAITHIER, « L'éradication de la clause limitative de réparation en cas de manquement à une obligation essentielle : « Chronopost », dix ans après », RDC 2006

Y.-M. LAITHIER, « L'avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle – Rapport français », 1^{er} juill. 2010, RDC

Y.-M. LAITHIER, « De l'art de dissimuler l'importance d'une clause pénale », RDC 2011

Y.-M. LAITHIER, « La clause de renonciation à la résolution judiciaire est valable », RDC 2012

Y.-M. LAITHIER, « L'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi est-elle susceptible de clause contraire ? », D. 2014

Y.-M. LAITHIER, « La validité réaffirmée de la dispense conventionnelle de mise en demeure du débiteur »,

RDC 2015

- Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat, in Réforme du droit des contrats : quelles innovations ? », RDC hors-série, avr. 2016
- J.-F. LAFAIX, « La codification et la fin des contrats », RFDA
- J. LAFOND, V. ZALEWSKI-SICARD, « Vente d'immeuble. – Obligations de garantie. – Clauses de l'acte », JCl. N Formulaire V° Vente d'immeuble, Fasc. 530, 5 juin 2014
- J. LAFOND, « *Bail commercial - La résolution unilatérale des contrats : application aux baux commerciaux* » JCP N., n° 5, 2 févr. 2018, 1093
- X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », in La motivation, Travaux de l'association Henri Capitant, LGDJ, 2000
- M. LAGELEE-HEYMANN, « Le « raisonnable » dans le nouveau droit des contrats », RDC 2018
- R. LAHER, « Sommation », Rép. de proc. civ., juin 2020
- R. LAHER, « Injonction de faire », Rép. de dr. com., déc. 2020
- M. LAMOUREUX, « Covid-19, force majeure et marché de l'électricité », JCP E, n° 38, 17 sept. 2020
- G. LARDEUX, « Plaidoyer pour un droit contractuel efficace », Recueil Dalloz 2006
- M. LATINA, « Mise en demeure et dommages-intérêts », LPA 25 janv. 2008
- M. LATINA, « Contrat : généralités – Principes directeurs du droit des contrats », Dalloz, Mai 2017
- M. LATINA, « De la distinction entre clause pénale et clause de dédit », LEDC, nov. 2019
- Ph. LAURENT, « La bonne foi et l'abus du droit de résilier unilatéralement les contrats de concession », LPA 8 mars 2000
- A. LEBORGNE, « Voies d'exécution et procédures de distribution », 3^{ème} éd., Dalloz 2019
- H. LECUYER, « Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat », LPA 30 sept. 1998
- F. LEDUC, JCl. Civil Code, Art. 1382 à 1386 - Fasc. 201 : Régime de la réparation. – Règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle. – Principes fondamentaux, 7 avr. 2016
- B. LEFEBVRE, « La bonne foi : notion protéiforme », (1996), 26 R.D.U.S. 321
- S. LE GAC-PECH, « Vers un droit des remèdes », LPA, 4 déc. 2007
- S. LE GAC-PECH, « À la recherche du déséquilibre généré par une clause : entre atteinte à l'obligation essentielle du contrat et déséquilibre significatif », JCP E, n° 36, 8 sept. 2016, 1467
- S. LE GAC-PECH, « Le nouvel art de juger : quand la proportionnalité s'invite dans la mise en œuvre de la règle de droit », RLDC, 2017
- R. LE GUIDEDEC, G. CHABOT, « Art. 1650 à 1653 - Fasc. unique : VENTE. – Obligations de l'acheteur », JCP Code civil, 15 déc. 2011
- J.-J. LEMOULAND, G. PIETTE, en hommage à J. HAUSER, « Ordre public et bonnes mœurs », rép. dr. civ. (Dalloz), févr. 2019
- P. LE TOURNEAU, « *Concession exclusive. – Conditions de validité au regard du droit des contrats. – Formation. – Prix et durée* », JCl Contrats Distribution, Fasc. 1025, 12 Juin 2014
- Ph. LE TOURNEAU, M. POUMAREDE, Rép. de dr. civ. Dalloz, v° « Bonne foi », janv. 2017
- L. LEVENEUR, « Inexécution acquise : la mise en demeure n'est pas nécessaire », CCC, n° 12, déc. 2007, comm. 295
- L. LEVENEUR, « *La clause de renonciation anticipée à la résolution du contrat est valable* », CCC, n° 2, févr. 2012, comm. 36
- L. LEVENEUR, « Résolution - Où il est question de proportionnalité », CCC n° 8-9, Août 2016
- L. LEVENEUR, « Contrats - Loi de ratification de l'ordonnance de réforme du droit des contrats et des obligations : des ajustements certes importants, mais pas de bouleversement », CCC, n° 8-9, Août 2018
- L. LEVENEUR, « Responsabilité contractuelle - La condition d'un préjudice vaut aussi en cas d'inexécution d'une obligation de ne pas faire », Contrats Concurrence Consommation n° 8-9, Août 2019, comm. 136
- J. A. LEVY, « Variations autour du retard de l'expressiste : l'ombre portée par l'arrêt Chronopost », AJ contrat 2018
- R. LIBCHABER, « Rôle effectif et concevable de la mise en demeure », RDC juin 2021
- F.-X. LICARI, « Contrat. – inexécution du contrat. – déséquilibre significatif du contrat », JCl. Civil Code, art. 1162 à 1171, Fasc. 50, 23 janv. 2017
- F.-X. LICARI, « *Contrat. – inexécution du contrat. – réduction du prix* », fasc. unique, 11 mars 2018
- E. LOQUIN, refondu et mis à jour par F. LEBORGNE, « *Clauses dissuasives des litiges* », fasc. 135, JCl. Contrats – Distribution, 1^{er} juin 2006
- Discours de B. LOUVEL, premier président de la Cour de cassation, séminaire juridique franco-israélien sur le principe de proportionnalité, 9 nov. 2016
- A.-S. LUCAS-PUGET, « Contrats - La clause d'exécution forcée en nature », Responsabilité civile et assurances n° 5, mai 2013, form. 5
- A.-S. LUCAS-PUGET, « Contrats - La clause de renonciation à la résolution judiciaire », CCC, n° 6, juin 2013, form. 8
- C.-A. MAETZ, JCl. conc. cons. Fasc. 300, « rupture brutale de relations commerciales établies », 30 sept. 2019

D. MAINGUY, « L'exécution forcée, du coût manifestement déraisonnable à la reconnaissance d'un droit d'option », in « Réforme du droit des contrats : le débat », Dr. et patr., n° 240, 1er oct. 2014

M. MALAURIE-VIGNAL, « Faut-il avoir peur du déséquilibre significatif ? », CCC n°7, juill. 2015, étude 9

J.-P. MARGUENAUD, « La mise en œuvre du principe de « proportionnalité privatisée » par la première chambre civile de la Cour de cassation », RTD civ. 2015

A.-C. MARTIN, « Le contrat d'adhésion en droit de la consommation et de la concurrence », RDC 2019, 4 juin 2019

M. MARTIN, « *Contrat informatique - Pratique contractuelle. Contrats de l'informatique. La clause de réversibilité* », CCC, n° 3, mars 2014

N. MATHEY, « Le déséquilibre significatif : approches civilistes et consuméristes », CCC, n°5, mai 2013

N. MATHEY, Fasc. 320, « *Vente commerciale. – Obligations du vendeur. – Garantie d'éviction* », JCl. Contrats – Distribution, 21 mars 2016

B. MATHIEU, « Droit commun des contrats - Le nouveau droit de l'inexécution du contrat en pratique Quelques conjectures », JCP E et aff. n° 11, 14 mars 2019, 1126

Y. LE MAUT, « *Remise en cause des promesses de cession de titres par leur requalification en clause pénale* », Actes pratiques et ingénierie sociétaire

G. MAUGAIN, « Assignation », Rép. proc. civ. (Dalloz), sept. 2016

G. MAUGAIN, « Actes de procédure – Conditions de forme », Rép. pro. civ., janv. 2018

D. MAZEAUD, « Les clauses pénales en droit du travail », Droit social 1994. 343

D. MAZEAUD, « La loi du 1er février 1995 relative aux clauses abusives – véritable réforme ou simple réformette ? », Dr. et patrimoine, juin 1995

D. MAZEAUD, « La réduction des obligations contractuelles », Dr. et patr., mars 1998

D. MAZEAUD, « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », LPA 30 sept. 1998

D. MAZEAUD, « Unilatéralisme et motivation en droit des contrats », Recueil Dalloz, 2001

D. MAZEAUD, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », Recueil Dalloz, 2008, p. 1776

D. MAZEAUD, « Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ? », D. 2010. 1832

D. MAZEAUD, « Clauses de responsabilité : et toujours modérément ! », D. 2013. 2142

D. MAZEAUD, « L'encadrement du pouvoir du juge : l'efficacité des clauses relatives à l'interprétation », RDC 2015

D. MAZEAUD, « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », D. 2016

D. MAZEAUD, « La qualification de clause pénale », D. 2016, p. 1628

D. MAZEAUD, M. LATINA « Lésion », rép. dr. civ. (Dalloz), avr. 2018

M. MEKKI, « *Le nouvel essor du concept de clause contractuelle* » (1^{ère} partie), RDC 2006

M. MEKKI, « *Les doctrines sur l'efficacité du contrat* », RDC 1^{er} mars 2010

M. MEKKI, « *Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations* », D. 2015

M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », RDC 2016

M. MEKKI « *Contrats et obligations - Contrats préparatoires : principes et clauses contractuelles Nouveaux textes, nouveau temps* », JCP N, n° 13, 1^{er} avr. 2016, 1112

M. MEKKI, « Contrats et obligations – Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle (C. civ., art. 1170) », JCP N n° 46, 18 nov. 2016

M. MEKKI, « *Contrats et obligations : contrat et obligations. – Réforme du droit des obligations. – Effets du contrat* », JCl. N, fasc. 70

M. MEKKI, « *Contrats et obligations – Réforme du droit des obligations. – Validité du contrat* », JCl. N, fasc. 60, 20 nov. 2017

M. MEKKI, « *Fiche pratique sur les clauses abusives : quel modus operandi pour les professionnels du droit ?* », Gaz. Pal. 10 mai 2016

M. MEKKI avec la collaboration de J.-M. DARROIS et J.-M. GAUVAIN, « Contrats et obligations - Se conformer au nouveau droit des contrats Regards croisés sur les clauses potentiellement excessives », JCP E, n° 25, 23 juin 2016, 1373

M. MEKKI, « Fiche pratique : l'exécution forcée « en nature », sauf si... », Gaz. pal. 5 juill. 2016

M. MEKKI, « Contrats et obligations – Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle (C. civ., art. 1170) », JCP N, n° 46, 18 nov. 2016

M. MEKKI, « Réforme du droit des obligations : clauses et substance de l'obligation essentielle (C. civ., art. 1170) », JCP N 2016, act., 1227

M. MEKKI, « L'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats : l'art de refaire sans défaire », D. 2016. 494

M. MEKKI, JCl. N., V° Contrats et obligations, fasc. 60 : Contrats et obligations. – Réforme du droit des obligations. – Validité du contrat, 20 nov. 2017

M. MEKKI, « La notion de contrat d'adhésion : on est loin de la « haute définition » ! », RDC 2019

B. MERCADAL, Revue Francis Lefebvre, « *Le Bulletin Rapide de Droit des Affaires* », 21. L'ordre public dans la réforme du droit des contrats, 6/18, 15 mars 2018

B. MERCADAL, « *Mémentos Droit Commercial 2018* », Francis Lefebvre, 1^{er} févr. 2018

B. MERCADAL, « *Mémento Pratique Droit commercial* », Francis Lefebvre 2021

J. MESTRE, B. FAGES, « *Force d'une clause de résiliation unilatérale* », RTD civ. 2001. 584

J. MESTRES, « Une bonne foi franchement conquérante ... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat ! », RTD Civ. 1993

J. MESTRE, « Des frontières de l'article 1152, alinéa 2, du code civil », RTD civ. 1994. 857

J. MESTRE, « Un bel exemple d'obligation de renseignement dans l'exécution du contrat », RTD civ. 1996

J. MESTRE, « Deux exemples intéressants d'obligation d'information au stade de l'exécution du contrat », RTD civ. 1997

J. MESTRE, « Pour un principe de bonne foi mieux précisé », RLDC 2009/58

J. MESTRE, « Pour un principe directeur de bonne foi mieux précisé », RLDC n° 58, 1^{er} mars 2009

J. MESTRE, « *Le bonheur contractuel !* », AJCA 2016

R. MEURISSE, « Dommages et intérêts compensatoires, dommages et intérêts moratoires et mise en demeure », JCP G 1947, I, 667

M. MIGNOT, « *Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (VI)* », LPA 4 avr. 2016

C. MINGAM, A. DUVAL, « L'abus de droit, état du droit positif », Revue Juridique de l'Ouest, 1998

F. MODERNE, « A propos des clauses limitatives de responsabilité contractuelle », RDI 2004. 386

N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature », RDC 2005

J. MONEGER, « *Actes du Colloque Lille 24 juin 2016 - Le statut des baux commerciaux est-il encore un ordre public de protection ?* », Loyers et Copropriété n° 10, oct. 2016, dossier 8

N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », LPA 30 sept. 1998

S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « Protection du consommateur - La protection du consommateur emprunteur insolvable », JCP E et aff., n° 24, 16 juin 2016

E. MOUIAL BASSILANA, JCl. Concurrence – Consommation, Fasc. 730 : le déséquilibre significatif. – Article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, 7 juill 2015

E. MOUIAL BASSILANA, J.-B. RACINE, JCl Civil Code, Art. 1162 à 1171 – fasc. 30 Contrat. – Contenu du contrat : objet du contrat, 8 mars 2018

J. MOULY, « La prise d'acte saisie par le nouvel article 1226 du code civil ? », Droit social 2017

J. MOURY, « La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre », AJCA 2016. 123

J. MOURY, « *Retour sur le prix : le champ de l'article 1163, alinéa 2, du code civil* », Recueil Dalloz 2017

P. MOUSSERON, « *La sanction de l'altération des liens d'alliance du membre d'un groupement* », JCP E, 20 avr. 2006, 1607

C. MUTELET J. PRIGENT E. POULIQUEN « *Le Lamy Baux commerciaux* », Mai 2016

P. NABET, « Le principe de proportionnalité s'invite en droit des procédures collectives », LPA, 8 avr. 2010

S. NADAUD, « La faute lourde des services postaux chasse l'exonération légale de responsabilité », D. 2008. 395

Ph. NEISS, « Le juge des référés et la résolution du contrat », LPA 18 nov. 2010

L. NICOLAS-VULLIERME, « Le "délai raisonnable" ou la mesure du temps », LPA 3 janv. 2005

C. NOBLOT, « Contrats et obligations - La clause de remplacement », CCC n° 3, Mars 2014, form. 3

C. NOBLOT, « Bail commercial : la clause transférant au locataire la charge des travaux de ravalement prescrits par l'administration », CCC, n° 4, avr. 2018

C. NOBLOT, « Contrats - Article 1223 du Code civil : la clause de définition de l'exécution imparfaite », CCC, n°2, févr. 2019, form. 2

M. NUSSENBAUM, « Le préjudice du temps qui passe : approche économique des intérêts moratoires et compensatoires », RD banc. fin. n° 6, nov. 2017, étude 26

F. OSMAN, « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », Defrénois, 30 janv. 1993

Y. PAGNERRE, « *Rupture du contrat par annulation* », JCl. fasc. 172, Contrats Distribution, 1^{er} mai 2010

G. PAISANT, « *L'art. 1231 c. civ. et les conditions de la réduction judiciaire de la clause pénale pour exécution partielle* », D. 1993

C. PELLETIER, « Article 1226 : les conditions d'exercice de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier », RDC 2015

C. PERES, « *Contrats et obligations - Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats* », JCP G. 18 Avril 2016, 454

H. PERINET-MARQUET, « *Droit des biens* », JCP N, n° 21, 23 Mai 2008, 1203

S. PESENTI, « Le principe de proportionnalité en droit des sûretés », LPA 11 mars 2004

X. PHILIPPE, « Le contrôle de proportionnalité exercé par les juridictions étrangères : l'exemple du contentieux constitutionnel », LPA 5 Mars 2009

M. PICHON DE BURY, Ch. MINET, « Pratiques restrictives de concurrence - Incidences de la suppression de l'article L. 442-6, I, 1° du Code de commerce et de l'introduction de la notion de « déséquilibre significatif » par la LME », CCC. n° 12, déc. 2008, étude 13

Y. PICOD, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », JCP, 1988 I 3318

Y. PICOD, « Nullité », Rép. dr. civ. (Dalloz), juill. 2019

Y. PICOD, JCl. Civil Code, art. 1103 et 1104 - Fasc. unique : CONTRAT. – Force obligatoire du contrat. – Bonne foi, 20 nov. 2019

M.-J. PIERRARD, « La mise en demeure et les dommages et intérêts compensatoires », JCP G 1945, I

G. PIGNARRE, « A la redécouverte de l'obligation de praestare – pour une relecture de quelques articles du Code civil », RTD Civ. 2001

O. PIGNATARI, « La validité de la renonciation anticipée à l'action en résolution : un pas de plus vers la contractualisation de la résolution judiciaire », LPA 29 mai 2012

S. PIMONT, « Clause pénale », Rép. dr. civ., avr. 2010

A. PINNA, « L'exception pour risque d'inexécution », RTD civ. 2003. 31

C. PIZARRO-WILSON, « Les remèdes à l'inexécution contractuelle dans la réforme du droit des contrats en France : regard d'un juriste chilien », RDC 2015

E. POILLOT, « Influence du droit de l'Union européenne et primauté de la loyauté : une protection incidente du consommateur ? », LPA, nov. 2011

M. POUMAREDE, « La clause de force majeure dans les contrats de construction », RDI 2017

P. PUIG, « Le contrôle de proportionnalité en droit des affaires », LPA, 5 Mars 2009

Ch. QUEMENT, « Bail commercial – Conclusion. - Durée », JCl. Bail à loyer, 30 juill. 2021, fasc. 1260

R. de QUENAUDON, refondu par Ph. SCHULTZ, JCl. Civil Code, art. 1927 à 1931, « Dépôt. – Obligations du dépositaire. – Obligation de garde », fasc. unique, 7 déc. 2017

Ch. RADE, « Droit à réparation. – Conditions de la responsabilité contractuelle. – Dommage », JCl. art. 1146 à 1155, fasc. 10, 26 août 2014

Ph. RÉMY, Rev. trim. dr. civ. 1982

Th. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », RDC 2004

Th. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », D. 2015

Th. REVET, « Les critères du contrat d'adhésion », D. 2016

A. REYGROBELLET, « L'exception d'inexécution préventive », BJS 1^{er} sept. 2016

A. REYGROBELLET, « Le déséquilibre significatif », BJS 2016, n° 9, dossier spécial

G. RIPERT, « Abus ou relativité des droits », Rev. crit. Lég. et jur. 1929

G. RIPERT, « La règle morale dans les obligations civiles », 4e éd., 1949, LGDJ, collection Anthologie du droit

J. ROCHE-DAHAN, « L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique », Recueil Dalloz, 1994, chron.

J. ROCHFELD, « Contrats et obligations – Droit des obligations », étude par J. Ghestin, F. Labarthe, J. Rochfeld, Y.-M. Serinet, G. Virassamy, JCP G., n° 41, 10 oct. 2001, doct. 354

J. ROCHFELD, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivisation du droit de l'exécution », RDC, n°1, p.13, 1^{er} janv. 2006

J. ROCHFELD, « Cause », Rép. dr. civ. (Dalloz), sept. 2012

Y. ROUQUET, « Renonciation contractuelle à l'ordre public applicable aux baux commerciaux », AJDI 2014

M. ROUSSILLE, « Le débiteur doit répondre du dommage né de l'inexécution de ses obligations, même s'il n'a pas été mis en demeure de s'exécuter », JCP E., n° 35, 30 août 2007

F. ROUVIERE, « Contenu du contrat », Fasc. 50, 22 mars 2010, jurisclasseur contrats – distribution

J.-C. SAINT-PAU, « Droit à réparation. – Rapports entre responsabilités délictuelle et contractuelle. – Différences », JCl. Civil, art. 1146 à 1155, fasc. 15, 13 mai 2013

S. SANZ, « La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 juillet 1975 et ses incidences sur la théorie générale du contrat », Rev. trim. dr. civ., 1977

R. SALEILLES, « De l'abus des droits », rapport présenté à la 1^{ère} sous-commission de la commission de révision du Code civil, dans Bull. Soc. d'ét. légis., 1905

R. SALEILLES, « Les théories allemandes sur les droits qui, en cas de contrats synallagmatiques, appartiennent à la partie poursuivie en paiement lorsque son adversaire, de son côté n'exécute pas ses engagements », annales de droit commercial, 1892

A. E. de SAINTE MARIE, « L'« interprétation créatrice » : l'interprétation et la détermination du contenu du contrat », RDC 2015

O. SALVAT, « Synthèse – Vente commerciale », JCl. Contrats – Distribution, 18 févr. 2019

S. SANA-CHAILLE DE NERE, « Contrat. – nullité du contrat. – cas de nullité », JCl. Civil Code, art. 1178 à 1185, Fasc. 20, 7 févr. 2018

N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Clauses abusives - Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », CCC n°6, juin 2008, étude 7

L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « La nullité par notification en cas de perte de la chose vendue (art. 21 de l'avant-projet de réforme des contrats spéciaux) », RDC sept. 2020

D. SAVOURE, « Le contenu du contrat et le contrôle du juge », JCP N., 28 avr. 2017

S. SCHILLER, « Caractère rétractable des promesses unilatérales de vente - Après le coup de tonnerre dans le droit des obligations, un arc-en-ciel dans la construction contractuelle », JCP E., n° 48, 1^{er} déc. 2011, 1849

S. SCHILLER, « L'acte rédigé par un notaire ou un avocat peut-il être qualifié de contrat d'adhésion ? », JCP N., n° 39, 29 sept. 2017, 1271

S. SCHILLER, « Pactes d'actionnaires : clauses statutaires et pactes extrastatutaires – Régime applicable en cas d'inexécution », Rép. dr. des soc. (Dalloz), oct. 2020

P.-Y. SERINET, « Droit des contrats », Chr. sous la dir. de J. GHESTIN avec A.-S. Barthez, P. Grosser et G. Loiseau et N. Sauphanor-Brouillaud, Y.-M. Serinet et G. Virassamy, JCP G, n° 27, 6 juill. 2015, doctr. 808

J.-B. SEUBE, « Technique contractuelle », JCP E, n° 51-52, 23 déc. 2010, 2134

J.-B. SEUBE, « Quel avenir pour la jurisprudence sur l'usage abusif d'une prérogative contractuelle après la réforme du 10 février 2016 ? », RDC 2017

H. SKRZYPNIAK, « La clause de tolérance », D. 2016

Ph. SIMLER, JCl. Notarial Répertoire, Art. 1126 à 1131 anciens, fasc. 9-6, « *Contrats et obligations* »

Ph. SIMLER, JCl. Notarial Répertoire, Art. 1162 à 1171, fasc. 20, « *Contrat. – Contenu du contrat : conformité à l'ordre public. – Cause illicite ou immorale* »

Ph. SIMLER, « Garanties autonomes – Nature juridique, caractères, typologie », JCl. Civil Code Art. 2321, Fasc. 10, 16 déc. 2013

P. SIMLER, « Contrat. – Inexécution du contrat. – Exécution forcée en nature », 22 juin 2017, JCl. Fasc. Unique

Ph. SIMLER, « Synthèse – Cautionnement », JCl. Civil Code, 15 mai 2020

F.-L. SIMON, « Panorama de jurisprudence sur les clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties en vue de l'application de l'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce (2016-2017) », LPA, 20 févr. 2018

P. SIRINELLI, « L'équilibre dans le contenu du contrat », Dalloz IP/IT 2016

Ch. SIZAIRE, « Validité de la renonciation anticipée à la mise en œuvre de l'action résolutoire dès la conclusion du contrat », Cons. Urb. n° 4, avr. 2012, comm. 74

C. SIZAIRE, « Vente d'immeuble - L'intervention du juge dans la recherche de l'équilibre contractuel de la vente d'immeubles à construire », JCP N, 28 juil. 2017

Ph. STOFFEL-MUNCK, « Créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier », D. 2007

Ph. STOFFEL-MUNCK et C. BLOCH, « Responsabilité civile », JCP G., n° 38, 14 sept. 2009, 248

Ph. STOFFEL-MUNCK, « La résolution unilatérale par notification : question en suspens », Dr. et patr., 1^{er} oct. 2014

Ph. STOFFEL-MUNCK, « Les clauses abusives : on n'attendait Grouchy... », in Réforme du droit des contrats : le débat, Dr. et patr. 10/2014 56

M. STORCK, JCl. Notarial Répertoire, Art. 1219 et 1220, Fasc. unique « *Contrat. – Inexécution du contrat. – Exception d'inexécution* »

M. STORCK, JCl. Civil Code, Art. 1219 et 1220 – fasc. unique Contrat-Inexécution du contrat-Exception d'inexécution, 4 mai 2017

M. STORCK, JCl. Civil Code, Art. 1224 à 1230– fasc. 30 : Contrat. Inexécution du contrat –Résolution unilatérale, 1^{er} août 2019

M. STORCK, « *Contrat – Inexécution du contrat – Clause résolutoire* », 1^{er} août 2019

A. STROWEL, « « Rien ne change, tout se transforme » : réflexions sur le premier principe de la science juridique – De « l'abus de droit » au contrôle de « proportionnalité » : l'habit nouveau d'un principe immuable – Illustration par le droit d'auteur », In : Mélanges au Professeur F. DESSEMONTET, Cedidac, 2009

I. TA, « *L'articulation des sanctions contractuelles de l'inexécution du contrat avec les solutions de droit commun* », Dr. et patr. n° 291, 1^{er} mai 2019

D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », RTD civ. 1994

B. TEYSSIE, « *Les clauses de résiliation ou de résolution* », Cah. dr. entreprise 1975.1

M. THIOYE, « *Entremise et gestion immobilière. – réglementation des opérations* », JCl. cons. urb., fasc 248-20, 7 juill. 2019

C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », RTD civ. 1997

L. THIBIERGE, « *Les effets du contrat* », AJ contrat 2018

L. THIBIERGE, « Transaction », Rép. dr. civ. (Dalloz), oct. 2020

P. TOURNEAU, L. CADIET, « Abus de droit », Dalloz, Rép. dr. civ., juin 2015

P. le TOURNEAU, D. KRAJESKI, « *Contrat intuitu personae* », JCl. Contrats – Distribution, Fasc. 200, 30 oct. 2019

Ph. le TOURNEAU et M. POUMAREDE, « *Bonne foi* », Rép. civ. Dalloz

Ph. le TOURNEAU, « *Ingénierie et transferts de maîtrise industrielle* » *Conception, JCl – Distribution* », fasc. 1820, 24 juin 2021

W. VAN GERVEN, « Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux », J.T. 1992
 N. VEZINA, « La demeure, le devoir de bonne foi et la sanction extrajudiciaire des droits du créancier », (1996), 26 R.D.U.S
 B. VIAL-PEDROLETTI, JCl. Bail à loyer, Fasc. 260, « Bail d'habitation. – Locations régies par le droit commun du louage (Code civil) . – Obligations du bailleur : délivrance de la chose »
 B. VINCENDEAU, « L'évolution de l'exception d'inexécution : vers la consécration d'un droit de réserve d'exécution », LPA 9 sept. 2019
 F. VINCKEL, « Droit de l'exécution. - présentation générale », Fasc. 120, JCl. voies d'exécution, 30 mars 2013
 G. VINEY, « Dispense de mise en demeure pour l'allocation de dommages et intérêts compensatoires », D., 2007
 M. WATHELET, « Principe de proportionnalité : utilisation disproportionnée ? », J.T. 2007
 A. WEILL, « Dommages et intérêts compensatoires et mise en demeure », Revue critique de la législation et de jurisprudence 1939
 F. ZENATI-CASTAING, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », RTD civ. 2016

IV. NOTES DE JURISPRUDENCE ET COLLOQUES

Cass. civ.14 avr. 1891, S. 1894, 1, 391 ; D.P. 1891, I, 329, note Planiol
 Req. 14 Mars 1900, *Whistler*, DP 1900. 1. 497, note M. Planiol
 Cass. civ. 21 nov. 1911, DP 1913. I. 249, note Sarrut ; S. 1913. I. 73, note Lyon-Caen
 CE, 10 mai 1912, Ambrosini, S. 1912.3.161 : Revue générale du droit on line, 2013, n° 13263, note M. HAURIOU (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=13263)
 Cass. civ. 9 nov. 1914, MM. Falcimaigne, prés., Fabreguettes, rapp., Lombard, av. gén
 Cass. civ., 29 juin 1932, DP 1933, 1, p. 49, note R. L
 Cass. 8 juin 1939 : S. 1939, 1, 249, note H. Rousseau
 Cass. soc., 17 déc. 1943, JCP G 1947, II, 3373, note Pierrard
 Cass. civ., 2 juill. 1945, RTD civ. 1946, p. 39, obs. J. CARBONNIER
 Cass. civ. 31 juill. 1946 D. 1947, p. 57, note P. L.-P. ; JCP G 1947, II, 3809, note P. Esmein
 Cass. civ. 15 déc. 1948, D 1949, 105, obs. R. LENOAN
 Cass. com. 14 mars 1950 : JCP. 1950, II, 5694, note Bastian
 Cass. com., 22 févr. 1956, JCP G 1956, II, 9266, note P. Chauveau
 Cass. civ., 11 déc. 1957 : D. 1958, p. 165, note P. Voirin
 Cass. civ. 1ère, 5 mars 1963, JCP 63, II, 13148, note R. L.
 Cass. civ. 3ème, 25 oct. 1968, JCP 1969, 16062, note Prieur
 Cass. civ. 22 mai 1969, D. 1970, 453, note Jestaz
 Cass. com. 27 janv. 1970 : JCP 1970. II. 16554, note A. Huet
 Cass. civ. 1ère, 30 nov. 1977, Gaz. Pal. 1978. 411, note PLANCQUEEL
 Cass. com. 24 nov. 1982 ; RTD civ. 1983. 387, obs. R. PERROT
 Cass. civ. 1ère, 10 janv. 1984, RTD civ. 1984. 363, obs. Perrot
 Cass. com. 7 mars 1984, Bull. civ. IV, n° 93, JCP 1985. II. 20407, note Ph. DELEBECQUE
 Cass. com., 7 mars 1984, n° 82-13.041 : RTD civ. 1985, p. 164, obs. J. MESTRE
 Cass. civ. 3ème, 5 déc. 1984, JCP G, n° 11, 12 mars 1986, II 20555, comm. G. PAISANT
 Cass. civ. 1ère, 16 janv. 1985 ; époux Migraine c. époux Abisset et autres : JCP N. et Imm. n° 24, 12 juin 1987, 100694, comm. G. PAISANT
 Cass. civ. 1ère, 15 nov. 1988, D. 1989.349, note Delebecque
 Cass. com. 26 févr. 1991 ; Zbierski c. SA européenne de Brasserie, comm. M.-O. GAIN
 Cass. com. 15 nov. 1992 : JCP 1993. II. 22075, note Poulvais
 Cass. com., 2 févr. 1993, n° 91-17.167 : RTD civ.1993, p. 819, obs. J. Mestre
 Cass. civ., 1ère, 23 févr., 1994, n° 92-11.382, JCP G 1994, I, 3809, n° 15, obs. G. VINEY
 Cass. 1ère Civ. 20 juin 1995 n° 93-16.807 : CCC. 1995, n° 200, obs. L. LEVENEUR
 Cass. soc., 5 juin 1996, n° 92-42.298, RJDA 1997, n° 322, Defrénois 1997. 737, note D. Mazeaud
 Cass. civ. 3ème 30 avr. 1997 : D. 1997, p. 475. note D. MAZEAUD
 Cass. civ. 1ère, 2 déc. 1997 n° 95-21907, LPA 24 juill. 1998, n°88, p. 27, obs. M. BRITON
 Cass. civ. 1ère, 2 déc. 1997, n° 95-21907, D. 1998, p. 200, note D. MAZEAUD
 Cass. com., 20 janv. 1998, n° 96-18.353 : Recueil Dalloz 1998, p. 413, note Ch. Jamin
 Cass. civ. 1ère, 21 mars 2000, n° 98-11.982 : RTD, civ. 2000. 592, obs. Gautier
 Cass. civ. 1ère, 3 avr. 2001, n° 99-18.442 : RTD civ. 2001, p. 584, obs. J. MESTRE et B. FAGES
 Cass. civ. 1ère, 9 mai 2001, Defrénois 2002. 39, note Y. DAGORNE-LABBE
 Cass. civ. 1ère, 29 mai 2001, RTD civ. 2001, 590, obs. J. Mestre et B. Fages

Cass. civ. 3^{ème}, 12 juin 2001, AJDI 2001. 983, obs. BLATTER ; 19 mai 2004, AJDI 2005. 208, note DUMONT ; Administrer juill. 2004. 23, obs. BOCCARA et LIPMAN

Cass. civ. 1^{ère}, 12 juill. 2001, n° 99-18.231, JCP E, n° 11, 14 mars 2002, 459, note L. Leveneur

Cass. com., 9 avr. 2002, n° 99-15.532 : RDC 2003, n° 1, p. 256, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS

Cass. soc. 10 juill. 2002, RDC 2003, p. 17 et s. note J. ROCHFELD

Cass. civ. 3^{ème}, 29 janv. 2003 : LPA 14 août 2003, p. 13, note A.-S. CHAVENT-LECLERE

Cass. civ. 1^{ère}, 3 févr. 2004, n° 01-02.020 ; CCC n° 4, avr. 2004, comm. 55, note L. LEVENEUR ; JCP n° 41, 6 oct. 2004, II 10149, comm. E. TREPPOZ

Cass. ch. mixte, 6 juill. 2007, n° 06-13.823 ; JCP G 2007, II, 10175, M. Mekki ; JCP G 2008, I, 125, Ph. Stoffel-Munck ; Resp. civ. et assur. 2007, comm. 300, N. Dupuy-Loup ; CCC. 2007, comm. 295, L. Leveneur ; D. 2007, p. 2642, note G. Viney ; RTD civ. 2007, p. 787, obs. P. Jourdain ; Defrénois 2007, art. 38667, obs. E. Savaux ; RDC 2007/4, p. 1115, obs. D. Mazeaud ; LPA 2007, n° 194, p. 17, note S. Prigent

Cass. com., 22 avril 2005, RDC 2005, p. 673 et 21 février 2006, RDC 2006, p. 694, note D. MAZEAUD

Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, n° 03-14.112 : JCP, éd. gén. n° 21, 25 mai 2005, note G. LOISEAU

Cass. com. 12 juill. 2005, n° 03-12.507 : RTD civ. 2006. 307, obs. J. MESTRE et B. FAGES

Cass. com. 12 juill. 2005, n° 03-12.507 : JCP 2005, I., 194, no 19, obs. A. CONSTANTIN

Cass. com. 12 juill. 2005, n° 03-12.507 : Defrénois 2006. 610, obs. R. LIBCHABER

Cass. civ. 1^{ère}, 5 juill. 2005, CCC. 2005, comm. n° 200, obs. L. Leveneur

Cass. civ., 1^{ère}, 4 avr. 2006, n° 04-11.848 : LPA 2006, note M.-C. MEYZEAUD-GARAUD

Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 2006, n° 03-10.328 : LPA, 12 juill. 2006, n° 138, p. 18, obs. C. BOISMAIN

Cass. civ. 3^{ème}, 20 déc. 2006, n° 05-20.065, JCP G. n° 7, 14 févr. 2007, II 10024, note D. BAKOUCHE

Cass. civ. 3^{ème}, 20 déc. 2006, n° 05-20.065, RDC 2007 n°3, p. 749, note S. CARVAL

Cass. com., 13 févr. 2007, n° 05-17407, RDC juill. 2007, n°3, p. 707, obs. D. MAZEAUD

Cass. com. 5 juin 2007, n° 06-14.832 : comm. com. électr. 2007, comm. 151, note P. STOFFEL-MUNCK

Cass. ch. mixte, 6 juill. 2007, n° 06-13.823 ; RTD civ. 2007, p. 787, obs. P. Jourdain ; RDC 2007/4, p. 1115, obs. D. Mazeaud

Cass. civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n° 07-19.736 ; JCP, éd. gén., n° 13, 25 Mars 2009, II 10052, comm. C. CHABAS RDC 2011, n°2, p. 681, n° 2. comm. Ph DELEBECQUE

Cass. civ. 3^{ème}, 21 janv. 2009, n° 08-10439, RDC 2009, n°3, p. 1103, obs. J.-B. SEUBE

Cass. com. 10 févr. 2009, n° 08-12.415 : CCC, 2009, comm. 123, obs. L. Leveneur ; RTD civ. 2009, p. 318, obs. B. Fages

Cass. soc., 16 sept. 2009, n° 08-41.879 ; JCP S, n° 45, 3 nov. 2009, 1504, comm. A. Martinon

Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, JCP G, n°28-29, 12 juill. 2010, 787, obs. D. HOUTCIEFF

Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841 : JCP E, n° 37, 16 sept. 2010, 1790, n° 1, comm. Ph. STOFFEL-MUNCK

Cass. com. 29 juin 2010, n° 09-11.841 : RTD civ. 2010. 555. comm. B. FAGES

Cass. com., 28 juin 2011, n° 10-19.265 : LEDB, sept. 2011, note J. LASSERRE CAPDEVILLE

Cass. 3^e civ., 3 nov. 2011, no 10-26203 : RDC 2012, n° 2, p. 402, note Y.-M. LAITHIER

Cass. civ. 3^{ème}, 22 mai 2013, no 12-16217 : RDC 2014, n°01, p. 22, 1^{er} mars 2014, comm. Y.-M. LAITHIER

Cass. civ., 3^{ème}, 9 oct. 2013, n° 12-23.379 : Gaz. Pal. 2014, n° 44, p. 12, obs. L.-F. PIGNARRE

Cass. civ., 1^{ère}, 2 juil. 2014, n° 13-10.076 : CCC. n° 9, sept. 2014, comm. 71, note G. LOISEAU

Cass. civ. 1^{ère}, 29 oct. 2014, n° 13-21.980, RDC 2015, n° 2, p. 246, note O. DESHAYES

Cass. com., 29 sept. 2015, n° 13-25.043 : JCP E 2016, 1040, note S. LE GAC-PECH

Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2016, n° 15-20834, RDC 2016, n° 04, p. 654, note O. Deshayes

Cass. civ., 1^{ère}, 12 mai 2016, n° 15-20.834, F-D, Sté La Française des jeux c/ Sté Mikha, : JCP E, n° 43-44, 27 oct. 2016, 1575, comm. S. Le Gac-Pech

Cass. civ., 1^{ère}, 12 mai 2016, n° 15-20.834, F-D, Sté La Française des jeux c/ Sté Mikha, : CCC. 2016, comm. 184, L. Leveneur

Cass. com., 4 oct. 2016, n° 14-28.013 : CCC, n° 12, déc. 2016, comm. 253, note N. MATHEY

Cass. civ. 3^{ème}, 8 févr. 2018, n° 16-24.641 : JCP G, obs. A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE

Cass. civ., 3^{ème}, 14 févr. 2019, n° 17-31.665, JCP G 2019, 363, note O. DESHAYES

Cass. soc., avis, 3 avr. 2019, no 15003, PBRI : BJT, mai 2019, n°5, p. 21, comm. J. Icard

Cass. com. éco. et fin., 9 juill. 2019, n° 18-14.029 : JCP E, n° 43-44, 24 oct. 2019, 1486, obs. N. Dissaux

Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823 : JCP, n°1-2, 13 janv. 2020, note N. DISSAUX

Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823 : JCP E, n° 25, 18 juin 2020, 1236, note E. GUEGAN

Cass. civ. 1^{ère}, 20 janv. 2021, n° 19-20680, M. et Mme D. c/ Sté Banque populaire grand Ouest, F-P, LEDC, n°3, p.4, 5 mars 2021, note G. GUERLIN

Cass. com., 26 janv. 2022, n° 20-16782 : RDC juin 2022, n°2, p. 16, n° 13, comm. Ph. STOFFEL-MUNCK

CA Aix, 22 juin 1978 : D. 1979, jurispr. p. 192, note Prévault

CA Paris, 9 nov. 1981 : D. 1982, jurispr. p. 171, note J.-L. Aubert

CA, Paris, Ch. 7 A, 28 févr. 1990, Sté Vigitel c/ Sté Technic Radio, Gaz. Pal. 8 juill. 1990. 29 : RTD civ. 1990. 669, obs. P. Jourdain
 CA Paris, 27 nov. 1990, D. 1992, Somm. p. 46, obs. Serra
 CA Paris, 5e ch. A, 25 janv. 1995, Bull. Joly, 1995, p. 413, note A. Couret
 CA, Paris, 14 oct. 1998, D. Affaires 1999. 113, obs. Y. R.
 CA Bordeaux, 1^{ère} ch., sect. B., 11 déc. 2007, SELARL des Docteurs Giraudeau et Paricio c/ D'Agata, JurisData n° 2007-355749 : JCP Droit des sociétés n° 6, juin 2008, comm. 115. note M.-L. COQUELET
 CA, Aix, 22 janv. 2004, RTD, civ. 2004, 731, obs. J. Mestre et B. Fages
 CA, Rennes, 16 Nov. 2004, SARL Locmaria AFIL c/ SA Factobail, n°03/05103 : CCC. 2005, comm. 87, note P. STOFFEL-MUNCK
 CA Versailles, 1re ch., sect. 1, 15 sept. 2005, SNC AOL France c/ UFC « Que choisir » : Juris-Data n° 2005-283144, JCP G., n° 8, 22 févr. 2006, II 10029, comm. B. FAGES
 CA, Lyon, 3^{ème} ch. civ., sec. B, 25 janv. 2007, n° 05/02743, Revue de droit des transports n° 10, nov. 2007, comm. 219, obs. Ph. DELEBECQUE
 CA Bordeaux, 1^{ère} ch., sect. B., 11 déc. 2007, SELARL des Docteurs Giraudeau et Paricio c/ D'Agata : JurisData n° 2007-355749 ; JCP Droit des sociétés n° 6, Juin 2008, comm. 115, Note M.-L. COQUELET
 CA, Paris, 28 janv. 2009, RTD, civ. 2009, 529 obs. B. Fages
 CA Bordeaux, 1^{ère} ch. civ., sect. B, 24 nov. 2009, n° 08/02676 : JurisData n° 2009-015953, Droit rural n° 382, Avril 2010, comm. 51, J.-J. BARBIERI
 CA, Paris, 13 sept. 2017, n° 14/25528, n° 14/23934 et n° 14/13828, nov. 2017, n° 10, p. 1, obs. C. GRIMALDI, LEDICO
 CA Paris 26 Sept. 2017 n° 17/00415 : D. IP/IT, 2018.134, obs. A. LECOURT
 CA Montpellier, 2^e ch., 10 nov. 2022, n° 22/01068, SAS LC Burger c/ Société Dexa ; GPL 10 janv. 2023, n°1, p. 6, note D. HOUTCIEFF.

T.I, Paris, 6^{ème} arrt., 6 déc. 1972, D. 1973, 323, note A.D
 TGI Paris, 8 nov. 1973 : D. 1975, jurispr. p. 401, note Puech
 TGI Paris, 18 oct. 1977 : JCP G 1978, I, 18820, note Lindon
 T. com. Paris, 13 juin 2005, SA Compagnie des bateaux à roues c/ SARL Interm'Enzo, n° 2005/9018 : RDC 2006, n° 2, p. 431, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS

G. BONNET et Ch. JARROSON, « Arbitrabilité des litiges de propriété industrielle », Colloque IRPI
 F. LABROUSSE, « Les actes du colloque du 23 mai 2016 sur la prévention et la gestion des risques dans la vie des affaires - Le droit des sociétés face à la prévention du risque environnemental par Françoise Labrousse », Revue Droit & Affaires n° 13, Février 2016

V. AUTRES OUVRAGES, DICTIONNAIRES, DOCUMENTS, RAPPORTS OU SITES INTERNET

ARISTOTE, « L'éthique à Nicomaque », livre V, trad. R. BODEUS, Poche, 11 févr. 2004
 Motifs exposés par M. Bigot de Préameneu, « Code civil, contenant la série des lois qui le composent, avec leurs motifs », livre I, éd. 1803, Garnery (Paris)
 D. DIDEROT, J. le R. D'ALEMBERT, « *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, par une société de gens de lettre* », éd. Paris chez Briasson, t. 3, 1753, p. 514.
 Travaux préparatoires de la loi du 10 avril 2018 : propos de M. S. HOULIE, rapporteur, sur l'art. 9, Assemblée nationale XV^e législature, session ordinaire de 2017-2018, compte rendu intégral séance du lundi 11 décembre 2017
 Discours préliminaire prononcé par Cambacérès au conseil des cinq cents, A. FENET, t. I, p. 174
 E. KANT, « *Idée d'une histoire universelle au point de vue cosmopolitique* » (1784), 4^{ème} proposition, in La Philosophie de l'histoire (Opuscules), trad. Stéphane Piobetta, Aubier, Paris 1947
 Les principes du droit européen des contrats
 H. KELSEN, « Théorie pure du droit », 1934
 W. PALEY, « *Principes de philosophie morale et politique* », t. 1, éd. Chez Treuttel et Wurtz, 1817
 Projet de réforme de la responsabilité civile, Mars 2017
 J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », discours présenté le 1er pluviôse an IX (1801)
 G. VINEY, « *Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français* » (partie 2), n°25, <http://www.henricapitant.org/revue/fr/n3>.

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
Rapport n°22 (2017-2018) de M. François Pillet, fait au nom de la Commission des lois, 11 Oct. 2017

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de pages)

A

Abus de droit, 13, 78, 79, 80, 81, 82, 87, 89, 99, 100, 101, 102, 103, 105, 106, 108, 109, 126, 314, 340, 345, 367, 413

B

Bonne foi, 14, 20, 21, 37, 45, 53, 57, 59, 71, 102, 109, 124, 153, 158, 162, 205, 208, 235, 314, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 353, 354, 358, 363, 367, 368, 400, 404, 405, 406, 409, 413, 415, 418, 421, 422, 423, 430, 434, 441, 442, 475, 498, 499

C

Clause de facilitation, 4, 13, 14, 15, 78, 118, 160, 197, 253, 254, 255, 277, 290, 329, 340, 341, 345, 346, 379, 452
Clause de freinage, 150, 161, 184, 314, 329, 344, 452
Clause de renonciation, 3, 15, 16, 20, 24, 27, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 43, 44, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 57, 58, 61, 62, 63, 65, 66, 69, 70, 72, 75, 77, 94, 117, 150, 151, 152, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 170, 173, 176, 177, 181, 182, 190, 253, 255, 256, 257, 258, 260, 261, 262, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 275, 276, 340, 506
Clause de renonciation collective, 3, 255
Clause de renonciation individuelle, 3, 161, 255, 259
Clause limitative de responsabilité, 4, 14, 150, 152, 161, 184, 187, 189, 190, 191, 198, 238, 314, 321, 322, 324, 338
Clause pénale, 3, 4, 13, 27, 33, 39, 48, 49, 50, 51, 84, 86, 105, 106, 110, 111, 117, 118, 131, 134, 135, 165, 191, 192, 196, 197, 248, 249, 292, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 317, 318, 320, 321, 352, 379, 381, 388, 389, 391, 392, 395, 421, 423, 441, 444, 452, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 507, 508
Clause résolutoire, 3, 4, 32, 33, 34, 39, 41, 43, 48, 49, 58, 70, 72, 83, 84, 85, 87, 88, 90, 91, 131, 133, 149, 171, 183, 199, 200, 221, 245, 249, 258, 268, 277, 278, 280, 282, 283, 287, 291, 292, 304, 320, 341, 343, 352, 353, 354, 356, 357, 359, 368, 369, 371, 372, 373, 374, 375, 377, 378, 392, 394, 395, 396, 399, 400, 406, 409, 421, 423, 428, 468, 469, 484, 486, 488, 501

D

Déséquilibre significatif, 8, 83, 126, 127, 139, 180, 201, 202, 203, 205, 208, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 256,

257, 258, 261, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 273, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 307, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 326, 327, 328, 329, 366, 401, 430, 490

Disproportion manifeste, 4, 13, 45, 83, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 109, 112, 126, 127, 135, 137, 314, 342

Domages-intérêts, 4, 5, 9, 13, 14, 36, 44, 45, 47, 48, 49, 54, 55, 56, 61, 62, 63, 64, 77, 105, 110, 111, 113, 128, 132, 148, 150, 155, 160, 164, 165, 168, 169, 170, 173, 176, 178, 179, 180, 182, 183, 193, 196, 197, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 263, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 275, 276, 277, 282, 295, 302, 314, 317, 318, 319, 321, 322, 323, 326, 327, 332, 339, 341, 342, 343, 345, 346, 352, 354, 357, 358, 361, 362, 365, 367, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 390, 393, 394, 395, 412, 416, 417, 424, 431, 432, 441, 442, 445, 451, 452, 463, 464, 466, 468, 472, 482

E

Exception d'inexécution, 4, 9, 12, 13, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 37, 61, 84, 85, 128, 129, 133, 162, 166, 167, 177, 181, 239, 253, 255, 256, 257, 259, 271, 273, 274, 275, 277, 297, 305, 306, 307, 308, 311, 314, 327, 328, 341, 344, 354, 357, 358, 396, 404, 435, 509

Exception pour risque d'inexécution, 28, 29, 30, 31, 85, 86, 357, 358, 369, 396, 401, 402, 403, 404, 422, 435, 436, 437, 438

Exécution forcée, 3, 4, 9, 12, 15, 18, 27, 34, 35, 39, 40, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 54, 61, 62, 63, 64, 66, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 79, 96, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 115, 126, 127, 134, 135, 136, 137, 160, 162, 164, 165, 178, 181, 182, 257, 259, 275, 276, 277, 313, 314, 329, 339, 340, 341, 342, 344, 352, 354, 355, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 373, 393, 394, 395, 408

F

Faute dolosive, 13, 83, 127, 198, 340, 341, 441, 442, 443, 444, 445, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 456, 457, 459

Faute lourde, 13, 83, 127, 144, 145, 146, 147, 151, 153, 171, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 198, 260, 326, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459

M

Mise en demeure, 4, 24, 28, 33, 34, 43, 45, 70, 83, 87, 90, 95, 108, 109, 113, 115, 179, 244, 247, 248, 249, 277, 278, 280, 286, 289, 290, 291, 292, 293, 299, 305, 306, 310, 311, 312, 330, 341, 343, 344, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356,

357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366,
367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376,
377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386,
387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396,
397, 398, 399, 400, 401, 402, 406, 407, 408, 409,
413, 416, 419, 420, 422, 423, 424, 425, 426, 427,
428, 431, 432, 433, 434, 435, 437, 487

N

Notification, 32, 41, 70, 83, 88, 97, 294, 338, 343, 347,
349, 354, 357, 358, 359, 361, 365, 366, 373, 375,
376, 377, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401,
402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 412,
414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 424,
431, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439

O

Obligation accessoire, 144, 146, 149, 153, 173, 271
Obligation de motivation, 277, 286, 290, 294, 295,
344, 354, 410, 411, 412, 413, 414, 416, 417, 418,
419, 420, 438, 478
Obligation essentielle, 8, 62, 126, 139, 140, 141, 142,
143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 151, 152, 153,
154, 155, 156, 161, 162, 163, 164, 166, 167, 168,
169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 178, 179,
180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189,
190, 191, 192, 197, 198, 222, 227, 230, 266, 271,
278, 288, 292, 323, 324, 326, 327, 338, 341, 441,
445, 446, 447, 448, 450, 451
Obligation fondamentale, 123, 139, 142, 143, 144, 147,
148
Ordre public, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20,
21, 22, 23, 24, 25, 26, 31, 37, 38, 39, 40, 41, 51, 53,

56, 57, 58, 59, 62, 65, 66, 67, 68, 71, 72, 76, 78, 79,
81, 89, 91, 100, 102, 104, 105, 108, 110, 114, 118,
121, 122, 123, 124, 125, 153, 162, 168, 170, 181,
182, 183, 193, 295, 307, 339, 345, 353, 355, 377,
379, 391, 397, 400, 403, 404, 405, 406, 408, 410,
417, 419, 448, 483, 499, 505, 508, 509, 510

P

Principe de proportionnalité, 66, 76, 78, 80, 81, 103,
118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127,
128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137

R

Réduction du prix, 9, 12, 18, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61,
63, 66, 72, 74, 75, 84, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99,
106, 116, 117, 118, 126, 127, 132, 133, 134, 160,
162, 167, 168, 177, 178, 181, 182, 183, 255, 257,
258, 259, 267, 268, 269, 277, 312, 313, 314, 328,
338, 339, 341, 354, 357, 366, 367, 393, 394, 395,
396, 399, 401, 404, 405, 406, 422, 435, 436, 438
Résolution judiciaire, 13, 15, 21, 22, 32, 33, 34, 35, 36,
37, 38, 39, 40, 42, 51, 57, 61, 62, 63, 64, 71, 72, 77,
85, 87, 88, 89, 90, 91, 94, 130, 131, 149, 162, 164,
165, 269, 340, 354, 357, 359, 360, 361, 364, 365,
366, 373, 376, 393, 407, 409, 417, 486, 502
Résolution unilatérale, 13, 21, 22, 29, 32, 34, 39, 40, 41,
42, 43, 44, 68, 69, 70, 71, 87, 89, 90, 91, 165, 294,
338, 352, 360, 375, 376, 377, 378, 395, 396, 399,
401, 406, 407, 408, 409, 412, 413, 414, 416, 417,
418, 420, 421, 423, 427, 428, 430, 431, 435, 437,
506, 509

Table des matières

INTRODUCTION	3
PREMIERE PARTIE : LA VALIDITE DES CLAUSES D'AMENAGEMENT DES SANCTIONS DE L'INEXECUTION DU CONTRAT	10
TITRE I: L'exigence de licéité de l'objet des clauses d'aménagement relatives aux sanctions contractuelles	11
CHAPITRE I : la licéité des clauses de renonciation	17
SECTION I : La licéité de principe des renonciations anticipées aux sanctions contractuelles <i>de lege lata</i>	19
Paragraphe I : la licéité de la clause de renonciation individuelle à chaque sanction contractuelle	20
I. La licéité des clauses de renonciation relatives à l'exception d'inexécution	20
A) Jurisprudence en faveur du caractère d'ordre public de l'exception d'inexécution	24
B) Jurisprudence en faveur du caractère supplétif de l'exception d'inexécution	27
II. La licéité des clauses de renonciation relatives à la résolution	34
A) La clause de renonciation à la résolution judiciaire	34
B) La clause de renonciation à la résolution unilatérale	42
III. La licéité des clauses de renonciation relatives à l'exécution forcée en nature directe	46
IV. La licéité des clauses de renonciation relatives à l'exécution forcée en nature indirecte	53
Paragraphe II : la licéité de la renonciation collective à des groupes de sanctions contractuelles	63
SECTION II : Vers une mise à l'épreuve des clauses de renonciation anticipée par la progression des droits fondamentaux <i>de lege ferenda</i>	67
PARAGRAPHE I : La renonciation au droit à la libération du lien contractuel	68
PARAGRAPHE II : La renonciation au droit à la sauvegarde du lien contractuel	75
PARAGRAPHE III : La renonciation au droit à l'exécution du lien contractuel	77
CHAPITRE II : la licéité des clauses de <i>facilitation</i>	80
SECTION I : la clause de facilitation à l'épreuve de l'abus de droit exprimé au sein des sanctions contractuelles	80
PARAGRAPHE I : La licéité de la clause d'aménagement des modalités supplétives des sanctions contractuelles	86
I. La facilitation conventionnelle de l'exercice de l'exception d'inexécution effective et pour risque d'inexécution	86
II. La facilitation conventionnelle de l'exercice de l'action résolutoire	88
III. La facilitation conventionnelle de l'exercice de la réduction du prix	94
A) La première interprétation littérale de l'article 1223 du Code civil en faveur du caractère obligatoire de l'« <i>acceptation</i> » du débiteur	94
B) La seconde interprétation téléologique (retenue par la majorité de la doctrine) de l'article 1223 du Code civil en faveur du caractère facultatif de l'« <i>acceptation</i> » du débiteur	96
C) La licéité de la clause évinçant « l'acceptation » prévue à l'article 1223 du Code civil	99
PARAGRAPHE II : L'illicéité de la clause d'aménagement des modalités impératives des sanctions contractuelles	101
I. La facilitation conventionnelle de l'exercice de l'exécution forcée en nature directe	101
II. La facilitation conventionnelle de l'exercice de l'exécution forcée indirecte (ou la faculté de remplacement)	110
III. La facilitation conventionnelle de l'exercice de la réduction du prix	118
SECTION II : les clauses de facilitation à l'épreuve de la proportionnalité des sanctions contractuelles	120
PARAGRAPHE I : La licéité des clauses d'aménagement de la proportionnalité subjective exprimée au sein des sanctions contractuelles	130

PARAGRAPHE II : L'illicéité des clauses d'aménagement de la proportionnalité objective exprimée au sein des sanctions contractuelles	136
TITRE II : L'exigence d'équilibre du contenu des clauses d'aménagement relatives aux sanctions contractuelles	141
CHAPITRE I : la prohibition des clauses d'aménagement privant de sa substance l'obligation essentielle	141
SECTION I : La validité de la clause de renonciation privant de toute substance la portée d'une obligation essentielle	163
Paragraphe I : la validité nuancée de la clause de renonciation individuelle.....	163
I. La validité des clauses de renonciation aux sanctions relatives à l'inexécution du lien contractuel.....	164
A) La renonciation anticipée à l'action résolutoire	164
B) La renonciation anticipée à l'exécution forcée en nature.....	166
C) La renonciation anticipée à l'exception d'inexécution (effective ou pour risque d'inexécution).....	168
D) La renonciation anticipée à la réduction du prix.....	169
II. La validité des clauses de renonciation relatives à la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du lien contractuel	170
Paragraphe II : la validité douteuse de la clause de renonciation collective	179
I. La renonciation anticipée à l'ensemble des sanctions contractuelles	180
II. La renonciation anticipée à l'action résolutoire et en indemnisation.....	181
III. La renonciation anticipée à la réduction du prix et l'exception d'inexécution	183
IV. La renonciation anticipée à l'exception d'inexécution, l'exécution forcée en nature et l'action en indemnisation	183
V. La renonciation anticipée de l'action en réduction et en indemnisation.....	184
SECTION II : la validité de la clause de freinage au regard de la privation de la substance d'obligations essentielles	186
Paragraphe I : la validité des clauses limitatives de responsabilité	186
Paragraphe II : la validité des clauses d'indemnité de résiliation	198
SECTION III : la validité de la clause de facilitation privant de sa substance la portée d'une obligation essentielle	199
Paragraphe I : la validité des clauses ressuscitant le contrôle par le « <i>manquement</i> » à une obligation essentielle	200
Paragraphe II : la validité de la clause de résiliation pour convenance (sans inexécution)	201
CHAPITRE II : la prohibition des clauses d'aménagement créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties	203
SECTION I : détermination des critères d'appréciation du déséquilibre significatif en droit commun	203
Paragraphe I : la détermination de la notion de « <i>contrat d'adhésion</i> » en droit commun (art. 1171 C. civ.).....	204
I. La référence superflue au droit français de la consommation (article L. 212-1 du Code de la consommation).....	204
II. La référence pertinente à la directive n°93/13/CEE (indépendamment du droit national).....	206
III. La référence pertinente à l'article L. 442-1, 2° du Code de commerce.....	212
A) L'absence de pouvoir de négociation en raison de la structure d'ensemble du marché (critère structurel)	213
B) L'absence de pouvoir de négociation en raison des modalités de formalisation des clauses négociées (critère formel)	215
C) L'absence de réalisation de négociations effectives (critère substantiel).....	218
IV. Conséquences pour la détermination du « <i>contrat d'adhésion</i> » et des « <i>clause(s) non négociable(s)</i> » en droit commun (art. 1171 C. civ.)	221
Paragraphe II : l'appréciation et l'étendue du « <i>déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties</i> » en droit commun (art. 1171 C. civ.).....	231
I. La référence utile à l'article L. 442-1, 2° du Code de commerce.....	232
A) Critères et méthode d'appréciation du déséquilibre.....	232
B) Étendue de l'appréciation du déséquilibre.....	235
II. La référence pertinente à l'article L. 212-1 du Code de la consommation	236
A) Critères et méthode d'appréciation du déséquilibre significatif en droit consommériste	236

B)	Étendue de l'appréciation du déséquilibre.....	242
III.	Conséquences pour la détermination et l'étendue de l'appréciation du « <i>déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties</i> » en droit commun (art. 1171 C. civ.)..	243
A)	Critères d'appréciation du déséquilibre significatif en droit commun.....	245
B)	Étendue de l'appréciation du déséquilibre significatif en droit commun	252
SECTION II : validité des clauses d'aménagement au regard du déséquilibre significatif de droit commun.....		254
Paragraphe I : les conditions de validité des clauses de renonciation anticipée aux sanctions contractuelles.....		257
I.	Les clauses de renonciation collective aux sanctions contractuelles.....	257
A)	Les clauses de renonciation anticipée aux dommages-intérêts et à la résiliation..	257
B)	Les clauses de renonciation anticipée à la réduction et à l'exception d'inexécution 258	
C)	Les clauses de renonciation anticipée à la réduction du prix et aux dommages-intérêts	260
II.	Les clauses de renonciation individuelle aux sanctions contractuelles.....	261
A)	Les clauses de renonciation anticipée aux dommages-intérêts.....	261
B)	Les clauses de renonciation anticipée à la réduction du prix.....	269
C)	Les clauses de renonciation anticipée à l'action en résiliation	271
D)	Les clauses de renonciation anticipée à l'exception d'inexécution	273
E)	Les clauses de renonciation anticipée à l'exécution forcée directe.....	277
F)	Les clauses de renonciation anticipée à la faculté de remplacement.....	278
Paragraphe II : les conditions de validité des clauses de facilitation des sanctions contractuelles.....		279
I.	Les clauses de résiliation facilitant l'action en résolution.....	279
A)	Les clauses de résiliation pour inexécution simple.....	279
B)	Les clauses de résiliation arbitraire.....	285
C)	Les clauses de résiliation pour inexécution quelconque ou minime	287
D)	Les clauses de résiliation par « <i>contagion</i> » ou par « <i>propagation</i> ».....	289
E)	Les clauses de résiliation facilitant la mise en demeure et l'obligation de motivation 292	
II.	Les clauses pénales facilitant les dommages-intérêts	297
A)	Les clauses pénales non réciproques ou asymétriques.....	297
B)	Les clauses pénales disproportionnées du fait de leur montant et/ou de l'absence de contrôle sur la vérification de leurs critères.....	301
III.	Les clauses facilitant l'exception d'inexécution	307
A)	Les clauses de suspension arbitraire ou discrétionnaire	307
B)	Les clauses de suspension en raison de motifs illégitimes ou injustifiés (généralement l'atteinte à un droit fondamental).....	308
C)	Les clauses de suspension non réciproque ou asymétrique	310
D)	Les clauses de suspension « <i>par contagion</i> » à l'égard de contrats distincts	310
E)	Les clauses de suspension sans mise en demeure ou préavis.....	312
IV.	Les clauses facilitant l'action en réduction du prix.....	314
V.	Les clauses facilitant l'action en exécution forcée, destruction et en remplacement .	315
Paragraphe III : Les clauses de freinage des sanctions contractuelles.....		316
I.	Les clauses restreignant l'action résolutoire	317
A)	Les clauses de résiliation restreignant les motifs de résiliation.....	317
B)	Les clauses imposant une indemnité de résiliation	319
II.	Les clauses limitatives de responsabilité restreignant l'action en dommages-intérêts 323	
A)	Les clauses limitant la responsabilité par la détermination d'un plafond au regard du prix d'une prestation	324
B)	Clauses limitant la responsabilité par la détermination d'un plafond au regard de la valeur d'un bien.....	326
C)	Les clauses limitant la responsabilité aux seuls dommages directs.....	328
III.	Les clauses restreignant l'exception d'inexécution.....	329
IV.	Les clauses restreignant l'action en réduction du prix.....	330
V.	Les clauses restreignant l'action en exécution forcée, en remplacement et en destruction	331

SECONDE PARTIE : L'EFFICACITE DES CLAUSES D'AMENAGEMENT DES SANCTIONS DE L'INEXECUTION DU CONTRAT334

TITRE I : le respect du principe général de bonne foi contractuelle applicable à l'objet des clauses d'aménagement	335
CHAPITRE I : Les conditions d'efficacité des clauses d'aménagement des modalités formelles des sanctions contractuelles.....	348
SECTION I : la clause aménageant la mise en demeure	356
Paragraphe I : la clause facilitant la mise en demeure au sein de l'exécution forcée directe (art. 1221, C. civ.).....	360
Paragraphe II : la clause facilitant la mise en demeure au sein de l'exécution forcée indirecte (art. 1222, C. civ.).....	364
Paragraphe III : la clause facilitant la mise en demeure au sein de la réduction du prix (art. 1223, C. civ.).....	368
Paragraphe IV : la clause facilitant la mise en demeure au sein de la clause résolutoire (art. 1225, C. civ.).....	370
Paragraphe V : la clause facilitant la mise en demeure au sein de la résolution unilatérale (art. 1226, C. civ.).....	377
Paragraphe VI : la clause facilitant la mise en demeure précédant la clause pénale et l'action en dommages-intérêts compensatoires et moratoires (art. 1231, art. 1231-5 et 1231-6, C. civ.)	381
I. Les clauses facilitant les dommages-intérêts moratoires (art. 1231-6, C. civ.)	382
II. Les clauses facilitant les dommages-intérêts compensatoires (art. 1231, C. civ.).....	384
III. Les clauses facilitant les clauses pénales (art. 1231-5, C. civ.).....	389
SECTION II : la clause aménageant la notification	397
Paragraphe I : la clause facilitant la notification préalable à la mise en œuvre de l'exception pour risque d'inexécution (art. 1220, C. civ.)	403
Paragraphe II : la clause facilitant la notification préalable à la mise en œuvre de la réduction du prix (art. 1223, C. civ.).....	406
Paragraphe III : la clause facilitant la notification préalable à la mise en œuvre de la résiliation unilatérale (art. 1226, C. civ.)	408
SECTION III : la clause aménageant l'obligation de motivation	412
CHAPITRE II : les conditions d'efficacité des clauses d'aménagement des modalités temporelles des sanctions contractuelles.....	422
SECTION I : la clause aménageant le « <i>délai raisonnable</i> »	425
Paragraphe I : l'aménagement du « <i>délai raisonnable</i> » prévu par l'article 1222 du Code civil	426
Paragraphe II : l'aménagement du « <i>délai raisonnable</i> » prévu par l'article 1226 du Code civil	429
Paragraphe III : l'aménagement du « <i>délai raisonnable</i> » prévu par l'article 1231 du Code civil	433
SECTION II : la clause aménageant les « <i>meilleurs délais</i> »	435
Paragraphe I : l'aménagement des « <i>meilleurs délais</i> » prévu par l'article 1220 du Code civil.....	439
Paragraphe II : l'aménagement des « <i>meilleurs délais</i> » prévu par l'article 1223 du Code civil.....	440
TITRE II : le respect des exigences spécifiques au régime juridique applicable au contenu des clauses d'aménagement relatives à l'action résolutoire et en dommages-intérêts	443
CHAPITRE I : l'absence d'efficacité des clauses d'aménagement en cas de faute lourde ou dolosive	443
SECTION I : les règles applicables à la caractérisation de la faute lourde	454
SECTION II : l'application des règles relatives à la caractérisation de la faute lourde	456
Paragraphe I : la caractérisation de la faute lourde en matière de contrats de transport de marchandises	456
Paragraphe II : la caractérisation de la faute lourde en matière de contrats d'entreprise de travail temporaire	459
Paragraphe III : la caractérisation de la faute lourde en matière de contrats de bail.....	460
Paragraphe IV : la caractérisation de la faute lourde en matière de contrats de vente.....	460
CHAPITRE II : les conditions d'efficacité des clauses pénales	461
SECTION I : les conditions déterminant la qualification de clause pénale	461
SECTION II : les conditions déterminant l'efficacité de la clause pénale	473

Paragraphe I : modération judiciaire de la clause pénale en cas de pénalité manifestement excessive ou dérisoire	476
Paragraphe II : modération judiciaire de la clause pénale à proportion de l'intérêt de l'exécution partielle	484
CHAPITRE III : les conditions d'efficacité des clauses résolutoires	486
SECTION I : l'exigence d'une clause résolutoire non équivoque.....	488
SECTION II : l'exigence de précision des engagements dont l'inexécution donne lieu à la résolution	490
CONCLUSION GENERALE	495
INDEX ALPHABETIQUE	517